

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES¹

SEGUNDA PARTE: EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Sumario:

9.- Efectos de las obligaciones.

9.1. Generalidades.

9.2. La ejecución forzada.

a) El derecho de prenda general.

b) Ejecución forzada en las obligaciones de dar.

c) Ejecución forzada en las obligaciones de hacer.

d) Ejecución forzada en las obligaciones de no hacer.

9.3. La cesión de bienes.

a) Concepto.

b) Características.

c) Requisitos.

d) Causales de oposición a la cesión de bienes.

e) La cesión puede hacerse a uno o varios acreedores.

f) Efectos de la cesión de bienes.

9.4. La prelación de créditos.

a) Ideas generales.

b) Causas de preferencia en nuestro Derecho.

c) Características de las preferencias.

d) Clasificación de las preferencias.

e) Enumeración y orden de prelación de los créditos preferentes.

9.5. La indemnización de perjuicios.

a) Generalidades y concepto.

b) Clases de indemnización.

c) Requisitos de la indemnización de perjuicios.

9.6. La determinación o valuación de los perjuicios.

a) Valuación o liquidación legal de los perjuicios.

b) Valuación o liquidación judicial de los perjuicios.

c) Valuación o liquidación convencional de los perjuicios o cláusula penal.

9.7. Los derechos auxiliares del acreedor.

a) Objetivos y enumeración.

b) las medidas conservativas o de precaución.

c) La acción oblicua o subrogatoria.

d) La acción pauliana o revocatoria.

e) El beneficio de separación.

9.- Efectos de las obligaciones.

9.1. Generalidades.

¹ Fecha de última modificación: 19 de enero de 2022.

Los artículos 1545 a 1559 conforman el título XII del Libro IV del Código Civil, y tratan “Del efecto de las obligaciones”. El Código, sin embargo, confunde en este título los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones.

Los artículos 1545 (“ley del contrato”), 1546 (los contratos deben ejecutarse de buena fe), 1547 (grado de culpa del que se responde en cada contrato), 1552 (efectos de la mora en los contratos bilaterales), 1554 (requisitos y efectos del contrato de promesa) y 1558 (perjuicios de que responde el deudor, según si su incumplimiento se debe al dolo o a la culpa), reglamentan exclusivamente los efectos de los contratos.² Las disposiciones restantes reglamentan los efectos de las obligaciones, conforme al siguiente detalle:

- El art. 1548, referido a la obligación de dar.
- El art. 1549, que alude a la obligación de conservar la cosa.
- El art. 1550, que dispone cuál de las partes soporta el riesgo por la pérdida fortuita de la cosa debida.
- El art. 1551, que establece cuándo el deudor está en mora.
- El art. 1553, concerniente a las opciones que tiene el acreedor de la obligación de hacer, ante el incumplimiento del deudor.
- El art. 1555, que contempla las opciones que tiene el acreedor de la obligación de no hacer, ante el incumplimiento del deudor.
- El art. 1556, al disponer qué comprende la indemnización de perjuicios.
- El art. 1557, que define a partir de qué momento se debe la indemnización de perjuicios.
- El art. 1559, que reglamenta la indemnización por la mora, en el caso de obligaciones de dinero.

Jurídicamente, no debemos confundir los efectos de un contrato con los efectos de una obligación. Los efectos de un contrato son *las obligaciones que crea*; el contrato es la causa y la obligación el efecto que de la causa proviene. A su vez, el efecto de las obligaciones, es *la necesidad jurídica en que se halla el deudor de cumplirlas*, para lo cual la ley le da al acreedor ciertos derechos destinados a asegurar su cumplimiento. Los efectos de las obligaciones, en otras palabras, son las consecuencias que para el acreedor y el deudor surgen del vínculo jurídico obligatorio que los liga.³

Lo normal en la vida jurídica, es que el deudor cumpla voluntaria y espontáneamente su obligación. Si ello no acontece, entramos en el ámbito de “los efectos de las obligaciones”. Podemos definirlos entonces como los derechos o el conjunto de medios que la ley confiere al acreedor para obtener el cumplimiento íntegro de la obligación, por parte del deudor, cuando éste no la cumpla en todo o en parte o esté en mora de cumplirla o para obtener el pago de una indemnización compensatoria y moratoria, cuando el deudor en definitiva no cumpla con su obligación.⁴

Estos derechos, que la ley confiere al acreedor, son tres:

- 1º Un derecho principal para exigir, en cuanto sea posible, la ejecución forzada de la obligación.
- 2º Un derecho secundario para exigir indemnización de perjuicios: supletorio del anterior.
- 3º Derechos auxiliares destinados a dejar afecto el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación, a mantenerlo en condiciones de afrontar las obligaciones que contrajo o de

² Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988, p. 62.

³ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 62.

⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pp. 62 y 63.

pagar la indemnización supletoria. Los derechos auxiliares, de esta manera, son “funcionales” a cualquiera de los dos primeros derechos, son herramientas que la ley proporciona para obtener el cumplimiento de la obligación pactada o para lograr la indemnización equivalente al cumplimiento de la obligación. Son tales:

- i.- Derecho a impetrar medidas conservativas;
- ii.- Acción oblicua o subrogatoria;
- iii.- Acción pauliana o revocatoria; y
- iv.- Beneficio de separación de patrimonios.

9.2. La ejecución forzada.

a) El derecho de prenda general.

Lo normal es que el deudor cumpla voluntariamente la obligación. En tal caso, debe cumplirla EXACTAMENTE, es decir total y oportunamente y en el lugar convenido.

Si la obligación es de dar, debe entregar la cosa misma que se deba en el lugar y tiempo convenido; si la obligación es de hacer, debe ejecutar el hecho mismo a que se obligó y no otro, y en la época y lugar convenido; si la obligación es de no hacer, el deudor deberá abstenerse de ejecutar los hechos prohibidos en la forma convenida.

Pero puede ocurrir que el deudor rehúse el cumplimiento de la obligación. La ley entonces va en auxilio del acreedor, y lo autoriza para que solicite del Estado la protección jurídica necesaria, por medio de los Tribunales de Justicia. Se le otorga al acreedor entonces los medios necesarios para obtener el cumplimiento de la obligación aún en contra de la voluntad del deudor. Tales medios se traducen en la ejecución forzada de la obligación.

Para que proceda la ejecución forzada es necesario que la deuda sea líquida, actualmente exigible y que conste de un título ejecutivo.

Disponen los acreedores, para la ejecución, DEL DERECHO DE PRENDA GENERAL, también denominado DERECHO DE GARANTÍA GENERAL, consagrado fundamentalmente en los arts. 2465 y 2469 del Código Civil.

Dispone el art. 2465: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”.

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

Se desprende entonces de los dos artículos transcritos que este derecho de prenda general se descompone a su vez en tres derechos específicos:

- a) La facultad que tienen los acreedores para perseguir todos los bienes del deudor, presentes o futuros, mediante su embargo: art. 2465. Se trata entonces de un *derecho de persecución*.
- b) La facultad que tienen los acreedores para pedir que los bienes que fueron embargados, se vendan en pública subasta: art. 2469. Se trata entonces de un *derecho de venta forzada*.

c) La facultad que tienen los acreedores para pagarse con el producto de la venta forzada: art. 2469. Se trata entonces de un *derecho de pago*.

De estos tres derechos, los dos primeros pueden ejercerse por los acreedores en condiciones igualitarias. En efecto, cualquier acreedor de una obligación personal, de toda índole, puede solicitar el embargo y luego la venta en pública subasta de los bienes de su deudor. El tercer derecho, sin embargo, si bien en principio corresponde también a todos los acreedores, en definitiva podría ejercerse sólo por algunos, conforme a las reglas de la prelación de créditos, si el producto de la venta forzada no alcanzare para satisfacer los créditos de todos.

De esta manera, cuando se dice que todo el patrimonio del deudor está constituido en “prenda” en favor de su acreedor, no se toma el vocablo “prenda” en la acepción jurídica que le corresponde, de contrato de prenda o de cosa dada en prenda, sobre la cual se tiene el derecho real homónimo. Lo que se quiere decir es que así como la cosa dada en prenda queda afecta al cumplimiento de la obligación principal, de la misma manera, todo el patrimonio del deudor puede ser objeto de la persecución de los acreedores. Se exceptúan únicamente los bienes que la ley declara inembargables y los derechos que no tienen carácter patrimonial.

Para que pueda ejercerse este derecho de prenda general, es necesario que el acreedor sea titular de un derecho personal o crédito, es decir que el deudor se halle obligado directamente con él, *personalmente* con él; de lo contrario, cuando por ejemplo, sólo se encuentra afecto un bien determinado -como en la prenda o hipoteca constituidas por un tercero “garante” pero no deudor o en el caso del “tercer poseedor” de la finca hipotecada-, el acreedor sólo podrá perseguir ese bien en particular. De ahí que el art. 2430, inc. 1° del Código Civil, en las normas de la hipoteca, establezca: “El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiere estipulado”.

Para poner de relieve estos conceptos -dice Alessandri-, algunos autores se sirven de las expresiones “Obligación personal” y “Obligación real”. La primera sería la que el individuo contrae directamente en beneficio del acreedor, y a ella alude el artículo 2465 (“Toda obligación personal...”). En cambio, sería obligación real aquella que pesa sobre una persona, no por haberla contraído, sino por tener en su patrimonio una cosa determinada que se halla afecta al cumplimiento de una obligación que otro contrajo.

Del análisis de los artículos 2465 y 2469, se desprenden seis consecuencias fundamentales:

1° Las reglas que contienen se aplican, cualquiera sea la fuente de la que emane la obligación personal.

2° La facultad de perseguir los bienes del deudor corresponde a todos los acreedores, de modo que la prioridad en el nacimiento de sus créditos no les confiere ninguna preeminencia (salvo, según estudiaremos, en los créditos preferentes de cuarta clase).

3° Todos los bienes del deudor están expuestos a la persecución, muebles o inmuebles, presentes o futuros. Los bienes del deudor no están sin embargo definitivamente afectos al cumplimiento de la obligación, sino que sólo mientras permanezcan en su patrimonio, salvo si sobre ellos se constituyó prenda o hipoteca, pues entonces operará el derecho de persecución que la ley confiere al acreedor o titular de estos derechos reales. En compensación a la merma que se produce por los bienes que enajene el deudor, quedan afectos los bienes futuros, los que el deudor adquiera con posterioridad al nacimiento de la obligación.

4° Se exceptúan solamente los bienes inembargables mencionados en el artículo 1618 del Código Civil, en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil y en numerosas leyes especiales (por ejemplo, art. 57 del Código del Trabajo, respecto de las remuneraciones⁵; o art. 3 de la Ley N° 20.930, sobre derecho real de conservación).⁶

⁵ Art. 57, Código del Trabajo: “Las remuneraciones de los trabajadores y las cotizaciones de seguridad social serán inembargables. No obstante, podrán ser embargadas las remuneraciones en la parte que excedan de cincuenta y seis unidades de fomento. / Con todo, tratándose de pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, de defraudación, hurto o robo cometidos por el trabajador en contra del empleador en ejercicio de su cargo, o de remuneraciones adeudadas por el trabajador a las personas que hayan estado a su servicio en calidad de trabajador, podrá embargarse hasta el cincuenta por ciento de las remuneraciones”.

⁶ Dispone el art. 1618 del Código Civil: “La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. No son embargables: 1°. Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no excedan de noventa centésimos de escudo; si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso. La misma regla se aplica a los montepíos, a todas las pensiones remuneratorias del Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas; 2°. El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas. 3°. Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de veinte centésimos de escudo y a elección del mismo deudor; 4°. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor y sujetos a la misma elección; 5°. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado; 6°. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual; 7°. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes; 8°. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente; 9°. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación; 10°. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquirieren”.

Establece el art. 445 del Código de Procedimiento Civil: “No son embargables: 1°. Los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades. Sin embargo, tratándose de deudas que provengan de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, podrá embargarse hasta el 50% de las prestaciones que reciba el alimentante en conformidad al inciso anterior; 2°. Las remuneraciones de los empleados y obreros en la forma que determinan los artículos 40 y 153 del Código del Trabajo; 3°. Las pensiones alimenticias forzosas; 4°. Las rentas periódicas que el deudor cobre de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la parte que estas rentas sean absolutamente necesarias para sustentar la vida del deudor, de su cónyuge o conviviente civil y de los hijos que viven con él y a sus expensas; 5°. Los fondos que gocen de este beneficio, en conformidad a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile y en las condiciones que ella determine; 6°. Las pólizas de seguro sobre la vida y las sumas que, en cumplimiento de lo convenido en ellas, pague el asegurador. Pero, en este último caso, será embargable el valor de las primas pagadas por el que tomó la póliza; 7°. Las sumas que se paguen a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos. Esta disposición no tendrá efecto respecto de lo que se adeude a los artífices u obreros por sus salarios insolutos y de los créditos de los proveedores en razón de los materiales u otros artículos suministrados para la construcción de dichas obras; 8°. El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el artículo 5° del decreto ley N°2552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge o conviviente civil y los hijos que viven a sus expensas. / La inembargabilidad establecida en el inciso precedente no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean parte el Fisco, Las Cajas de Previsión y demás organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo; 9°. Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor; 10°. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección; 11°. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado; 12°. Los objetos indispensables al ejercicio personal del arte u oficio de los artistas, artesanos y obreros de fábrica; y los aperos, animales de labor y material de cultivo necesarios al labrador o trabajador de campo para la explotación agrícola, hasta la suma de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo

5° Los acreedores tienen derecho a solicitar que se proceda a la venta de todos los bienes embargados, de manera que con el producto de la subasta, puedan pagarse íntegramente (en capital, intereses y costos de la cobranza), si los bienes fueren suficientes, o a prorrata de sus créditos, si no lo fueren.

6° Sin embargo, algunos acreedores –los que gocen de alguna preferencia–, podrán pagarse antes que aquellos que sean titulares de créditos ordinarios o no preferentes.

b) Ejecución forzada en las obligaciones de dar.

Debemos estar a las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para el juicio ejecutivo de obligaciones de dar (arts. 434 y siguientes del Código de Procedimiento Civil). Entablada la demanda ejecutiva, el juez examinará el título (recordemos que excepcionalmente, el juez puede declarar de oficio la prescripción del título en que se funde la demanda ejecutiva) y despachará mandamiento de ejecución y embargo, tramitándose la causa hasta subastar bienes suficientes del deudor. El remate de bienes muebles se efectúa por un martillero, en pública subasta, previa publicación de avisos; y el de bienes raíces, también en pública subasta y previa publicación de avisos, pero en el Tribunal. Efectuado el remate, se hará pago al acreedor, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2469 del Código Civil.

c) Ejecución forzada en las obligaciones de hacer.

Por la naturaleza de estas obligaciones, que consisten en un hecho personal del deudor, no es posible recurrir simplemente al procedimiento de la ejecución forzada. De ahí que la ley haya establecido normas especiales, en el art. 1553.

El acreedor puede pedir, *a elección suya*, junto con la indemnización de la mora:

1° Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido: consiste en el arresto hasta por 15 días y multa proporcional, medidas que podrán repetirse hasta que la obligación se cumpla (art. 543 del Código de Procedimiento Civil). Este es uno de los casos

deudor; 13°. Los utensilios caseros y de cocina, y los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes; 14°. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente; 15°. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación; 16°. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquieran; 17°. Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etc.; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan, observándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior; y 18°. Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar. / Son nulos y de ningún valor los contratos que tengan por objeto la cesión, donación o transferencia en cualquier forma, ya sea a título gratuito u oneroso, de las rentas expresadas en el número 1° de este artículo o de alguna parte de ellas”.

En relación a los números 8 y 13 del artículo recién transcrito, una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 18 de agosto de 2017, dictada en los autos Rol N° 920-2017, concluye que las lavadoras, aspiradoras y microondas son bienes inembargables, pues están comprendidos en las expresiones “Los muebles (...) de comedor y de cocina de uso familiar” (N° 8) y “Los utensilios caseros y de cocina” (N° 13).

en que subsiste la prisión por deudas⁷ (otros casos, en los delitos concursales; en las penas consistentes en multas pecuniarias que pueden sustituirse por prisión; contra los administradores de rentas fiscales; contra los tutores, curadores o ejecutores testamentarios, respecto a la administración de los bienes que se les hayan confiado; en la Ley N° 14.908 sobre pago de pensiones alimenticias y abandono de familia).

2° Que se le autorice a él mismo para hacer ejecutar el hecho debido por un tercero a expensas del deudor; pero este cumplimiento por equivalencia no siempre es posible; sólo lo será cuando la obligación sea susceptible de ejecutarse por otra persona, sin que resulten decisivas las condiciones personales del deudor. En este último caso, sólo le queda al acreedor pedir la indemnización de perjuicios.

3° Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. A diferencia de los dos derechos anteriores, este no puede ejercitarse ejecutivamente, sino que debe tramitarse en juicio ordinario, ya que es necesario determinar y avaluar la extensión del derecho del acreedor. Sólo excepcionalmente la obligación de indemnizar perjuicios es líquida (cuando se estipuló cláusula penal en un título ejecutivo).

El procedimiento señalado por el Código de Procedimiento Civil para proceder a la ejecución forzada de una obligación de hacer, es diverso según que el hecho debido consista:

- i.- En la suscripción de un documento.
- ii.- En la constitución de una obligación (o más bien, de un derecho).
- iii.- En la ejecución de otro hecho cualquiera.

Si se trata de la *suscripción de un documento* o la *constitución de una obligación*, el acreedor solicitará al juez que requiera al deudor, para que en el plazo que el juez señale, suscriba el documento o constituya la obligación, bajo apercibimiento de hacerlo el juez a nombre del deudor (por ejemplo, la celebración de un contrato conforme a lo estipulado en una promesa o la constitución de una servidumbre). Dispone el efecto el art. 532 del Código de Procedimiento Civil: “Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conozca del litigio, si, requerido aquél, no lo hace dentro del plazo que le señale el tribunal”.

En cambio, si el objeto de la obligación de hacer es la *ejecución por el deudor de cualquier otro hecho material*, el mandamiento ejecutivo contendrá el embargo de sus bienes, si el apremio personal, el arresto y la multa no son suficientes para obligarlo a que ejecute el hecho debido. El mandamiento deberá contener la orden para que el deudor cumpla su obligación y la fijación de un plazo para comenzar los trabajos. Establece el art. 533 del Código de Procedimiento Civil: “Cuando la obligación consista en la ejecución de una obra material, el mandamiento ejecutivo contendrá:

- i.-. La orden de requerir al deudor para que cumpla la obligación; y
- ii.-. El señalamiento de un plazo prudente para que dé principio al trabajo”.

Si el deudor no ejecutare la obra en el plazo fijado por el juez, el acreedor podrá solicitar que se le autorice a ejecutar la obra por medio de un tercero y a costa del deudor, cuando ello fuere posible. Lo mismo podrá solicitar si habiendo comenzado el deudor a ejecutar la obra, la abandonare. Consigna el art. 536 del Código de Procedimiento Civil:

⁷ Al efecto, el art. 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, después de disponer que “Nadie será detenido por deudas.”, agrega que “Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.

“El acreedor podrá solicitar que se le autorice para llevar a cabo por medio de un tercero, y a expensas del deudor, el hecho debido, si a juicio de aquél es esto posible, siempre que no oponiendo excepciones el deudor se niegue a cumplir el mandamiento ejecutivo; y cuando desobedezca la sentencia que deseche las excepciones opuestas o deje transcurrir el plazo a que se refiere el número 2º del artículo 533, sin dar principio a los trabajos. / Igual solicitud podrá hacerse cuando, comenzada la obra, se abandone por el deudor sin causa justificada”.

Cuando el acreedor y demandante proceda en la forma antes señalada, deberá presentar un presupuesto con los gastos que se originen para ejecutar la obra. El demandado, una vez notificado, tendrá el plazo de tres días para pronunciarse acerca de dicho presupuesto, y si nada dice, se entenderá que lo acepta. Si lo objetare, se hará un nuevo presupuesto por peritos.

Expresa al efecto el art. 537 del Código de Procedimiento Civil: “Siempre que haya de procederse de conformidad al artículo anterior, presentará el demandante, junto con su solicitud, un presupuesto de lo que importe la ejecución de las obligaciones que reclama. / Puesto en noticia del demandado el presupuesto, tendrá el plazo de tres días para examinarlo, y si nada observa dentro de dicho plazo, se considerará aceptado. / Si se deducen objeciones, se hará el presupuesto por medio de peritos, procediéndose en la forma que establecen los artículos 486 y 487 para la estimación de los bienes en el caso de remate”.

Hecho el nuevo presupuesto por peritos, el deudor deberá consignar su monto dentro de tercero día, según se indica en el art. 538 del Código de Procedimiento Civil: “Determinado el valor del presupuesto del modo que se establece en el artículo anterior, será obligado el deudor a consignarlo dentro de tercero día a la orden del tribunal, para que se entreguen al ejecutante los fondos necesarios, a medida que el trabajo lo requiera”.

Si los fondos no resultaren suficientes, el acreedor podrá solicitar aumento de ellos. Expresa el art. 539 del Código de Procedimiento Civil: “Agotados los fondos consignados, podrá el acreedor solicitar aumento de ellos, justificando que ha habido error en el presupuesto o que han sobrevenido circunstancias imprevistas que aumentan el costo de la obra”.

Terminada la obra, el acreedor deberá rendir cuenta. Dispone el art. 540 del Código de Procedimiento Civil: “Una vez concluida la obra, deberá el acreedor rendir cuenta de la inversión de los fondos suministrados por el deudor”.

Sin embargo, lo más probable será que el deudor no consigne fondos para la ejecución de la obra. En tal caso, el acreedor podrá embargarle bienes y luego pedir su venta forzada, para obtener tales fondos. Así lo señala el art. 541 del Código de Procedimiento Civil: “Si el deudor no consigna a la orden del tribunal los fondos decretados, se procederá a embargarle y enajenar bienes suficientes para hacer la consignación, con arreglo a lo establecido en el Título precedente, pero sin admitir excepciones para oponerse a la ejecución”.

d) Ejecución forzada en las obligaciones de no hacer.

El art. 1555 contempla esta situación. De este precepto, se desprende que para determinar lo que el acreedor puede pedir con respecto al deudor que infringe o contraviene una obligación de no hacer, hay que distinguir si es o no posible destruir lo hecho, y si lo es, si tal destrucción es o no necesaria:

1º Si lo hecho puede destruirse, y tal destrucción es necesaria para el objeto que se tuvo en vista al contratar (art. 1555, inc. 2º), el acreedor tiene derecho a pedir la destrucción de la obra y además, derecho para pedir que se le autorice a él para hacer destruir la obra por un tercero a expensas del deudor (por ejemplo, la demolición de una edificación cuya ejecución supuso infringir una obligación de no hacer que se había contraído con el propietario de un predio situado más atrás, en una ladera frente a la costa, a consecuencia de la constitución de una servidumbre de vista).

En este caso, como expresa Abeliuk, “Si el deudor no se allana buenamente a la destrucción, se autorizará al acreedor para llevarla a cabo a expensas del deudor; la obligación de no hacer por su infracción se ha transformado en una de hacer; deshacer lo hecho, y por ello el Art. 544 del C.P.C. hace aplicables las normas de la ejecución en este tipo de obligaciones”.⁸

En efecto, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil ya citadas, relativas al cumplimiento forzado de una obligación de hacer. Dispone el mencionado art. 544: “Las disposiciones que preceden se aplicarán también a la obligación de no hacer cuando se convierta en la de destruir la obra hecha, con tal que el título en que se apoye consigne de un modo expreso todas las circunstancias requeridas por el inciso 2º del artículo 1555 del Código Civil, y no pueda tener aplicación el inciso 3º del mismo artículo. / En el caso en que tenga aplicación este último inciso, se procederá en forma de incidente”. 2º Si la destrucción de la obra no es de absoluta necesidad para realizar el fin que se tuvo en vista al contratar, y el mismo fin puede obtenerse por otros medios (art. 1555, inc. 3º), el deudor podrá cumplir su obligación por un modo equivalente.

3º Si no es posible destruir o deshacer lo hecho, no le queda al acreedor más remedio que pedir la indemnización de perjuicios (art. 1555, inc. 1º). Alessandri plantea el ejemplo de la contratación de un artista para que se presente, exclusivamente, en tal teatro, prohibiéndole que actúe en otro establecimiento, y dicho artista infringe la obligación de no hacer⁹. O por ejemplo si existía una convención entre el ex empleador y el ex trabajador, en virtud del cual el primero le paga al segundo una suma de dinero para que éste no preste servicios por un cierto período a una empresa de la competencia del primero, y se infringe tal obligación de no hacer. Como en estos casos es imposible deshacer lo hecho, el acreedor no tiene otro camino que pedir la indemnización.

El art. 1555 culmina expresando, en su inc. 4º, que “El acreedor quedará de todos modos indemne”. Ello implica que si se opta por la primera o segunda opción, el acreedor, además de obtener el cumplimiento forzado de la obligación destruyendo lo hecho o recibiendo una prestación equivalente a la originalmente convenida, podrá reclamar que se le indemnicen también los perjuicios *moratorios* que el incumplimiento de su deudor le hubiere causado.

9.3. La cesión de bienes.

a) Concepto.

⁸ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2010, N° 808, p. 806.

⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 74.

El deudor que no está en condiciones de cumplir, puede, anticipándose a la ejecución de que será objeto por sus acreedores, recurrir a la llamada cesión de bienes. Se define en el art. 1614, que reza: “La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas”. Se rige fundamentalmente por las normas del procedimiento concursal de liquidación, contenidas en la Ley N° 20.720.

b) Características.

b.1) Es irrenunciable: art. 1615.

b.2) Es universal, porque comprende la totalidad de los bienes del deudor: art. 1618, inc. 1°.

b.3) Es un derecho personalísimo, otorgado únicamente al deudor que se encuentra en situación de invocarlo: art. 1623.

c) Requisitos.

c.1) Que el deudor no se encuentre en situación de pagar sus deudas.

c.2) Que lo anterior obedezca o sea consecuencia de accidentes inevitables.

c.3) Debe probar su inculpabilidad, en caso que alguno de los acreedores lo exija (art. 1616).

c.4) Que el deudor haya hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios (art. 1617).

d) Causales de oposición a la cesión de bienes (art. 1617).

d.1) Cuando el deudor hubiere enajenado, empeñado o hipotecado, como propios, bienes ajenos.

d.2) Cuando el deudor hubiere sido condenado por hurto, robo, falsificación o cualquiera de los delitos señalados en el párrafo 7 del Título IX del Libro segundo del Código Penal.

d.3) Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores¹⁰.

d.4) Si ha dilapidado sus bienes.

d.5) Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores.

e) La cesión puede hacerse a uno o varios acreedores: art. 1614.

f) Efectos de la cesión de bienes:

f.1) El deudor queda privado de la administración de sus bienes, por regla general: arts. 1621 y 1622.

f.2) El deudor queda privado de la facultad de disponer de sus bienes y los actos que ejecute adolecen de nulidad: art. 2467.

¹⁰ El Diccionario de la Lengua Española define la “quita y espera” como la “Petición que un deudor hace judicialmente a todos sus acreedores, bien para que estos aminoren los créditos o aplacen el cobro, o bien para una y otra de ambas concesiones”: vigésima primera edición, Tomo II, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., 1994, p. 1713.

f.3) Caducan los plazos y las obligaciones a plazo se hacen exigibles: ello, porque la cesión de bienes implica un estado de “notoria insolvencia” (art. 1496 número 1).

f.4) El deudor queda libre de todo apremio personal (art. 1619, número 1).

f.5) No se transfiere el dominio de los bienes a los acreedores, éstos sólo tienen la facultad de disponer de ellos y sus frutos, hasta pagarse de sus créditos (art. 1619, inciso final). La cesión de bienes no implica entonces una dación en pago. Por la misma razón, el deudor podrá recobrar sus bienes (art. 1620).

f.6) Las deudas se extinguen únicamente “hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos”: art. 1619 número 2. El número 3 del mismo artículo es una consecuencia de lo anterior.

f.7) El acreedor en cuyo beneficio se hizo cesión de bienes, está obligado a conceder el beneficio de competencia: art. 1626 N° 6.

9.4. La prelación de créditos.

a) Ideas generales.

En virtud del llamado “derecho de prenda general”, los acreedores pueden perseguir el pago de sus acreencias sobre todo el patrimonio del obligado. Encuentran en dicho patrimonio su propia y natural “garantía”. Tal es el derecho principal de que está premunido todo acreedor. Sólo exceptúanse de este derecho aquellos bienes inembargables, que tanto el Código Civil (art. 1618) como el Código de Procedimiento Civil (art. 445) enumeran cuidadosamente, sin perjuicio de que leyes especiales puedan establecer otros casos.

Si hay varios acreedores de un mismo deudor, surge la cuestión de saber cómo y en qué orden deben ser pagados. ¿Han de serlo todos conjuntamente? ¿Uno primero y los otros después? ¿En qué forma se distribuye entre los diversos acreedores el producto de la subasta de los bienes del deudor? En principio, todos los acreedores tienen derecho a ser pagados en igualdad de condiciones. Todos ellos están, por regla general, en igual situación frente al patrimonio del deudor, recibiendo un mismo trato (*par conditio creditorum*); es decir, todos los acreedores, cualquiera que sea la naturaleza de su crédito, cualquiera que sea la fecha en que se haya originado o la naturaleza de la cosa debida, tienen igual derecho a concurrir conjuntamente a la distribución de los bienes del deudor para ser pagados íntegramente -si los bienes son suficientes- o a prorrata -si no lo fueren-, con el producto de la subasta de todos ellos. El art. 2469 del Código Civil consagra tal principio.

Pero no obstante ser de carácter general el principio de igualdad jurídica en el reparto entre los acreedores del producto de los bienes del deudor, hay acreedores que no están obligados a someterse a esta regla y pueden ser pagados con anterioridad a los otros acreedores, antes del reparto. Estos son los titulares de un crédito que goza de preferencia. Constituyen por ende una excepción al principio de la *par conditio*. El propio art. 2469 lo advierte en su frase final, al aludir a las “causas especiales para preferir ciertos créditos”.

b) Causas de preferencia en nuestro Derecho.

Las causas de preferencia están establecidas en el art. 2470 del Código Civil, y son el privilegio y la hipoteca. Los únicos créditos que en caso de concurrencia de acreedores

gozan de preferencia para ser pagados con antelación a los demás, son los denominados privilegiados y los hipotecarios.

Preferencia es la aptitud de que gozan ciertos créditos por disposición de la ley, para ser cobrados antes que otros, sobre los bienes del deudor en general o sobre alguno de ellos en particular.

Alude el Código Civil a las preferencias en el Título XLI del Libro IV, bajo la denominación “De la prelación de créditos”, arts. 2465 a 2491.

Nada dice el Código Civil acerca del criterio para distinguir entre el privilegio y la hipoteca. La doctrina ha señalado que en el primero se atiende a su *cualidad*, mientras que en la segunda se atiende a su *fecha* (salvo los créditos preferentes de la cuarta clase, que prefieren según la fecha de sus causas). Con todo, ambos se engloban bajo la denominación genérica de “preferencias”.

La *prelación de créditos* puede definirse como el conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse los diversos acreedores de un deudor.

Las citadas reglas del Código Civil son de carácter general, aplicándose siempre que haya concurrencia de acreedores, cada vez que los acreedores que pretendan ser pagados en los bienes del deudor sean dos o más. No es necesario, para que se apliquen tales reglas, que el deudor esté sometido a un procedimiento concursal de liquidación o haya hecho cesión de bienes.

c) Características de las preferencias.

c.1) Las causas de preferencia son de derecho estricto.

Las preferencias, dado su carácter excepcional, son de derecho estricto y deben en consecuencia interpretarse restrictivamente, siendo inadmisibles su extensión por analogía a otras situaciones no previstas por la ley. En otras palabras, las preferencias tienen como única fuente la ley, sin que las partes, el juez o el testador puedan conferir preferencia alguna a un crédito que no la tenga por mandato de la ley (art. 2488).

Con todo, el art. 2489 contempla la posibilidad de que los particulares establezcan preferencias, entre los créditos de la quinta clase, al distinguirse entre los créditos subordinados y los no subordinados.

Nada impide sin embargo que el titular del crédito preferente pueda renunciar a su preferencia, ya que tal preferencia está establecida en su exclusivo interés.

c.2) Las causas de preferencia son inherentes a los créditos.

Establece el art. 2470, inc. 2º, que las causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran a cualquier título (cesión o subrogación, o herencia o legado, por ejemplo).

Las causas de preferencia no amparan sólo al crédito, sino también a los intereses que se devenguen hasta la extinción del crédito: art. 2491.

c.3) Las preferencias de leyes especiales prevalecen sobre las reglas del Código Civil, excepto respecto de los créditos de primera clase.

Las disposiciones del Código Civil acerca de la prelación de créditos son reglas de carácter general, que se aplican a todas las materias y a todos los casos. Los artículos 4 y 13 del Código Civil establecen que las disposiciones especiales prevalecen sobre las normas de

carácter general. Luego, las reglas del Código Civil no tendrán aplicación si leyes especiales establecen una preferencia distinta en favor de determinados créditos: art. 2475.

Sin embargo, el artículo 4° de la Ley N° 19.250 (de 30 de septiembre de 1993), que modificó el art. 2472 del Código Civil y las normas –a la sazón– sobre la quiebra, hoy de procedimiento concursal de liquidación, estableció que los créditos de primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido por leyes especiales. Dicha ley resolvió de esta forma la discusión planteada acerca de la otrora “superpreferencia” de la prenda industrial (que fue derogada después por la Ley N° 20.190). En efecto, establecía el art. 25 de la Ley N° 5.687 sobre Prenda Industrial¹¹ que el contrato de prenda industrial garantizaba el derecho del acreedor para pagarse, con preferencia a cualquiera otra obligación, del monto del préstamo, sus intereses, gastos y costas, si las hubiere. A su vez, el artículo 43 disponía que no se admitirían tercerías de ninguna clase en los juicios ejecutivos que tenían por objeto la enajenación de los bienes afectos al contrato de prenda industrial (por ende, también quedaban excluidas las tercerías de prelación). Sin embargo, con la promulgación de la Ley N° 19.250, no cupo duda que los créditos de primera clase preferían al crédito del acreedor prendario en cuyo favor se constituyó prenda. Hoy, este crédito es de segunda clase. Este criterio prevalece en las normas de la Ley N° 20.720, sobre insolvencia y emprendimiento, que derogó las normas sobre la quiebra. En su art. 241, se dispone: “Orden de prelación. Los acreedores serán pagados de conformidad a lo dispuesto en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y, en el caso de los acreedores valistas, con pleno respeto a la subordinación de créditos establecida en la referida normativa. Para su eficacia, la subordinación deberá ser alegada al momento de la verificación del crédito por parte del acreedor beneficiario o bien notificarse al Liquidador, si se establece en una fecha posterior. / Los créditos de la primera clase señalados en el artículo 2472 del Código Civil preferirán a todo otro crédito con privilegio establecido por leyes especiales. / Los acreedores Personas Relacionadas del Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes de la Resolución de Liquidación, serán pospuestos en el pago de sus créditos aun después de los acreedores valistas”.

Surge sin embargo una duda: ¿esta norma que establece que los créditos de primera clase del art. 2472 del Código Civil preferirán a cualquiera otro que establezcan leyes especiales rige sólo en el contexto de la Ley N° 20.720, o tiene alcance general? Aunque el punto es discutible, creemos que tiene alcance general, dados los términos de la norma. Creemos que, si la intención del legislador hubiera sido restringir la norma sólo al mencionado cuerpo legal, lo habría expresado. Por otra parte, puede ocurrir que una norma general esté incorporada en una materia específica o en una ley especial. En todo caso, por ahora la pregunta sólo tiene importancia teórica, pues no existe hoy una ley similar a la antigua prenda industrial.

d) Clasificación de las preferencias.

Atendiendo a los bienes sobre que recaen las preferencias que establece la ley, éstas se clasifican en generales y especiales.

¹¹ Publicada en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 1935.

Preferencia general es la que afecta a todos los bienes del deudor, de cualquier naturaleza. Preferencia especial es la que afecta a determinados bienes del deudor, y sólo puede ser invocada respecto de esos bienes.

Son preferencias generales las de primera y cuarta clase. Los créditos de este carácter pueden hacerse efectivos, con preferencia, sobre todo el patrimonio del deudor.

Son preferencias especiales las preferencias de segunda y tercera clase. En efecto, la preferencia que emana del crédito del acreedor prendario sobre la especie prendada y la del acreedor hipotecario sobre la finca hipotecada, sólo pueden hacerse efectivas en los bienes sujetos a la preferencia: o sea, sobre los bienes empeñados o hipotecados. Por ello, si el producto de la subasta de los bienes afectos a estas preferencias fuere insuficiente para extinguir totalmente el crédito preferido, el déficit no cubierto ya no goza de preferencia y pasa a ser un crédito no privilegiado, concurriendo con los de quinta clase o “valistas” y pagándose a prorrata con éstos, según lo indica el art. 2490 del Código Civil.

e) Enumeración y orden de prelación de los créditos preferentes.

¿Qué ocurre cuando en una misma ejecución concurren varios créditos preferentes? Se produce en este caso una colisión entre los créditos que gozan de preferencia y que la ley resuelve otorgando una protección especial a algunos de los créditos preferentes respecto de los otros, estableciendo un orden de prelación.

Para los efectos de la prelación, el Código Civil divide los créditos en cinco clases, de las cuales las cuatro primeras gozan de preferencia. La quinta clase son créditos comunes u ordinarios (no preferidos).

e.1) Primera clase de créditos.

e.1.1) Enumeración.

Se refieren fundamentalmente a créditos originados por el procedimiento concursal de liquidación, la muerte o enfermedad del deudor, aquellos que tienen un carácter laboral y algunos cuyo titular es el Fisco.

Se encuentran enumerados en el art. 2472 del Código Civil¹²:

1° Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.

Si se trata del “interés general de los acreedores”, entendemos que el numeral se refiere a las costas judiciales originadas en el marco de un procedimiento concursal.

2° Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto.

La persona natural o jurídica que hubiere solventado estos gastos, podrá obtener su reembolso de manos de los herederos, prefiriendo a todo otro acreedor singular.

3° Los gastos de enfermedad del deudor.

Normalmente, serán titulares de este crédito los médicos, hospitales, clínicas, o cualquier tercero que acredite haber pagado tales gastos de salud.

Con todo, la ley establece una eventual limitación: si la enfermedad se extendiere por más de 6 meses, el juez fijará -según las circunstancias-, la cantidad hasta la cual se extiende la preferencia. El saldo, se podrá cobrar como un crédito carente de preferencia.

¹² Este artículo fue modificado por la Ley N° 20.720, “Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de enero de 2014, y por la Ley N° 21.389, que crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos.

4º Se refiere este numeral a los siguientes gastos o egresos que deben realizarse, en el marco de un procedimiento concursal:

- i.- Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del deudor.
- ii.- Los gastos de administración del procedimiento concursal de liquidación.
- iii.- Los gastos de realización del activo; y
- iv.- Aquello que se invierta para el pago de los préstamos contratados por el liquidador para los efectos mencionados.¹³

5º Las remuneraciones de los trabajadores, las asignaciones familiares, la indemnización establecida en el N° 2 del art. 163 bis del Código del Trabajo¹⁴ con un límite de noventa unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere, las cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin y los alimentos que se deben por ley a ciertas personas de conformidad con las reglas previstas en el Título XVIII del Libro I, con un límite de ciento veinte unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere.

Como puede observarse, en este numeral se establecen cinco casos:

- i.- Las remuneraciones de los trabajadores.
- ii.- Las asignaciones familiares.
- iii.- La indemnización establecida en el N° 2 del art. 163 bis del Código del Trabajo con un límite de noventa unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere.
- iv.- Las cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin.
- v.- Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas de conformidad con las reglas previstas en el Título XVIII del Libro I, con un límite de ciento veinte unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere.

6º Los créditos del Fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del art. 42 del Decreto Ley N° 3.500, de 1980.

7º Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses.

8º Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, con los siguientes requisitos y limitaciones:

- i.- Dichas indemnizaciones deben estar devengadas a la fecha en que se hagan valer.

¹³ El art. 239 de la Ley N° 20.720, consagra un crédito de primera clase, que gozará de la preferencia establecida en el N° 4 del art. 2472 del Código Civil. Aludiremos a él más adelante.

¹⁴ Dispone el artículo 163 bis N° 2 del Código del Trabajo: “Artículo 163 bis.- El contrato de trabajo terminará en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación. Para todos los efectos legales, la fecha de término del contrato de trabajo será la fecha de dictación de la resolución de liquidación. En este caso, se aplicarán las siguientes reglas: (...) 2.- El liquidador, en representación del deudor, deberá pagar al trabajador una indemnización en dinero, sustitutiva del aviso previo, equivalente al promedio de las tres últimas remuneraciones mensuales devengadas, si es que las hubiere. En el caso de que existan menos de tres remuneraciones mensuales devengadas, se indemnizará por un monto equivalente al promedio de las últimas dos o, en defecto de lo anterior, el monto a indemnizar equivaldrá a la última remuneración mensual devengada”.

- ii.- Están limitadas a tres ingresos mínimos mensuales remuneracionales por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses por cada trabajador; y
- iii.- No pueden exceder de 11 años.

El exceso se considera un crédito valista.

Asimismo, las indemnizaciones establecidas en el párrafo 2° del N° 4 del artículo 163 bis del Código del Trabajo¹⁵ estarán sujetas a los mismos límites precedentemente señalados.

Para efectos del cálculo del pago de la preferencia establecida en este número, los límites máximos indicados en los párrafos precedentes, serán determinados de forma independiente.

9° Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo.

Observamos en consecuencia que no cualquier crédito del fisco es de la primera clase. Así, serán créditos de esta clase los créditos del fisco por IVA o por el impuesto de timbre y estampillas.

e.1.2) Características:

1° El privilegio de primera clase es general, vale decir, afecta a todos los bienes del deudor, sin distinción alguna.

En relación con esta característica, el art. 2487, inc. 1°, del Código Civil dispone que las preferencias de la primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero (art. 1097), salvo:

- i.- Que el heredero haya aceptado con beneficio de inventario (art. 1247 del Código Civil); o
- ii.- Que los acreedores gocen del beneficio de separación (art. 1378 del Código Civil).

En ambos casos, las preferencias de la primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán solamente los bienes inventariados o separados.

2° Es personal, no pasa contra terceros poseedores.

No pueden los acreedores pretender hacer efectivo su privilegio sobre los bienes que salieron del patrimonio del deudor (art. 2473, inc. 2° del Código Civil). Si se acogiere una acción pauliana o revocatoria y vuelve el bien al patrimonio del deudor, será posible sin embargo invocar el privilegio. Otro tanto ocurrirá si prospera una acción de nulidad absoluta por simulación de contrato.

3° Se pagan con preferencia a todos los demás créditos del deudor.

i.- No obstante, los acreedores de segunda y tercera clase pueden pagarse aún antes de pagarse todos los créditos de primera clase.

Los créditos de primera clase se pagan con la subasta de la totalidad de los bienes embargables del deudor, excluidos -en principio-, los bienes afectos a las preferencias de la

¹⁵ Establece el N° 4 del artículo 163 bis del Código del Trabajo:

“4.- No se requerirá solicitar la autorización previa del juez competente respecto de los trabajadores que al momento del término del contrato de trabajo tuvieron fuero.

Con todo, tratándose de trabajadores que estuvieren gozando del fuero maternal señalado en el artículo 201, el liquidador, en representación del deudor, deberá pagar una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada uno de los meses que restare de fuero. Si el término de contrato ocurriere en virtud de este artículo, mientras el trabajador se encontrare haciendo uso de los descansos y permisos a que se refiere el artículo 198, no se considerarán para el cálculo de esta indemnización las semanas durante las cuales el trabajador tenga derecho a los subsidios derivados de aquéllos. Esta indemnización será compatible con la indemnización por años de servicio que deba pagarse en conformidad al número 3 anterior, y no lo será respecto de aquella indemnización regulada en el número 2 precedente”.

segunda y tercera clase, los que no se consideran en una primera oportunidad, salvo que realizados los restantes bienes, no se alcanzaren a pagar todos los créditos de primera clase, pues en tal caso el déficit no pagado se pagará con los bienes afectos a los créditos de segunda y tercera clase y con preferencia a los privilegios y preferencias especiales que les afecten: artículos 2476 y 2478 del Código Civil.

En armonía con lo anterior, dispone el art. 75, en las normas de la Ley N° 20.720, respecto del Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial de una empresa, que los acreedores prendarios e hipotecarios -vale decir, acreedores de la segunda y de la tercera clase -, podrán ser pagados sin aguardar los resultados de la liquidación de la empresa deudora, siempre que se asegure lo necesario para pagar los créditos de la primera clase si los demás bienes de la masa no parecieren suficientes para satisfacerlos. En otras palabras, deberán garantizar, con la suma resultante de la subasta del bien hipotecado o prendado, el pago de los créditos de primera clase que en definitiva no se cubrieren con la subasta de los demás bienes del deudor. En la práctica, subastado un inmueble, por ejemplo, el acreedor hipotecario que retira los dineros otorgará una garantía al Liquidador, asegurándole que, de ser necesario, restituirá a la masa, para el pago de los créditos de primera clase insolutos, lo que el primero percibió del remate de la finca hipotecada. El pago deberá garantizarse mediante el otorgamiento de cualquier instrumento de garantía que reconozcan las leyes vigentes o que la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento autorice mediante una norma de carácter general.

A su vez, si se trata del Procedimiento Concursal de Liquidación previsto en la Ley N° 20.720, establece el art. 135 que los acreedores prendarios e hipotecarios podrán percibir lo que se obtenga en la realización de los bienes respectivos, siempre que garanticen el pago de los créditos de primera clase que hayan sido verificados ordinariamente o antes de la fecha de liquidación de los bienes afectos a sus respectivas garantías, por los montos que en definitiva resulten reconocidos.

El art. 242, en las normas de la misma Ley, párrafo “Del pago del pasivo”, dispone que los acreedores prendarios y retencionarios (aquellos que gocen del derecho de retención judicialmente declarado) podrán pagarse, pero debiendo siempre asegurar los créditos de mejor derecho. El art. 243, referido a los acreedores hipotecarios, dispone que éstos se pagarán “en la forma que determinan los artículos 2477, 2478, 2479 y 2480 del Código Civil”. De estos preceptos, el segundo y tercero consignan, respectivamente, que los créditos de primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, y que los acreedores hipotecarios no están obligados a esperar que se paguen los créditos de primera clase, pero deberán consignar o afianzar una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la primera clase.

ii.- Situación que se produce cuando los restantes bienes del deudor no son suficientes para el pago de los créditos de primera clase.

Podría ocurrir que, en un procedimiento concursal de liquidación, después de retirar el acreedor prendario el producido de la subasta de la especie prendada, habiendo asegurado el pago de los créditos de primera clase, los restantes bienes del deudor, en definitiva, no fueren suficientes para satisfacer a éstos últimos créditos. En tal caso, el acreedor prendario deberá restituir al liquidador el monto que fuere menester. Ahora bien, ¿qué ocurre si en el mismo procedimiento concursal, también se había realizado una finca hipotecada, y el acreedor hipotecario, al igual que el acreedor prendario, retiró en su momento el producido de la subasta?

En tal caso, se ha preguntado la doctrina si debe devolver primero a la masa el acreedor hipotecario, considerando que su crédito preferente lo es de tercera clase, y sólo en caso de no cubrirse el déficit con lo que restituya, deberá devolver lo que sea necesario el acreedor prendario, que tiene un crédito preferente de segunda clase, o, por el contrario, debiéramos entender que entre ambos no existe preferencia alguna para los efectos de la devolución, de manera que ambos debieran restituir, a prorrata de sus créditos.

Somarriva afirma que en el caso planteado, debe restituir primero el acreedor hipotecario y después el acreedor prendario: “Relacionado con el déficit de los créditos de primera clase que no se alcanza a pagar con los bienes del deudor que no estén hipotecados o afectos a un crédito de segunda clase se plantea un problema no resuelto por el legislador y que es el siguiente: en caso que existan bienes hipotecados y bienes sobre los cuales hay un crédito de segunda clase, por ejemplo una prenda, el citado déficit ¿sobre cuál de estos bienes se hará efectivo primero? ¿Sobre el inmueble hipotecado o sobre la prenda? Como decimos la ley no resuelve el punto, porque el artículo 2476 se limita a decir que el déficit de los créditos de primera clase se paga con preferencia a los créditos de segunda clase, y el artículo 2478 sienta el mismo principio con respecto a los bienes hipotecados. Ante este silencio la cuestión debe resolverse con la lógica; y ésta nos dice que los créditos de segunda clase deben preferir a los de tercera, y, en consecuencia, el déficit de los créditos de primera clase se pagará primero en los bienes hipotecados y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes que se encontraren afectos a un crédito de segunda clase”.¹⁶

Arturo Alessandri¹⁷ y Rafael Mery concluyen en similares términos.

Otra opinión sustenta René Abeliuk: “¿Cómo se distribuye el déficit de 1ª clase entre los de 2ª y 3ª? El Art. 2476 determina que el déficit impago de los créditos de 1ª clase afecta a los bienes sujetos a un privilegio de 2ª clase, y también, de acuerdo al Art. 2478, vulnera a los destinados a preferencia hipotecaria, o sea, a los de 3ª clase. Pero no se preocupó el legislador de resolver si hay preferencia entre ellos; dicho de otra manera, si los acreedores impagos de la 1ª clase deben dirigirse contra uno de ellos primero, o contra ambos conjuntamente. Por ejemplo, hay un déficit impago por impuestos de \$ 50.000, y una prenda sobre un automóvil y una finca hipotecada. ¿En qué forma el déficit de estos \$ 50.000 va a afectar al acreedor prendario o hipotecario? La mayoría de los autores sostienen que la enumeración dada por el legislador a los créditos indica una preferencia, de manera que es lógico concluir que los créditos de 2ª clase prefieren a los de 3ª, así, como los de 1ª prefieren a todos y los de 2ª y 3ª a los de 4ª. En consecuencia, el déficit impago de la 1ª categoría de créditos se pagará primero en las fincas hipotecadas, y luego afectará a las prendas y demás privilegios especiales muebles. Discrepamos de esta interpretación, porque la verdad es que la numeración carece de toda trascendencia en los créditos con preferencias especiales, y buena prueba es que la ley debió declarar expresamente que el déficit de los de 1ª clase afectaba a las preferencias radicadas en bienes determinados. A falta de solución legal, debe recurrirse a lo que constituye la regla general en materia de prelación de créditos; no existen otras preferencias que las específicamente señaladas por la ley (Arts. 2469 y 2488). A falta de establecimiento de alguna, la regla general es la

¹⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile, Contable Chilena Ltda-Editores, 1981, p. 465.

¹⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, *La Prelación de Créditos*, versión de Antonio Vodanovic, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1940, N° 42, p. 33.

contribución a prorrata; en consecuencia, el déficit de los créditos privilegiados de 1ª clase se prorratea entre todas las preferencias especiales, de acuerdo a los valores de éstas”.¹⁸

Aunque nos inclinamos más bien ante la tesis mayoritaria –admitiendo, con todo, que el tema es muy discutible–, el tenor del art. 239 de la Ley N° 20.720, le da la razón a René Abeliuk. El precepto se pone en el caso de haberse acordado la continuación de las actividades económicas del deudor sujeto al procedimiento concursal de liquidación. Los créditos que provengan de dicha continuación de actividades, gozarán de la preferencia establecida en el N° 4 del art. 2472 del Código Civil para el pago respecto de los demás acreedores del deudor. Es decir, corresponden a un crédito de primera clase. Ahora bien, para que estos créditos prefieran por sobre los créditos de los acreedores hipotecarios, prendarios y retencionarios, será necesario:

- i) que estos acreedores hayan dado su aprobación a la continuación de actividades económicas del deudor, en la respectiva Junta de Acreedores; y,
- ii) los bienes no gravados comprendidos en dicha continuación de actividades económicas fueren insuficientes para el pago.

Agrega el precepto que “La diferencia, si la hubiere, será soportada por los señalados acreedores a prorrata del monto de sus respectivos créditos en el Procedimiento Concursal de Liquidación y hasta la concurrencia del valor de liquidación de los bienes dados en garantía de sus respectivos créditos”.

Como puede observarse, la ley, en el caso descrito, aplica la regla de la prorrata. En todo caso, bien podría contra argumentarse que se trata de una norma especial, que rige sólo para los acreedores cuyos créditos provengan de la continuación de actividades económicas, y no si se trata de otros acreedores de primera clase del deudor.

iii.- Prueba acerca de que el deudor carece de otros bienes para pagar a los acreedores de primera clase.

A su vez, cabe preguntarse en quién recae la carga de probar que el deudor carece de otros bienes con los cuales pagar los créditos de primera clase. ¿Corresponde probar al acreedor de primera clase que el deudor no tiene otros bienes? O, ¿debe probar el acreedor hipotecario o prendario que el deudor sí tiene otros bienes? El Código no resuelve expresamente el punto. Revisemos algunos criterios jurisprudenciales, de los que se aprecia conclusiones dispares:

- i) Sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de abril de 2017, autos Rol N° 4.007, concluye que *la carga probatoria es del acreedor de primera clase*, que en el caso era la Tesorería General de la República (Tesorería Regional de Antofagasta): “SEXTO: Que en lo que concierne al examen de la tercería de prelación intentada por la Tesorería Regional de Antofagasta, es del caso subrayar que en el inciso primero del artículo 2478 del Código Civil se dispone que: Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor. De su sola lectura se desprende que dicha norma contiene dos reglas: una, con carácter general y otra, con rango de excepción. En lo que dice relación con aquella, consigna como principio que los créditos de primera clase no se extienden a las fincas hipotecadas. En cuanto a la segunda, contempla una fórmula que hace excepción a la anterior al señalar que los créditos de primera clase abarcarán a dichas fincas en el caso de que no pudieren satisfacerse en su totalidad con los otros bienes del deudor. SÉPTIMO:

¹⁸ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo II, p. 1009.

Que habiendo basado el tercerista su pretensión de pago preferente respecto de los predios hipotecados a favor del ejecutante en la segunda de las hipótesis descritas, esto es, en la insuficiencia de otros bienes del ejecutado para responder del pago del crédito de primera clase del que alega ser titular, recaía sobre el articulista el peso de acreditar tanto la existencia del crédito como la preferencia que alegaba, tanto porque al invocarla como fundamento de su acción incidental a él le quedaba asignada esa carga, con arreglo a lo establecido en el artículo 1698 del Código Civil, cuanto por sostener una proposición que opera como excepción al principio o regla general de que los créditos de primera clase no alcanzan a los inmuebles gravados con hipoteca. En este contexto, cabe concluir que la condición de que los créditos de primera clase sólo se extienden a las fincas hipotecadas en caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, es un elemento de la acción de prioridad o preferencia de estos créditos. Por tanto, tal como lo ha sostenido en fallos precedentes esta Corte Suprema, el acreedor privilegiado de primera clase que invoque dicha preferencia sobre el bien gravado con hipoteca es quien debe acreditar que el deudor no tiene otros bienes, o bien que los que posee no son suficientes para cobrar en su totalidad los créditos (SCS N° 8.500-11, de 03 de abril de 2012 y N° 9.612-12, de 15 de julio de 2013). No se trata de una prueba negativa, como suele decirse, sino de una prueba de hechos positivos que consiste, precisamente, en establecer cuántos y cuáles son los restantes bienes del deudor, diferentes de los gravados con hipoteca, sobre los cuales puede obtener parte del pago. Tal es la carga de probar que corresponde a la demandante de tercería de prelación, conforme lo dispone el artículo 1698 del Código Civil”.¹⁹

De esta manera, siguiendo con el razonamiento de la sentencia, el acreedor de primera clase podría, por ejemplo, solicitar que el Tribunal oficie al Conservador de Bienes Raíces para que éste informe si el demandado tiene o no inmuebles inscritos a su nombre, o con la misma finalidad, oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación para que éste organismo informe si el demandado posee o no vehículos motorizados inscritos a su nombre, y adicionalmente que un receptor judicial certifique que se constituyó en el domicilio del demandado y en él no encontró bienes muebles susceptibles de embargarse, o al Depósito Central de Valores, para que éste informe si dicho demandado tiene o no acciones a su nombre, o a uno o más bancos para que informen si el demandado tiene depósitos en cuentas corrientes, de ahorro o a plazo, etc.

ii) Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 11 de junio de 2018, autos Rol N° 271-2018, concluye que *la carga probatoria es del acreedor hipotecario*, que en el caso era el Banco de Chile: en estos autos, el 1° Juzgado de Letras de Talagante, en los autos Rol N° 1.793-2016, acogió la tercería de prelación interpuesta por la Tesorería General de la República. Se alzó el ejecutante de autos, Banco de Chile, solicitando la revocación del fallo, rechazándose la tercería. Se expresa en la sentencia de la Corte: “TERCERO: Que, (...) resulta imprescindible dejar establecido que la preferencia de los créditos de primera clase no es -como se sabe- absoluta, porque no se extiende a los bienes hipotecados, sino en los casos que tales créditos no puedan cubrirse en su totalidad con otros bienes del deudor, según se desprende del inciso 1 del artículo 2478 del Código Civil. CUARTO: Que así las cosas, en este juicio sobre tercería de prelación, se ha planteado un conflicto de preferencia entre el crédito privilegiado de primera clase, originado en impuestos de retención y recargo adeudados, que con fundamentación en el artículo 2472

¹⁹ En la misma línea, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de enero de 2018, autos Rol N° 10.847-2017.

Nº 9 del Código Civil invoca el tercerista, Servicio de Tesorerías en representación del Fisco de Chile, respecto de aquel de tercera clase del que es titular el Banco de Chile S.A., en su calidad de acreedor hipotecario y en función del cual pretende obtener con prioridad su pago sobre el inmueble hipotecado por el ejecutado. QUINTO: Que, la apelante sostiene que en el caso sub iudice no se ha acreditado que el deudor carezca de otros bienes que no sea el bien raíz hipotecado en garantía de su acreencia. SEXTO: Que, en efecto, el carácter especial del crédito de tercera clase permite explicar que, en relación con los créditos privilegiados de primera clase, tenga derecho a pagarse (así se señaló preferentemente, en relación con el bien hipotecado, a menos que nos encontremos en la hipótesis del artículo 2478, como ha alegado el apelante (...)) SEPTIMO: Que, en este orden de ideas, parte de nuestra jurisprudencia ha entendido que corresponde al acreedor hipotecario probar la suficiencia de los bienes para permitir que opere la preferencia a pagarse sobre los bienes hipotecados (así se señaló en las sentencias de C. de Santiago, 3 de noviembre 1932. R., t. 36, sec. 1ª, p. 330; C. Suprema, 14 noviembre 1938. R., t. 36, sec. 1ª, p. 10; y, C. Talca, 4 julio 1940. G. 1940, 2º sem., Nº 97, p. 139). En época más reciente, la Corte Suprema, en la sentencia de 22 de julio de 2009, rol 651-08, ha declarado que: ‘De esta manera, no habiéndose acreditado por quien tenía la carga de hacerlo, el acreedor hipotecario, la existencia de otros bienes del deudor distintos a la finca hipotecada, que no alcancen a cubrir el crédito, procedía acoger la tercería de prelación interpuesta y al decidirlo así los jueces de la instancia no han incurrido en los errores de derecho que se les atribuye en el recurso, pues no han alterado la carga de la prueba’. OCTAVO: Que la motivación detrás de este razonamiento se explica en que el crédito hipotecario goza de preferencia de tercera clase; en consecuencia, siempre prefieren los créditos de primera clase, a menos que existan bienes suficientes del deudor,²⁰ para permitir pagarse al acreedor hipotecario con cargo al bien hipotecario, aún antes de los créditos de primera clase. De hecho, la situación excepcional, entonces, sería la de conferir preferencia al crédito de tercera clase, por sobre los de primera, aun en relación con el crédito hipotecado (sic). Así se sostuvo en la sentencia de la Corte Suprema, de 8 de octubre de 2009, rol 4753-09: ‘Para que un crédito de primera clase pueda ser cubierto con el producto de un bien con hipoteca, se requiere que no existan otros bienes del deudor o que éstos no sean suficientes, es decir, no basten para que dichos créditos puedan pagarse con primacía a cualquier otra preferencia o privilegio. Por lo tanto, corresponde que los créditos de primera clase se paguen con preferencia a cualquiera otro, incluso a los de segunda o de tercera’. NOVENO: Que, en suma, de acuerdo al tenor de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 2478 del Código Civil (...), debe entenderse en el aspecto positivo porque lógica y jurídicamente los hechos negativos no se prueban. Desde este punto de vista, la carga probatoria se refiere a la existencia de bienes que cubran los créditos de primera clase, circunstancia que hace desaparecer la preferencia por sobre los bienes que están garantizados con hipoteca. Este hecho, extingue el derecho del acreedor de los créditos de primera clase, porque debe ejercer la preferencia respecto de los restantes bienes y para que el acreedor hipotecario utilice el derecho de exclusión, obviamente es éste quien debe demostrar la existencia de aquéllos. Argüir lo contrario, significa violar la norma general, como se dijo, de la carga probatoria establecida en el artículo 1698 del cuerpo legal en comento”.

²⁰ El fallo dice en esta parte “... a menos que no existan bienes suficientes del deudor...”, lo que, evidentemente, constituye un lapsus, pues si no existen otros bienes que el inmueble hipotecado, debe pagarse el acreedor de primera clase y después el acreedor hipotecario.

4° Los créditos de la primera clase prefieren entre sí en el orden de la enumeración establecida en el art. 2472 del Código Civil, cualquiera que sea su fecha y si los bienes del deudor son insuficientes para cubrir la totalidad de los créditos de primera clase, los créditos comprendidos en cada número se prorratan (art. 2473). Así, por ejemplo, si hay tres créditos laborales, uno por \$7.000.000.-, otro por \$2.000.000.- y el tercero por \$1.000.000.-, pero la subasta de los bienes del deudor sólo produjo \$1.000.000.-, se prorrata en \$700.000.- para el primero, \$200.000.- para el segundo y \$100.000.- para el tercero.

e.2) Segunda clase de créditos.

e.2.1) Enumeración.

Se refiere a ellos el art. 2474 del Código Civil. Son los siguientes:

1° El crédito del posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezca en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor.

La ley presume que son de propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada (presunción simplemente legal que admite prueba en contrario).

En la expresión “posadero”, debemos entender hoy fundamentalmente al “hotelero” o dueño de un hotel, motel, pensión, u otro establecimiento similar.

2° El crédito del acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor.

Se establece en este caso la misma presunción apuntada en el caso anterior.

3° El acreedor prendario sobre la prenda.

Además de la prenda civil, quedan amparados por la preferencia los créditos que se derivan de la constitución de prendas especiales, como la prenda mercantil (artículos 813 y siguientes del Código de Comercio); prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos (Ley N° 4.287); prenda sin desplazamiento (Ley N° 20.190), etc., todas las cuales, otorgan al acreedor prendario la preferencia del art. 2474 del Código Civil. De igual modo, conforme al art. 546 del Código de Procedimiento Civil, si el derecho legal de retención se ejerce sobre bienes muebles, el crédito respectivo se asimila a la prenda para los efectos de la preferencia.

e.2.2) Características:

1° Los créditos de la segunda clase constituyen preferencias especiales: se hacen efectivos sobre bienes específicos del deudor.

En lo que respecta al crédito del acreedor prendario, nos encontramos ante una manifestación del “principio de especialidad” de la prenda. El acreedor prendario sólo tiene un crédito preferente en la medida en que subsista el derecho real de prenda del cual es titular. Extinguido -por ejemplo, por haberse realizado la cosa y percibido el acreedor los resultados de la subasta-, por el saldo impago sólo podrá ejercer el derecho de prenda general que otorga a cualquier acreedor el art. 2465 del Código Civil.

2° Sólo los créditos de primera clase prefieren a los de segunda clase. Con todo, ello no impide que los de segunda puedan pagarse antes de haberse extinguido totalmente los créditos de la primera clase (art. 2476).

3° Si los bienes prendados o que se encuentran en poder del posadero o transportista son insuficientes para cobrar la totalidad de los créditos, el monto impago constituye un crédito valista, concurriendo con los demás de la misma clase a prorrata (art. 2490 del Código Civil).

4° Pasan contra terceros poseedores, en el caso de la prenda sin desplazamiento.

5° Del art. 16 de la Ley N° 20.190, se desprende que es posible constituir más de una prenda sin desplazamiento. Establece el precepto que se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien. Por cierto, en este punto la prenda que mencionamos difiere de la prenda regulada por el Código Civil, pues en ella, dado que debe entregarse la cosa al acreedor prendario, sólo puede haber una prenda que grave la cosa. En cambio, en las prendas sin desplazamiento la cosa permanece en poder del constituyente, de manera que nada impide la existencia de dos o más prendas sobre un mismo bien. De haber dos o más prendas sin desplazamiento, preferirán entre sí por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. No es por ende la fecha del contrato, sino la data de su inscripción, la que fija la preferencia entre los distintos acreedores prendarios.

e.3) Tercera clase de créditos.

e.3.1) Enumeración.

De conformidad a lo establecido en los artículos 2477 y 2480 del Código Civil y 546 del Código de Procedimiento Civil, los créditos de la tercera clase son los siguientes:

i.- Los créditos hipotecarios (art. 2477).

ii.- Los créditos del censalista, cuando el censo se encuentre inscrito (establece el art. 2480 del Código Civil que, para los efectos de la prelación, los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas).

iii.- Los créditos del acreedor en cuyo favor ha operado el derecho legal de retención sobre un inmueble, declarado judicialmente e inscrito en el competente registro. Dispone al efecto el art. 546 del Código de Procedimiento Civil: “Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas”.

Sólo por razones metodológicas, aludiremos a los tres como “créditos hipotecarios”, en el entendido que, para estos efectos, los dos últimos se asimilan a los primeros.

e.3.2) Características:

1° Constituyen una preferencia especial, al igual que la segunda clase de crédito. Estamos ante una preferencia que sólo puede invocarse sobre determinados bienes del deudor.

2° Sólo los créditos de la primera clase pueden preferir a los créditos hipotecarios, pero ello no obsta a que el acreedor de tercera clase pueda pagarse antes que los acreedores de primera clase. En otras palabras, los créditos hipotecarios pueden pagarse antes de haberse extinguido totalmente los créditos de la primera clase (arts. 2478 y 2479 del Código Civil).

3° Si el valor de la finca hipotecada no fuere suficiente para pagar a los acreedores hipotecarios la totalidad de sus créditos, la preferencia desaparece, pues es inherente a la hipoteca misma (principio de la especialidad de la hipoteca). Extinguido el derecho real de hipoteca, se extingue también la preferencia. De tal forma, la parte insoluble del crédito no

gozará de preferencia y se pagará como un crédito valista o común (artículo 2490 del Código Civil).

4° Pasan contra terceros poseedores, tratándose del acreedor hipotecario y del censalista. Ambos podrán perseguir la finca hipotecada o gravada con el censo, en manos de quien se encuentre.

5° Los créditos hipotecarios, los censos y retenciones legales debidamente inscritos, prefieren en el orden de la fecha en que se hubieren inscrito. Es la fecha de la inscripción la que, entre dos o más créditos de la tercera clase, da preferencia a unos sobre otros.

e.4) Cuarta clase de créditos.

e.4.1) Enumeración.

El art. 2481 del Código Civil enumera estos créditos:

1° Los del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales.

Como señala Hernán Larraín Ríos, cuatro requisitos deben cumplirse para que el Fisco pueda invocar este crédito preferente:

i.- Que el Fisco tenga un crédito contra un recaudador o administrador de bienes fiscales;

ii.- Que el crédito del Fisco derive de la gestión del recaudador o administrador;

iii.- Que el privilegio se ejerza en tiempo oportuno; y

iv.- Que el Fisco pruebe la existencia del crédito privilegiado en cualquier forma permitida por las leyes (no hay limitaciones en este sentido, a diferencia de lo que ocurre con otros créditos preferentes de cuarta clase, según veremos).

El profesor Larraín se pregunta también acerca de las personas que quedan comprendidas en las expresiones “recaudadores y administradores de bienes fiscales”, concluyendo que abarcan no sólo a los funcionarios designados en forma legal y ordinaria, sino que igualmente a quienes ejerzan estas funciones de hecho. Agrega que refuerza su conclusión el tenor del art. 2481, que no habla de “recaudadores y administradores fiscales”, es decir, no se refiere la ley exclusivamente a empleados fiscales, sino que se alude a “recaudadores y administradores de bienes fiscales”. Cita también a Pothier, quien afirmaba al efecto que “los falsos administradores no pueden estar en mejor condición que los verdaderos”.²¹

2° Los de los establecimientos nacionales de caridad o de educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos.

Acerca del alcance de la expresión “establecimientos nacionales”, empleada en el art. 2481, Hernán Larraín Ríos señala que debe tratarse de personas jurídicas de derecho público, es decir, de organismos que formen parte de la organización del Estado.

Pero, además, debe tratarse de establecimientos nacionales “de caridad o de educación”. Larraín Ríos define a los primeros “como aquellas entidades que, perteneciendo a la organización del Estado costeados con sus fondos, están encargadas de dar limosna o de auxiliar a los necesitados” y a los segundos “como aquellas entidades pertenecientes a la organización del Estado o costeadas con fondos del erario nacional y

²¹ Larraín Ríos, Hernán, *Tratado de la prelación de créditos*, Tomo II, Santiago de Chile, Distribuidora Forense Limitada, 1998, pp. 105 y 106.

que tienden al desarrollo o perfección de las facultades intelectuales, artísticas, morales y físicas.”²²

En cuanto a los créditos de las “iglesias y comunidades religiosas”, tradicionalmente se ha sostenido que se trata de entidades pertenecientes a la Iglesia Católica, por ser la única que reconocía el Estado a la época en que el Código Civil entró en vigencia. Alessandri sostenía que el precepto legal sólo se refería a la Iglesia Católica, porque era la única –en el momento en que Alessandri escribía- a la que la ley le reconoce personalidad jurídica de derecho público.²³ Hoy, sin embargo, gozan de personalidad jurídica de derecho público diversas iglesias, no sólo la católica. Por ello, creemos que debe interpretarse el precepto en términos más amplios que aquellos que prevalecieron en el pasado. La expresión “comunidades religiosas” está referida a los institutos o congregaciones que formen parte de una iglesia determinada.

3° Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales.

Se trata en consecuencia del crédito que pueda tener la mujer casada en sociedad conyugal, hipótesis en la cual el marido no sólo administra los bienes sociales, sino también los bienes propios de la mujer; o del crédito que pueda tener cualquiera de los cónyuges, por su crédito de participación en los gananciales.

Cabe consignar que la Ley N° 19.335 modificó el art. 2481, N° 3 del Código Civil, incorporando también el crédito de participación en los gananciales. El cónyuge acreedor del crédito de participación, es protegido por la ley frente a aquellos acreedores cuyos créditos tengan una causa posterior al término del régimen. Se previene así que el cónyuge acreedor no vea perjudicado su derecho por las deudas que pueda contraer el cónyuge deudor, después de la terminación del régimen y la determinación del crédito de gananciales.

En este caso, dispone el art. 2481, N° 3 que el crédito de participación en los gananciales tendrá una preferencia de cuarta clase. Cabe notar que aquí, la preferencia no corresponderá sólo a la mujer, como acontece en la sociedad conyugal, sino a cualquiera de los cónyuges.

En el caso de haber sociedad conyugal, establece el artículo 2483 del Código Civil que la preferencia se entiende constituida a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que la mujer hubiere aportado al matrimonio y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de la mujer por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad. Se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos, de cualquier modo fehaciente.

A su vez, el art. 2484 del Código Civil señala que los matrimonios celebrados en el extranjero y que deban producir efectos civiles en Chile, darán a los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile (la referencia hecha al art. 119, derogado por la

²² Larraín Ríos, Hernán, ob. cit., p. 115.

²³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Prelación de créditos*, citado a su vez por Larraín Ríos, Hernán, ob. cit., p. 118.

Ley de Matrimonio Civil, debe entenderse hecha al art. 135 del Código Civil y a las disposiciones de la aludida Ley de Matrimonio Civil).

Por su parte, el art. 2485 del Código Civil (que guarda armonía con el art. 1739) excluye la confesión de alguno de los cónyuges, como medio de prueba exclusivo, contra los acreedores. Nada impide en todo caso que concurra el señalado medio de prueba, junto a uno o más instrumentos públicos. Al efecto, la ley establece que para invocar las preferencias de los números 3º, 4º, 5º y 6º del art. 2481 del Código Civil, sólo se admitirá como medios de pruebas instrumentos públicos (tal carácter tienen todos aquellos enumerados en el inc. 1º del art. 2483 del Código Civil; la enumeración en todo caso no es taxativa, atendida la frase final del inciso: “u otros de igual autenticidad”. Más, la mayoría considera que deberán ser públicos, conforme a la interpretación usual que hace sinónimo instrumento “público” e instrumento “auténtico”)²⁴.

4º Los de los hijos sujetos a patria potestad, por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o madre, sobre los bienes de éstos.

Conforme al art. 2483 del Código Civil, la preferencia en este caso se entiende constituida a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que pertenezcan a los respectivos hijos bajo patria potestad y hayan entrado en poder del padre o madre y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho del hijo bajo patria potestad por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad. Se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones del hijo bajo patria potestad contra el padre o madre por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos, de cualquier modo fehaciente.

Tal como se dijo en el N° 3 precedente, el art. 2485 del Código Civil excluye la confesión del padre o madre que ejerza la patria potestad como medio de prueba exclusivo, contra los acreedores. Nada impide sin embargo que concurra el señalado medio de prueba, junto a otros medios, siempre que estos consistan en instrumentos públicos.

5º Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores.

Se aplican en este caso las mismas reglas señaladas respecto de la mujer casada y del hijo bajo patria potestad. Pero los guardadores deben rendir cuenta, una vez terminada su administración, a diferencia de los casos contemplados en los números 3 y 4.

6º Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del art. 511 del Código Civil.

Dispone esta última norma que, si la mujer que ejerce la tutela o curaduría contrajere matrimonio, continuará desempeñándola, siempre que por el hecho del matrimonio no haya de quedar sujeto el pupilo a la patria potestad del marido²⁵ o de la mujer.²⁶ En este caso cesará dicha guarda. Lo anterior guarda armonía con el art. 502 del Código Civil, que establece que el padrastro no puede ser tutor o curador de su entenido (o sea, hijastro).

²⁴ Con todo, hay quienes estiman que el “instrumento auténtico” podría ser también un instrumento privado, como por ejemplo tratándose del testamento otorgado sólo ante cinco testigos, sin presencia de funcionario público.

²⁵ Ello ocurriría, si el pupilo fuere un hijo no reconocido del que se casa con la tutora o curadora, y su padre lo reconoce en el acto del matrimonio, asumiendo la patria potestad.

²⁶ Puede ocurrir que al contraer matrimonio la mujer tutora o curadora, reconozca ella y el marido, como su hijo, al pupilo, y convenga con su marido que ella será titular de la patria potestad.

Como refiere Abeliuk, el art. 511 “fue modificado primero por la Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, y luego por la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, y hoy en día la guarda de la mujer no termina por contraer la madre o abuela matrimonio, salvo que por el hecho de éste no haya de quedar sujeto el pupilo a la patria potestad del marido o de la mujer. En la práctica, pues, el precepto ha quedado sin aplicación, aunque se conserva como N° 6 del Art. 2481”.²⁷

En cuanto a la extensión de la preferencia y a las normas probatorias, rige también lo señalado en los números 3, 4 y 5 que anteceden.

e.4.2) Características:

1° Los créditos de la cuarta clase prefieren indistintamente unos a otros según las fechas de sus causas (art. 2482 del Código Civil). Agrega el precepto que dicha prelación es, a saber:

i.- La fecha del nombramiento de administradores y recaudadores respecto de los créditos de los números 1° y 2° del art. 2481 del Código Civil;

ii.- La fecha del respectivo matrimonio en los créditos de los números 3° y 6° del mismo artículo;

iii.- La fecha del nacimiento del hijo en los del N° 4 del citado artículo; y

iv.- La fecha del discernimiento de la tutela o curaduría en los del N° 5 del art. 2481 del Código Civil (de conformidad al art. 373, inc. 2° del Código Civil, se llama “discernimiento” el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo).

Así, por ejemplo, podría ocurrir que el hijo y la cónyuge, tengan acreencias en contra del padre y marido. Si el hijo nació antes del matrimonio celebrado por sus padres, preferirá el crédito del hijo por sobre el crédito de la madre, y si el matrimonio se celebró antes del nacimiento del hijo, preferirá el crédito de la madre por sobre el crédito del hijo.

2° La confesión de alguno de los cónyuges, del padre o madre, o del tutor o curador sujetos a un procedimiento concursal de liquidación, no hará prueba por sí sola contra los acreedores (art. 2485 del Código Civil).

3° Para invocar las preferencias de los números 3, 4, 5 y 6 del art. 2481 del Código Civil, sólo se admitirá como medios de pruebas instrumentos públicos o “auténticos”.

4° Las preferencias de los créditos de la cuarta clase afectan todos los bienes del deudor: estas preferencias, al igual que las de la primera clase, pero a diferencia de las de segunda y tercera clase, son de carácter general, se extienden a todos los bienes del deudor, excepto los inembargables.

Igual que lo indicado respecto de los créditos de la primera clase, los de la cuarta clase se hacen efectivos en todos los bienes del heredero del deudor, salvo que tengan lugar los beneficios de inventario o de separación, casos en los cuales sólo se podrán hacer efectivos en los bienes inventariados o separados (art. 2487, inc. 2° del Código Civil).

5° Los créditos de la cuarta clase son personales, al igual que los de la primera clase, y no pasan jamás contra los terceros poseedores de los bienes del deudor (art. 2486 del Código Civil). Cabe plantear aquí la misma salvedad, para el caso que fuere acogida la acción pauliana o revocatoria o una acción de simulación. De igual manera, debemos considerar otra salvedad, en el marco de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, a la que aludiremos.

6° Los créditos de la cuarta clase se pagan una vez enterados los créditos de las tres primeras clases (art. 2486 del Código Civil). Sin embargo, no debe creerse que los créditos de la cuarta clase sólo se paguen una vez que la totalidad de los créditos de primera,

²⁷ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 1.024.II, p. 1019.

segunda y tercera clase se hubieren pagado; los créditos de la cuarta clase se pagan después de ser cubiertos los de primera clase, pues éstos, igual que los de cuarta clase, son personales, afectando la totalidad de los bienes del deudor; en cambio, los créditos de la segunda y tercera clase, como se ha señalado, sólo gozan de preferencia sobre ciertos bienes, respecto de los cuales por cierto se pagan antes que los de cuarta clase (e incluso, como vimos, antes de encontrarse totalmente extinguidos los de la primera clase). Por tanto, los créditos de la cuarta clase se pagarán con preferencia al déficit quedado después de realizarse los bienes afectos a los créditos de la segunda y tercera clase, pues dicho déficit, como sabemos, constituye un crédito de la quinta clase o “valista” (art. 2490 del Código Civil).

7° Los créditos de cuarta clase se originan en la administración de bienes ajenos (salvo en el caso del crédito del régimen de participación en los gananciales).

e.4.3) Crédito contemplado en la Ley Sobre Copropiedad Inmobiliaria.

Dispone el art. 4, inc. 4° de la Ley N° 19.537 (publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de diciembre de 1997), que el crédito contra el copropietario de una “unidad” por los gastos comunes correspondientes, gozará de un privilegio de cuarta clase, que preferirá, cualquiera que sea su fecha, a los enumerados en el art. 2481 del Código Civil.

Este crédito especial hace excepción, como vemos, a la forma de pago de los demás créditos de cuarta clase, apartándose del principio general de “las fechas de sus causas” (art. 2482 del Código Civil).

De igual forma, es un crédito cuya contrapartida es una “obligación real”, pues como señala el art. 4, inc. 4°, la obligación del propietario de una unidad por los gastos comunes seguirá siempre al dominio de su unidad, aun respecto de los devengados antes de su adquisición. Nos encontramos ante un crédito “real”, no “personal”, de manera que no rige a su respecto el art. 2486 del Código Civil.

Cabe destacar que este crédito pasa contra terceros poseedores, y por tal razón constituye una excepción a la característica en sentido contrario enunciada en el literal precedente.

e.5) Quinta clase de créditos.

Conforman esta categoría los créditos que no gozan de preferencia (artículo 2489, 1° del Código Civil). La doctrina y el Mensaje del Código Civil los llama también valistas, comunes o quirografarios (del griego “kheir” -mano- y “grafo”; alude al documento concerniente a la obligación contractual que no esté autorizado por notario ni lleva otro signo oficial o público).

Como se ha indicado, son también créditos de esta clase los saldos de los créditos de la segunda y tercera clase que no alcanzaron a cubrirse con el producto de los bienes afectos a dichos créditos preferentes. Ello se explica, pues se trata de preferencias especiales, y no generales como ocurre con los créditos de primera y de cuarta clase.

Distingue el Código Civil dos clases de créditos de quinta clase: los no subordinados y los subordinados²⁸.

²⁸ De acuerdo a la reforma al art. 2489 del Código Civil, que hizo la Ley N° 20.190, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de junio de 2007.

Los créditos de la quinta clase no subordinados se pagan a prorrata sobre el sobrante de los bienes del deudor, sin consideración a su fecha (art. 2489, inc. 2º del Código Civil).

Los créditos de quinta clase subordinados son aquellos que se pagarán después de los créditos no subordinados. Define el Código la subordinación de crédito como un acto o contrato en virtud del cual uno o más acreedores de la quinta clase aceptan postergar, en forma total o parcial, el pago de sus acreencias en favor de otro u otros créditos de dicha clase, presentes o futuros. La subordinación también podrá ser establecida unilateralmente por el deudor en sus emisiones de títulos de crédito. En este último caso, dicha subordinación será irrevocable. También lo será cuando la subordinación sea establecida unilateralmente por el acreedor que acepta subordinarse.

El establecimiento de la subordinación de un crédito es un acto jurídico solemne: debe constar por escritura pública o por instrumento privado firmado ante Notario y protocolizado. El término anticipado de la subordinación, cuando ella no fuere irrevocable, se hará de la misma forma.

La subordinación comprenderá el capital y los intereses del crédito, a menos que se exprese lo contrario.

La subordinación de un crédito establecida por un acreedor será oponible al deudor en los siguientes casos:

- a. Si el deudor ha concurrido al acto o contrato por el cual se estableció la subordinación;
- b. Si el deudor acepta el acto de subordinación con posterioridad; o
- c. Si el deudor es notificado del acto de subordinación por un ministro de fe, con exhibición del instrumento.

Si el deudor obligado a la subordinación no la respeta, pagando a un acreedor subordinado y no al acreedor a cuyo favor había operado la subordinación, éste último tiene acción tanto en contra del deudor, cuanto en contra del acreedor que recibió el pago. Contra el primero, para reclamar indemnización de perjuicios. Contra el segundo, para obtener el reembolso de lo que hubiere recibido.

Considerando que el acreedor subordinado no podrá cobrar su crédito mientras se encuentre vigente la subordinación, el tiempo por el cual se prolongue ésta no será computado para los efectos de la prescripción de las acciones de cobro del crédito. Ello es razonable, pues el acreedor subordinado no puede exigirle el pago al deudor, que a su vez debe pagar primero a otro acreedor, el no subordinado. Si el acreedor subordinado falleciere, sus herederos seguirán obligados a respetar la subordinación. Lo mismo ocurrirá, cuando el acreedor subordinado cedere su crédito: el cesionario lo adquirirá en las mismas condiciones en que lo tenía el cedente, y, por ende, obligado por la subordinación.

De lo expuesto acerca de los créditos de quinta clase subordinados, podemos concluir:

1. La subordinación es un acto jurídico, que puede emanar del acreedor o del deudor. Cuando emana del acreedor, se entiende por tal el acto jurídico *unilateral* o *bilateral* –la ley habla de un “acto o contrato”- por el cual el acreedor manifiesta su voluntad o consiente en postergar el pago de su acreencia, a favor de otro acreedor u otros acreedores. En este caso, la subordinación es *sobreviniente*, pues en su origen, el crédito no era subordinado. Si la subordinación emanare de la sola voluntad del acreedor, nos encontraríamos ante un caso en que la obligación tiene por fuente la sola declaración unilateral de voluntad de una persona, cual es el acreedor que acepta subordinar su crédito en favor del crédito de otro acreedor, que no ha manifestado voluntad alguna. Si la subordinación fuere convencional, entendemos que operará entre dos o más acreedores, de manera que unos subordinen sus

créditos a favor de los créditos de los otros. Además, nada impide que, entre varios acreedores, se establezca un orden en la subordinación, es decir, que se estipule el orden en que sus créditos se irán pagando. Cuando emana del deudor, la subordinación es *originaria*, pues opera en la emisión de un título de crédito: así, por ejemplo, cuando un deudor emite bonos con créditos subordinados y no subordinados; éstos, se pagarán antes que aquéllos; se explica lo anterior, pues los títulos de crédito comenzarán a circular, por endoso o traspaso, y quienes los adquieran, deben tener conocimiento de la subordinación que afecta a su título.

2. La subordinación puede ser *total* o *parcial*. En el primer caso, ninguna parte del crédito podrá cobrarse sino una vez pagado otro crédito que se designa. En el segundo caso, podrá cobrarse una parte del crédito, y el saldo, sólo una vez que se pague otro crédito que se designa.

3. La subordinación debe operar respecto de uno o más créditos determinados.

4. La subordinación puede operar respecto de créditos presentes o futuros. En todo caso, éstos últimos deben quedar determinados al momento de la subordinación.

5. La subordinación es irrevocable, cuando se establece unilateralmente, sea por el acreedor, sea por el deudor que emite títulos de crédito.

6. La subordinación y el término anticipado de la misma, son actos solemnes. Podrá terminar anticipadamente cuando la subordinación hubiere tenido un origen convencional, entendiéndose que las mismas partes que concurren a su establecimiento, deben hacerlo para ponerle término por anticipado.

7. La subordinación es obligatoria para el deudor, que haya tomado conocimiento de la misma.

8. La subordinación será inherente al crédito, de manera que si se transfiere o transmite, el adquirente deberá respetarla, so pena de reembolsar lo que se le pague por el deudor.

9. La subordinación suspende el cómputo de la prescripción de las acciones de cobro del crédito.

Cerrando los comentarios acerca de la prelación de créditos, agreguemos que, en la práctica, hay al menos dos casos de créditos, contemplados en la Ley N° 20.720, sobre insolvencia y reemprendimiento, que deben entenderse como de “sexta clase”, pues deben pagarse con posterioridad a los créditos valistas. Son ellos:

a) La situación prevista en el inc. 2° del art. 292 de la Ley N° 20.720. Se trata del caso de una acción pauliana acogida. Caso en el cual “La parte condenada deberá restituir efectivamente la cosa a la masa y tendrá derecho a la devolución de lo que hubiere pagado con ocasión del acto o contrato revocado, debiendo verificar el monto en el Procedimiento Concursal respectivo, quedando pospuesto el pago hasta que se paguen íntegramente los créditos de los acreedores valistas”. Lo anterior, a menos que el tercero se acoja al beneficio de mantener la cosa y evitar con ello el efecto natural de la sentencia que acoge la acción pauliana, pagando la diferencia de valor entre el acto o contrato revocado y el valor que la sentencia considere prevaleciente en el mercado bajo similares condiciones a las existentes a la época de dicho acto.

b) Dispone el art. 2 N° 26) de la Ley N° 20.720: “Definiciones. Para efectos de esta ley, se entenderá, en singular o plural, por: (...) N° 26) Persona Relacionada: Se considerarán Personas Relacionadas respecto de una o más personas o de sus representantes, las siguientes: a) El cónyuge, los ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el sexto grado inclusive y las sociedades en que éstos participen, con excepción de aquellas inscritas en el Registro de Valores”. A su vez, el art. 63 de la misma

ley, establece: “Posposición del pago a acreedores Personas Relacionadas. Los acreedores Personas Relacionadas con el Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes del inicio del Procedimiento Concursal de Reorganización, quedarán pospuestos en el pago de sus créditos, hasta que se paguen íntegramente los créditos de los demás acreedores a los que les afectará el Acuerdo de Reorganización Judicial. Sin perjuicio de lo anterior, el Acuerdo podrá hacer aplicable la referida posposición a otros acreedores Personas Relacionadas con el Deudor, cuyos créditos se encuentren debidamente documentados, previo informe fundado del Veedor. Esta posposición no regirá respecto de los créditos que se originen en virtud de los artículos 72 y 73. Tampoco regirá respecto de los créditos que se originen en virtud del artículo 74, en la medida que se autorice por los acreedores que representen más del 50% del pasivo del Deudor”. Por su parte, el art. 241, inc. 3° del mismo cuerpo legal, consigna: “Orden de prelación. Los acreedores serán pagados de conformidad a lo dispuesto en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y, en el caso de los acreedores valistas, con pleno respeto a la subordinación de créditos establecida en la referida normativa. Para su eficacia, la subordinación deberá ser alegada al momento de la verificación del crédito por parte del acreedor beneficiario o bien notificarse al Liquidador, si se establece en una fecha posterior. / Los créditos de la primera clase señalados en el artículo 2472 del Código Civil preferirán a todo otro crédito con privilegio establecido por leyes especiales. / Los acreedores Personas Relacionadas del Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes de la Resolución de Liquidación, serán pospuestos en el pago de sus créditos aun después de los acreedores valistas”.

9.5. La indemnización de perjuicios.

a) Generalidades y concepto.

Es el segundo de los derechos que la ley da al acreedor. Ordinariamente, cuando el deudor no cumple su obligación o la cumple imperfecta o tardíamente, el acreedor es lesionado en su patrimonio, porque se ve privado de las ventajas que le habría reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación.

Hay otros casos, como algunos de obligaciones de hacer y de no hacer, en que para el acreedor es imposible obtener la ejecución de la obligación convenida, el cumplimiento real y efectivo de la obligación. Así ocurre cuando el hecho debido debía ser ejecutado o no ejecutado *personalmente* por el deudor, no siendo “fungible”, es decir, susceptible de ser realizado o no realizado por un tercero.

En todos estos casos, la lesión que ha sufrido el patrimonio del acreedor debe ser reparada, y ello se alcanza mediante la indemnización de perjuicios.

Usualmente, en los textos jurídicos o en los contratos, suele hablarse de la indemnización de todos los “daños y perjuicios”. Aunque es cierto que se emplean ambas expresiones como sinónimos, no es menos cierto que corrientemente se suele distinguir entre unos y otros.

Tratándose de las normas del Título XII del Libro IV, “Del efecto de las obligaciones”, arts. 1545 a 1559, el Código Civil alude a los “daños” en el artículo 1556 y a los “perjuicios” en los artículos 1557 y 1558, aunque sin definirlos. En el artículo 1556, la voz “daños”, se vincula con el “daño emergente”, mientras que la frase “lucro cesante”,

podría asociarse más bien con los “perjuicios”. El artículo 1558 no se refiere a los “daños”, sino sólo a los “perjuicios”.

En cambio, en las reglas del título XXXV del Libro IV, “De los delitos y cuasidelitos”, artículos 2314 a 2334, se emplea la palabra “daño” o la expresión “daños” en los artículos 2314, 2315, 2316, 2318, 2319, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, mientras que la palabra “perjuicios” sólo aparece en el artículo 2317.

Algunos afirman que los daños tienen un carácter más directo, mientras que los perjuicios serían también daños, pero en cierta medida indirectos, o derivados de los daños.

Se dice también que los daños corresponden al menoscabo efectivamente sufrido por una persona (daño emergente), mientras que los perjuicios corresponderían a la ganancia que no se obtiene como consecuencia del daño (lucro cesante).

Ese es el enfoque del Código Civil Federal de México, en sus artículos 2107 a 2110, que reproducimos: “Artículo 2107.- La responsabilidad de que se trata en este Título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios. Artículo 2108.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

No existiendo en nuestro Código definición legal, debemos recurrir al sentido natural y obvio de las palabras, expresado en el Diccionario de la Lengua Española. Éste, define el “daño emergente” como el “valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados”, mientras que por “daños y perjuicios” se entiende la “compensación que se exige a quien ha causado un daño, para reparar este”. Por su parte, “perjuicio” se define como el “detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa” y también como la “indemnización que se ha de pagar por este detrimento”.

Queda claro, entonces, que la secuencia sería, en la esfera contractual: celebración del contrato ► conducta ilícita ► daños ► perjuicios ► indemnización. Será a partir de los daños causados por una conducta ilícita, que el afectado, al deducir su demanda, reclame la reparación pertinente, a partir de la cuantificación de los perjuicios que habrá hecho en su acción (lo que, por supuesto, queda sujeto al control judicial, al fijar en definitiva la indemnización pertinente). Esta secuencia se recoge en una sentencia de la Corte Suprema de Colombia, en la que se expresa: “El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio [mientras que] el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”.²⁹

Considerando lo expuesto, Juan Carlos Henao señala que “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil (...) se plantea

²⁹ Rueda Prada, Diana, *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia*, Tesis de Maestría (con énfasis en Derecho Público), Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2014, p. 23 (disponible en la web, consultada en noviembre de 2015).

con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima”.³⁰

Considerando las ideas expuestas, se puede observar que la frase “daños y perjuicios” puede entenderse en dos posibles sentidos:

- i.- En primer lugar, empleando la expresión “daños” al daño emergente y la palabra “perjuicios” al lucro cesante.
- ii.- En segundo lugar, reservando la voz “daños” a la causa y el término “perjuicios” al efecto. Los “daños” aludirían entonces a los hechos lesivos y los “perjuicios” a la estimación numérica o cuantitativa de tales daños.

De esta manera, cuando nuestro Código emplea la expresión “indemnización de perjuicios”, lo hace correctamente, pues lo que en definitiva se indemniza son los “perjuicios”, determinados a consecuencia de la producción de un daño.

Puede definirse la indemnización de perjuicios, en el ámbito contractual, como *el derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación*. Por ello, se habla de *cumplimiento por equivalencia*, en oposición al *cumplimiento por naturaleza*, que corresponde a lo originalmente pactado.

Dos son los fundamentos de este derecho:

1° Nadie puede ser lesionado en su patrimonio por un acto ajeno, sin derecho a exigir una reparación.

2° El que contraviene una obligación recibe una sanción por la ley.

Aunque la ley no lo ha dicho, los perjuicios se indemnizan en dinero. Este es un principio que no está consagrado en la ley, pero que está uniformemente aceptado en la práctica y en la jurisprudencia.

b) Clases de indemnización.

La indemnización de perjuicios, de acuerdo al artículo 1556, procede en tres casos: cuando el deudor no cumple su obligación; cuando la cumple imperfectamente; y cuando ha retardado su cumplimiento.

Se desprende de lo anterior que la indemnización de perjuicios se divide en dos clases: COMPENSATORIA y MORATORIA. Es compensatoria en los dos primeros casos; es moratoria en el último.

b.1) Indemnización compensatoria.

La indemnización compensatoria puede definirse como la cantidad de dinero que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor, cuando éste no cumple su obligación o la cumple sólo en parte.

Se llama compensatoria precisamente porque viene a compensar los perjuicios que el acreedor experimenta en su patrimonio por el incumplimiento total o parcial de la obligación.

Respecto a la indemnización compensatoria, cabe formular dos preguntas:

³⁰ Citado por Rueda Prada, Diana, ob. cit., p. 24.

1. ¿Puede el acreedor pedir INDISTINTAMENTE el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios compensatoria? ¿Puede elegir una u otra, o la indemnización compensatoria sólo procede cuando la obligación es ya imposible de cumplir?

Con respecto a las *obligaciones de hacer y de no hacer*, no hay dificultad alguna para responder, atendido lo dispuesto en los artículos 1553 y 1555: dichos artículos autorizan al acreedor para demandar, a elección suya, el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios. Así concluye Alessandri.³¹ Con todo, habría que formular algunas prevenciones:

a. Para algunos, la cuestión sería discutible, tratándose de los contratos bilaterales, pues el art. 1489 no admitiría la posibilidad de demandar directamente indemnización de perjuicios. Pero podría responderse señalando que la norma del art. 1489 debe armonizarse con lo dispuesto en los artículos 1553 y 1555, que sí lo permiten.³² Así se admite en algunos fallos recientes de la Corte Suprema, sobre la base de que el contrato ya expiró, aunque su cumplimiento fue imperfecto.³³

³¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, ob. cit., p. 76.

³² Cfr. el trabajo de López Díaz, Patricia Verónica, “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, diciembre 2010, pp. 65-113 (disponible en la web). En él, la autora señala los argumentos de la tesis “tradicional”, que exige demandar indemnización como complementaria de la acción de cumplimiento o de la acción resolutoria, y los argumentos de la doctrina “moderna”, a la cual adhiere, que postula la autonomía de la acción indemnizatoria.

³³ Sentencia de la Corte Suprema de 18 de noviembre de 2014, autos Rol N° 17.108-2013. En la causa, un total de 59 personas demandaron a la Corporación Santo Tomás, sostenedora del Instituto Profesional Santo Tomás, ante el 1° Juzgado Civil de Valdivia. Los demandantes cursaron en dicho instituto las carreras de Técnico Perito Forense e Investigación Criminalística, pero en definitiva ellas carecían del campo ocupacional ofrecido por la publicidad del Instituto. Se dedujo entonces demanda de indemnización de perjuicios en sede contractual, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el citado Instituto, emanadas del contrato de prestación de servicios educacionales suscrito con los demandantes. El incumplimiento consistió en la falta de campo laboral ofrecido para dichas carreras, además de una deficiente calidad de la formación impartida. La demanda fue rechazada en todas sus partes, en primera instancia. La Corte de Valdivia, revocó sin embargo el fallo, dando lugar a la demanda a favor de 54 de los demandantes. La demandada, al recurrir de casación en el fondo, sostuvo que el fallo impugnado “infringe el artículo 1489 inciso 2° del Código Civil, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual es siempre accesoria a una acción principal de cumplimiento forzado o resolución de contrato. Cita al respecto el fallo dictado por esta Corte Suprema con fecha 22 de septiembre de 2008, en el Rol 1782-2007. Indica que en la especie, los demandantes ejercieron la acción de indemnización de manera principal y directa, sin asociarla al cumplimiento o resolución del contrato, siendo acogida por el fallo censurado, a pesar de ser legalmente improcedente”. Tal argumentación, sin embargo, fue desestimada por la sentencia de la Corte Suprema, que expresa al efecto, haciendo suyo el argumento del fallo impugnado: “En cuanto al acogimiento de la acción, expresan los jueces del fondo, primero que no hay inconveniente en ejercer la acción indemnizatoria de manera independiente al cumplimiento o resolución del contrato, por cuanto no se requiere que el contrato esté vigente al momento de hacerse valer la responsabilidad contractual y además, jurisprudencia reciente de la Corte Suprema reconoce el carácter autónomo de la acción indemnizatoria (rol 3325-2012 y rol 5898-2012), abandonando la interpretación tradicional del artículo 1489 del Código Civil. Por otra parte, mal podrían los demandantes haber demandado la resolución de contratos que ya no se encontraban vigentes ni menos aún el cumplimiento forzado de los mismos, pues no tenían ningún interés en perseverar en ellos”. Con todo, hubo un voto disidente, en los siguientes términos: “Se previene que el Ministro Sr. Patricio Valdés Aldunate concurre con su voto favorable a la adopción del acuerdo en virtud del cual se acoge el recurso de casación en el fondo, teniendo además presente que los jueces del fondo efectivamente infringieron el artículo 1489 del Código Civil, en cuanto sostienen que no es necesaria una acción de sustento de la de indemnización de perjuicios en materia de responsabilidad civil contractual, pues como lo revela inequívocamente el precepto legal en

b. Tratándose de las obligaciones de no hacer, el art. 1555 autoriza demandar directamente indemnización de perjuicios, cuando “no puede deshacerse lo hecho”. Por tanto, si el acreedor demanda la indemnización, el juez deberá constatar en la causa, que la contravención a la obligación no puede ser reversada.

La dificultad se suscita en las *obligaciones de dar*, con relación a las cuales la ley nada ha dicho. Al efecto, creemos que debiera distinguirse según si se trata de un contrato bilateral o unilateral:

a. En el caso de los *contratos bilaterales*, habría que subdistinguir, según si *aún es posible cumplir lo pactado*, o si *ello ya no es posible, por haber expirado el contrato con su cumplimiento, aunque imperfecto*. Entonces:

a.1. Si el contrato no ha expirado y aún es posible cumplir con sus obligaciones, la doctrina mayoritaria postula que el acreedor de obligación de dar no puede exigir indistintamente cualquiera de las dos cosas, es decir, la obligación principal o la indemnización de perjuicios. El acreedor tiene un solo derecho, pedir el cumplimiento de la obligación o, alternativamente, la resolución del contrato, y además, indemnización de perjuicios (sólo moratoria, si lo que demanda es el cumplimiento del contrato, y la indemnización compensatoria y moratoria, si lo que demanda es la resolución del contrato). Así se desprende, por lo demás, del art. 1489 del Código Civil, aplicable, como sabemos, a los contratos bilaterales. Si aceptáramos una conclusión distinta, habría que concluir también que las obligaciones son alternativas y que la elección es del acreedor, lo que contraviene la regla general acerca de que el tipo normal de obligación es la pura y simple. Así las cosas, la secuencia lógica será: i) incumplimiento ► resolución ► indemnización compensatoria y moratoria; o, ii) incumplimiento ► cumplimiento forzado ► indemnización moratoria. De esta forma, se afirma que mal podría condenarse al demandado a pagar indemnización compensatoria, si previamente no se ha declarado resuelto el contrato.

En un caso, sin embargo, tratándose de las obligaciones de dar, el acreedor puede pedir indistintamente el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios compensatoria: si se estipuló *cláusula penal*, una vez que el deudor se encuentra en mora, el acreedor tiene el derecho alternativo de demandar “indistintamente” el cumplimiento de la obligación o la pena (art. 1537, parte inicial).

a.2. Si el contrato ya expiró o no es posible su cumplimiento, porque la prestación fue ejecutada, aunque de manera imperfecta, una doctrina reciente, que varias sentencias admiten, plantea que es admisible demandar de manera directa indemnización de perjuicios, aunque no se demande ni el cumplimiento ni la resolución de lo pactado. Así, por ejemplo, cuando el vendedor entregó los bienes objeto de la compraventa, pero éstos adolecían de defectos que finalmente le ocasionaron un perjuicio al comprador. En tal caso, la Corte Suprema ha concluido que el comprador no sólo disponía de la acción redhibitoria,

referencia, la contraparte de aquella que infringió la obligación contraída en el contrato bilateral puede, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistirse del mismo, entablado para ambos casos la acción pertinente que sirve de apoyo a la de indemnización de perjuicios, y no directamente esta última. Por otra parte, el texto del artículo 1553 del mismo cuerpo legal revela que los derechos que concede al acreedor de la obligación de hacer son conciliables con que haya optado por perseverar en el contrato o desistirse de él, como lo señala el artículo 1489, lo que refleja que este último artículo no se circunscribe o restringe a las obligaciones de dar sino que también a las de hacer, por lo que en caso de incumplimiento de estas últimas el acreedor puede demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios”. Cabe advertir que en este caso, si bien la Corte Suprema confirmó la tesis de que en algunos casos se puede demandar directamente indemnización de perjuicios, acogió sin embargo los argumentos de la parte demandada, en cuanto ésta no tenía la obligación de asegurar campo laboral a los demandantes.

sino que también de la acción indemnizatoria, de conformidad a las reglas generales (cuestión relevante, considerando el breve plazo de prescripción de la primera en comparación con el plazo contemplado para la segunda).³⁴

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012, autos Rol N° 3.325-12. En la causa, la sociedad “Zorin S.A.” demandó a la “Compañía Siderúrgica Huachipato S.A.”, a consecuencia del incumplimiento de la compraventa celebrada entre las partes. En virtud de este contrato, la primera compró a la segunda 1.500 toneladas de rollizos laminados en desuso, que debían tener determinada composición química, particularmente de níquel. La vendedora entregó los rollizos, pero se acreditó que ellos no contenían la cantidad de níquel que se había estipulado, lo que a su vez frustró una exportación de los mismos que la compradora había convenido a los Estados Unidos de América. Expresa la sentencia “Que la actora ha pedido ser indemnizada de perjuicios, como efecto y consecuencia de dicho incumplimiento, pero no reclamó la resolución contractual, derivada del artículo 1489, o la especial que la doctrina y jurisprudencia ha entendido asociada a la acción redhibitoria contenida en los artículos 1857 y siguientes del Código Civil (...) que el referido incumplimiento, como se ha dicho, consistiría en que la demandada habría entregado una cosa distinta a la convenida, lo que habría causado daño a la compradora, fundamentalmente al haber visto frustrado un negocio de venta de los mismos productos a los Estados Unidos de Norteamérica (sic), con la consiguiente pérdida de la utilidad que tal negocio le habría reportado (...) Que esta Corte ha llegado a la convicción que los rodillos no tenían la composición química que se había convenido (...) Que en consecuencia, debe dilucidarse si efectivamente esta circunstancia plantea un caso de incumplimiento contractual que daría derecho a la compradora a ser indemnizada. Para resolver esta cuestión, es preciso determinar si la obligación de entrega que el vendedor asume, en virtud del contrato de compraventa, se satisface con la mera entrega física de la cosa comprada, que en este caso no hay duda de que efectivamente ocurrió, pues las partes no han discrepado sobre este hecho, o por el contrario es imprescindible que el bien entregado reúna las calidades que se habían ofrecido y que las partes habían convenido. Sobre este punto, esta Corte entiende que, en una compraventa de estas características, el hecho de que la cosa no reúna las características o cualidades ofrecidas –no apareciendo que se trata de una cosa comprada a la vista, de acuerdo con los artículos 133 y 134 del Código de Comercio- configura un incumplimiento del vendedor, quien no ha cumplido cabalmente con la obligación de entrega, conforme con los artículos 1828, 1568 y 1569 del Código Civil. La cosa que ha entregado el vendedor es distinta a la comprada, lo que permite calificar a este hecho de un cumplimiento imperfecto, conforme con el artículo 1556 del Código Civil (...) Una vez establecido que efectivamente ha existido un incumplimiento del contrato, corresponde determinar si la actora ha podido ejercer la acción indemnizatoria, como lo ha hecho, prescindiendo de lo que disponen los artículos 1489 y 1826 del Código Civil, que parecen indicar que tal acción no es autónoma, sino que debe siempre ir acompañada sea de la petición de resolución contractual o bien de la exigencia de cumplimiento del contrato. Como ya ha resuelto esta Corte en otras oportunidades, y siguiendo una moderna tendencia doctrinal (Rol 3.341-012), se estima que, en este caso, la demandante ha podido plantear su demanda de responsabilidad civil contractual, sin asociarla a la resolución del contrato, pues, la entrega material de los rodillos está cumplida y parte de ellos fueron cortados (...) Que, en todo caso, una demanda de daños y perjuicios en los términos que se han descrito, debe ser considerada como parte de lo que el vendedor debe en ‘cumplimiento del contrato’, de acuerdo con los términos del artículo 1489 del Código Civil. En efecto, conforme con el artículo 1591, ‘el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban’. Dado que en este juicio se pretenden indemnizaciones derivadas de un incumplimiento contractual, asociadas a una entrega imperfecta de la cosa vendida, debe entenderse que el acreedor está ejerciendo una acción de cumplimiento contractual, para ser debidamente pagado por el deudor, aunque la acción esté reducida a las indemnizaciones que el actor estima que la sociedad demandada le adeuda por incumplimiento del contrato (...) Respecto del rubro que se ha demandado por lucro cesante (...) se puede concluir que efectivamente la demandante vio frustrado un negocio de venta de rodillos con la empresa Triorient INC, de Los Estados Unidos de Norteamérica (sic), por un total de facturación de US\$330.000.- Este negocio no prosperó, porque los rodillos en cuestión carecían de la composición de Níquel requerido por la compañía norteamericana. De acuerdo con estos antecedentes, y con la declaración del demandante en su escrito de demanda, la utilidad que debía arrojar este negocio a la fecha de presentación de la demanda era de \$114.000.000.-, monto que estima perfectamente como beneficio o utilidad del negocio y, por lo mismo, se concederá una indemnización por este rubro, más los reajustes e intereses corrientes para operaciones no reajustables, desde el día de presentación de la demanda hasta el día del pago efectivo”.

b. Si se trata de los *contratos unilaterales*, no existe impedimento para que el acreedor demande directamente indemnización de perjuicios, tanto compensatoria cuanto moratoria. Ello, por dos razones:

b.1. Porque el art. 1489, que plantea la elección entre resolución y cumplimiento, alude sólo a los contratos bilaterales.

b.2. Porque la resolución en general, y la condición resolutoria tácita en particular, no se aplican a esta clase de contratos. En efecto, tratándose de los contratos unilaterales, opera el “término” del contrato, y no la resolución, pues resulta imposible que las partes se retrotraigan al estado anterior al de la celebración del contrato.

2. ¿Puede el acreedor pedir CONJUNTAMENTE el cumplimiento de la obligación y el pago de la indemnización compensatoria?

En principio, ello no es posible. En efecto, cuando opera la indemnización compensatoria, la obligación infringida subsiste, pero varía de objeto: la cosa debida se sustituye por la indemnización de perjuicios. Por ende, si pudiese el acreedor exigir ambas cosas (lo debido y la indemnización de perjuicios compensatoria), estaríamos ante un cumplimiento doble de la obligación, lo que implicaría enriquecimiento ilícito para una de las partes: art. 1537.

Excepcionalmente, puede hacerlo en los siguientes casos:

2.1. Cuando en la *cláusula penal*, se estipula expresamente que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal (artículos 1537 y 1543).

2.2. En la *transacción* (art. 2463). Como expresa Vodanovic, “La solución de la ley tiende a asegurar el cumplimiento de un contrato que se celebró con sacrificios mutuos y con el laudable propósito de evitar un litigio o darlo por terminado. No respetar tan sanas aspiraciones merece que contra el incumplidor se hagan efectivas acumulativamente las prestaciones de la transacción y la pena”. Se pregunta el mismo autor: “¿Podría estipularse que si una de las partes no ejecuta la transacción, la parte cumplidora pueda demandar la resolución del contrato y el pago de la pena? Ninguna razón de orden legal hay para responder negativamente. Dicha estipulación sería válida”.³⁵

Como conclusiones respecto de la indemnización compensatoria:

1. Sí admite la ley, en las obligaciones de hacer o de no hacer, el pedir “indistintamente” el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios (con las dos prevenciones formuladas).

2. Tratándose de contratos bilaterales, no admite la ley, en las obligaciones de dar, por regla general, el pedir “indistintamente” la resolución o el cumplimiento de la obligación o la indemnización, salvo en la excepción legal (cláusula penal, cuando el deudor está en mora, art. 1537, parte inicial, interpretada a *contrario sensu*). Pero a dicha excepción prevista en la ley, la jurisprudencia reciente suma los casos en que el contrato ya no puede cumplirse o se haya cumplido, aunque de manera imperfecta.

3. Si se trata de contratos unilaterales que originan obligaciones de dar, no existe inconveniente para demandar directamente indemnización de perjuicios compensatorios o el cumplimiento de lo pactado.

4. No admite, por regla general, acumulación de la obligación y de la indemnización, no pueden pedirse “conjuntamente”, salvo en los mencionados casos excepcionales (cláusula penal y transacción).

³⁵ Vodanovic H., Antonio, *Contrato de Transacción*, 3ª edición actualizada, 1993, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., N° 183, p. 140.

b.2) Indemnización moratoria.

La indemnización de perjuicios moratoria es la cantidad de dinero que el acreedor puede exigir del deudor cuando éste no cumple oportunamente su obligación.

La indemnización moratoria representa el beneficio que le habría reportado al acreedor el cumplimiento oportuno de la obligación por parte del deudor. Subsiste el objeto principal de la obligación, pero el acreedor lo obtiene tardíamente. Ello permite, a diferencia de la indemnización compensatoria, que la indemnización moratoria pueda ACUMULARSE con la obligación principal, porque no reemplaza o sustituye el objeto de la obligación, sino que reemplaza o sustituye el beneficio que el acreedor habría obtenido de cumplirse oportunamente la obligación. La acumulación puede operar con el cumplimiento de la obligación principal o a una indemnización de perjuicios compensatoria.

El art. 1537, permite que se pida el cumplimiento de la obligación y la pena, cuando “aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo”: aquí, se permite acumular una indemnización moratoria al cumplimiento de la obligación.

El art. 1672 establece que, si la cosa perece por culpa del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto: el deudor debe el precio de la cosa e indemnización moratoria. Aquí, se permite acumular una indemnización moratoria a una indemnización compensatoria.

c) Requisitos de la indemnización de perjuicios.

Sea la indemnización compensatoria o moratoria, para que el acreedor tenga derecho a exigirla deben concurrir los siguientes requisitos, según Alessandri³⁶:

- c.1) Que haya infracción de la obligación.
- c.2) Que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor.
- c.3) Que el deudor se encuentre en mora.
- c.4) Que la infracción de la obligación origine un perjuicio al acreedor
- c.5) Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios.
- c.6) Que no concorra una causal de exención de responsabilidad.

Desarrollaremos estos requisitos en los párrafos que siguen:

c.1) Que haya infracción de la obligación.

Habrán infracción en los tres casos del art. 1556:

- 1° La obligación deja de cumplirse íntegramente.
- 2° La obligación sólo se cumple parcialmente.
- 3° La obligación se cumple tardíamente.

c.2) Que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor.

³⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Santiago, 1988, p. 78.

c.2.1) Cuándo el incumplimiento es imputable al deudor y cuándo no lo es.

Será imputable cuando el incumplimiento es el resultado del *dolo*, de la *culpa* o de un *hecho* del deudor.

El incumplimiento es doloso cuando el deudor no cumple deliberadamente la obligación.

El incumplimiento es culpable si proviene de su descuido o negligencia.

Existe un simple hecho del deudor cuando, sin mediar dolo ni culpa, el deudor es autor de un hecho que es la causa del incumplimiento y del consiguiente perjuicio para el acreedor.³⁷

No es imputable el incumplimiento cuando proviene de un hecho completamente extraño al deudor, es decir, de un caso fortuito o fuerza mayor (Meza Barros³⁸) o cuando el deudor prueba que no actuó culpablemente (Abeliuk). Acerca de este punto, hay discusión en la doctrina. En efecto, como señala Abeliuk, ¿al deudor le basta probar que ha empleado la debida diligencia o cuidado para eximirse de responsabilidad, o debe probar que dicho incumplimiento se debió al caso fortuito o a la fuerza mayor? El autor mencionado agrega que “Hay una diferencia de grado entre el empleo de la debida diligencia, que excluye la culpa, y el caso fortuito; en el primer caso, el deudor prueba su ausencia de culpa; en el segundo, un hecho externo imprevisible que le impide cumplir. En el campo de la inimputabilidad, la ausencia de culpa queda colocada entre ésta y la fuerza mayor”.³⁹

Hay fallos en ambos sentidos. En cuanto a la doctrina, también está dividida. Abeliuk se inclina por la tesis de que basta probar que se empleó la debida diligencia o cuidado: “Aunque reconociendo la relatividad de la solución que se dé, nos inclinamos por considerar que la ausencia de culpa libera al deudor, por las siguientes razones. 1°. La redacción misma del inc. 3° del Art. 1547, que contrapone claramente las dos situaciones, prueba de la diligencia o cuidado, y del caso fortuito. Si el deudor no se libera sino ante este último, carecería de objeto que probara su diligencia o cuidado; 2° El Art. 1670 establece sin distinción alguna la extinción de la obligación del deudor si la especie o cuerpo cierto debido perece. Luego agrega el Art. 1672 que si ello ha ocurrido por culpa o durante la mora del deudor, entonces se hace excepción y la obligación subsiste, cambiando de objeto: la indemnización de perjuicios. Obviamente si no ha habido culpa o mora, no hay excepción y se aplica la regla general del Art. 1670, y la obligación queda extinguida”.⁴⁰

Por el contrario, en la tesis de que el deudor debe acreditar el caso fortuito o la fuerza mayor, Luis Claro Solar y Ramón Meza Barros (ya citado). Expresa el primero: “la imputabilidad cesa, cuando la inejecución de la obligación o la demora en su ejecución es el resultado de una causa extraña al deudor, o sea de fuerza mayor o caso fortuito, porque el deudor, por regla general, no es responsable del caso fortuito que puede impedir o demorar el cumplimiento de su obligación. Cesando la imputabilidad, cesa también toda obligación

³⁷ Cfr. el trabajo de Alex Zúñiga Trejos “El hecho del deudor: responsabilidad sin culpa en el Código de Bello”, en revista *Lex et Veritas*, Santiago de Chile, 2009, Universidad Internacional SEK, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. 6, pp. 49-61.

³⁸ Ramón Meza Barros, *De las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 8ª edición, 1992, N° 355, p. 257.

³⁹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, p. 836.

⁴⁰ Ídem, pp. 836 y 837.

de indemnizar los perjuicios que con ocasión del caso pueda haber experimentado el acreedor”.⁴¹

De cualquier manera, lo que puede observarse del tenor del inc. 3º del art. 1547, es lo siguiente:

i.- En la primera parte del inciso, el deudor debe acreditar una conducta propia: que desplegó la debida diligencia o cuidado.

ii.- En la segunda parte del inciso, el deudor debe probar la conducta de un tercero o un hecho de la naturaleza: que se produjo una fuerza mayor o un caso fortuito.

c.2.2) El hecho del deudor.

En nuestra doctrina, no se destaca con suficiente claridad la diferencia entre el hecho, por una parte, y el dolo y la culpa, por otro lado. Sin embargo, tal distinción debería formularse, pues si bien los tres son factores de imputación de responsabilidad, la *diferencia fundamental* estriba que, en el primer caso, sólo se responde por el precio de la cosa debida, mientras que en los otros dos, la indemnización puede ser mayor, comprensiva de perjuicios adicionales a los que corresponden al valor de la cosa debida, incluyendo el daño moral. Así, por ejemplo, fallece el deudor que tenía en su poder algún bien o ciertos bienes, en calidad de comodatario. Su heredero o sus herederos (ahora “el deudor” o “los deudores”), creyendo que tales bienes le pertenecían al causante, es decir actuando de buena fe, los enajenan o los destruyen. Distingamos ambas hipótesis:

i.- El heredero o los herederos enajenan la cosa o las cosas. Dispone al efecto el art. 2187: “Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz) exigir de los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan, según viere convenirle. / Si tuvieron conocimiento del préstamo, resarcirán todo perjuicio, y aun podrán ser perseguidos criminalmente según las circunstancias del hecho”.

En este caso, la buena fe de los herederos se desprende de la frase “no teniendo conocimiento del préstamo”. Como la buena fe se presume (art. 707 del Código Civil), les bastará con alegar dicha ignorancia, siendo la carga de la prueba de su mala fe, en orden a que sí conocían de dicho contrato, del comodante.

En el escenario descrito en el inc. 1º del art. 2187, los herederos responderán, pero de manera limitada: sólo por el justo precio de la cosa.

Ahora bien, si los herederos fueren dos o más, ¿cómo responden del “justo precio”? En principio, podría estimarse que responderían solidariamente, habida cuenta del tenor del art. 2189: “Si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables”. Pero este precepto se refiere de manera directa a los comodatarios, y los herederos de éstos en realidad no tienen tal calidad, pues a la muerte del respectivo comodatario el contrato de comodato expiró. La cosa no fue prestada a los herederos, sino a su causante. Siendo así, no cabe aplicar a los herederos el art. 2189 y éstos tienen la responsabilidad propia de las obligaciones simplemente conjuntas. Cada uno responderá por su cuota, a prorrata de sus derechos hereditarios (arts. 1511, inc. 1º; 1526, inc. 1º y 1354).

⁴¹ Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo 11º, De las Obligaciones, III, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1939, p. 730, N° 1224.

De esta manera, el cumplimiento de la obligación de restituir la cosa al comodante no ha operado por un hecho del deudor o deudores (el heredero o los herederos del comodatario), quienes de buena fe (en el caso del inc. 1° del art. 2187), creían ser propietarios de las especies que se debían al comodante y conforme a esa errónea convicción las han enajenado.

Por el contrario, si los herederos del comodatario enajenaren la cosa con perfecto conocimiento del contrato de comodato, “resarcirán todo perjuicio” (inc. 2° del art. 2187), de manera que además del justo precio, podrían verse en la necesidad de indemnizar por otros perjuicios, constitutivos de daño emergente o de lucro cesante o de daño moral: por ejemplo, si el comodante prueba que la cosa la tenía vendida a un tercero, y a consecuencia de no poder entregársela al comprador, deberá pagar una multa o pena (daño emergente); o si acredita que en el mismo caso, puesto que la cosa la vendió a un comprador extranjero, habría obtenido un precio mayor al “justo precio” pagadero en el mercado nacional, utilidad de que se ve privado por culpa de los herederos del comodatario (lucro cesante); o podrá reclamar incluso daño moral, si justifica que para él la cosa prestada tenía un gran valor de afección. Aún más, los herederos también podrían tener en este caso responsabilidad penal (art. 470, N° 1 del Código Penal).

Cabe preguntarse aquí cuál sería la solución, para un caso distinto al del comodato, que está expresamente resuelto en el Código Civil. Así, por ejemplo, los herederos del vendedor, actuando de buena fe e ignorando que su causante debía la cosa en razón de dicha compraventa, la enajenan a un tercero.⁴² En este caso, el comprador debiera demandar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la parte vendedora, de manera que se le libere de la obligación de pagar el precio. Pero dado que no puede atribuirse dolo o culpa a los herederos, la única indemnización que podría ser procedente sería la del daño emergente correspondiente al precio pagado en todo o en parte por el frustrado comprador, suma que obviamente debiera restituirse por los herederos (quienes tienen una obligación simplemente conjunta). De esta manera, el *hecho* de los herederos, al igual que en el comodato, opera como una limitación de responsabilidad.

ii.- El o los herederos destruyen la cosa o las cosas. En este caso, la regla no será la del art. 2187 (que sólo alude a la enajenación), sino la del art. 1678, en las normas sobre la pérdida de la cosa que se debe: “Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios”.

Que el deudor “inculpablemente” ignore la obligación, podría deberse precisamente a que se trata de un heredero que no tenía conocimiento que su causante era deudor de la cosa que el primero encuentra en el domicilio del segundo a su muerte.

En la situación del art. 1678, la consecuencia es similar a la contemplada en el art. 2187, aunque el hecho es distinto: en un caso la cosa se destruye, mientras que en el otro se enajena. Pero ambos se asemejan en cuanto a que la destrucción o enajenación acontecen por la ejecución de *un hecho*, que no puede calificarse de culpable y menos de doloso.

Señala al efecto Luis Claro Solar: “hay que distinguir el *hecho*, la acción del deudor, de la *culpa* que es la omisión del cuidado que el deudor debe emplear en la conservación de la cosa, para entregarla en la época señalada en el contrato. El hecho del deudor puede no

⁴² Un ejemplo similar cita Ramón Meza Barros, propuesto por Baudry-Lacantinerie: el causante había vendido un bien y su heredero, ignorante de la venta, lo vende nuevamente y entrega a un tercero; *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, sexta edición, 1979, p. 260.

ser culpable; pero lo coloca en la situación de imposibilidad de cumplir la obligación. Por eso decía Pothier que, si el deudor destruía una cosa antes de saber que la persona, en cuya herencia la había recibido, estaba obligada a entregarla, la obligación no se extinguía y debía pagar el precio de la cosa. Y esta solución ha sido adoptada por el Código que dice en el art. 1678: (...).⁴³

Distinta será la situación, si la cosa se destruye, pero a consecuencia de la culpa de uno de los herederos (art. 1526, N° 3). Así, por ejemplo, el heredero, a sabiendas que debía restituir al comodante la especie, consistente en un vehículo motorizado, es el causante de su destrucción por conducirlo en forma imprudente, ocasionando daños a terceros. En tal hipótesis, dicho heredero será el único responsable y además no sólo deberá indemnizar al dueño de la cosa por el precio del mismo, sino también por todos los demás perjuicios de que el primero debió a su vez responder ante los terceros (el vehículo pudo causar daños a personas y a bienes, de todo lo cual deberá responder su dueño como tercero solidariamente responsable). Pero aquí el incumplimiento de la obligación restitutoria no se debe a un hecho del deudor, sino que a su culpa. Distinta es la situación en las obligaciones solidarias, según estudiamos. En ellas, todos los herederos serán responsables por el precio de la cosa, aunque el responsable de la pérdida de la cosa responderá exclusivamente por los perjuicios (art. 1521).

A su vez, también debemos relacionar los arts. 2187 y 1678, con el artículo 898, en materia de acción reivindicatoria: “La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio. / El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación”.

Se observan diferencias importantes entre los tres artículos citados, según puede desprenderse de tales preceptos:

i.- En los casos de los arts. 2187 y 1678, lo que se debe es “el justo precio de la cosa prestada” que se enajena (2187) o “el precio” de la cosa destruida (1678); en cambio, en la hipótesis del art. 898, el que era poseedor adeuda “lo que haya recibido por ella”. En los dos primeros casos, la responsabilidad puede ser mayor que en el tercer caso, pues en éste, la cosa pudo enajenarse por un precio inferior al “justo precio” de la cosa. Si en el primer caso, los herederos del comodatario hubieren enajenado la cosa por un precio menor al de mercado (“justo precio”), el comodante podrá exigir que se le pague una suma adicional, hasta completar el referido justo precio. Aún más, puede ocurrir que los herederos hubieren enajenado la cosa a título gratuito, a consecuencia de una donación, por ejemplo, caso en el cual igual deberán responder por el justo precio de la cosa. Pero también es cierto que, si los herederos hubieren enajenado la cosa por un valor superior al “justo precio”, podrán retener el exceso, pues el perjuicio del comodante se resarcirá con el “justo precio” y no más. Distinto es el caso del art. 898, donde no se alude al “justo precio” de la cosa, sino sólo a lo que el enajenante haya recibido por ella.

ii.- El art. 2187 opera cuando la cosa es *enajenada por los herederos del deudor* (el comodatario); el art. 1678 se aplica cuando la cosa se *destruye* por un hecho voluntario, aunque no culpable del deudor; el art. 898 será decisivo litis cuando la cosa es *enajenada*

⁴³ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo 12°, De las Obligaciones, III, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1939, p. 561, N° 1890.

por el poseedor de la misma. Este último caso se diferencia del primero, en cuanto no mediaba contrato de comodato; y del segundo, en cuanto la cosa no se debía a un acreedor, es decir, no existía una relación obligacional con el dueño de la cosa.

iii.- En cuanto a la aplicación de estas normas en un caso concreto, habría que distinguir. No hay duda que si existía contrato de comodato, y los herederos enajenan la cosa, deberá aplicarse el art. 2187. Si se debía una especie o cuerpo cierto y ella se destruye por un hecho del deudor, pero no culpable, deberá aplicarse el art. 1678 (por ejemplo, el heredero del vendedor destruye la cosa ignorando que el causante la había vendido). Ahora bien, ¿hay alguna diferencia entre las expresiones “justo precio” (2187) y “precio” (art. 1678)? Nos parece que no: ambas se refieren a lo mismo, esto es, el valor comercial de la cosa. Si la cosa no se debía por el enajenante al acreedor, por ejemplo, porque el primero la compró al supuesto dueño (venta de cosa ajena), habrá que aplicar el art. 898.

iv.- En el caso del art. 2187, el comodante podrá exigir el justo precio de la cosa a su arbitrio (“... no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria...”), aunque también podría optar por reivindicarla; en el caso del art. 1678, puesto que la cosa se ha destruido, la única acción posible que le queda al acreedor es la de exigir el pago del precio que ella tenía; y en la hipótesis del art. 898, se podrá exigir a quien enajenó la cosa “la restitución de lo que haya recibido por ella” siempre que, a raíz de la enajenación, “se haya hecho imposible o difícil su persecución”, lo que deberá probar el dueño. En caso contrario, el dueño deberá deducir acción reivindicatoria contra el actual poseedor, conforme a la regla general tratándose de esta acción.

v.- En el caso del art. 2187, quien tiene acción es el dueño de la cosa (que la entregó en comodato). En el caso del art. 1678, quien tiene acción es el acreedor de la cosa (que por ejemplo se la compró al deudor). En el caso del art. 898, quien tiene acción es el dueño de la cosa (que sin embargo no puede reivindicarla).

c.2.3) El caso fortuito o fuerza mayor.

c.2.3.1) Definición: art. 45, “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir”. Agrega el precepto algunos ejemplos: “como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

El caso fortuito o la fuerza mayor, como la mayoría de nuestras instituciones jurídicas, tiene su origen en el Derecho romano, conservándose el siguiente pasaje de Ulpiano: “*quod humanu captu praevideri non potest, aut cui praeviso non potest resisti. Tales sunt aquarum inundationes, incursus hostium, incendia, mortes animalium*”, es decir, “lo que la mente humana no puede prever, o lo que previsto, no se puede resistir. Tales son las inundaciones, las incursiones de los enemigos, los incendios, las muertes de los animales”.⁴⁴

Se discute en la doctrina sobre qué diferencias existirían entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Generalmente, se llama caso fortuito a los fenómenos que son obra de la naturaleza (por ejemplo, un terremoto que destruye la especie debida o que impide al deudor presentarse en el lugar convenido a cumplir con su obligación), y fuerza mayor a los hechos del hombre que imposibilitan al deudor para cumplir su obligación (por ejemplo, un acto de la autoridad política, que ordena cerrar las carreteras de salida de una ciudad en la

⁴⁴ Medellín, Carlos, *Lecciones de Derecho Romano*, 15ª edición, Bogotá, Legis, 2009, pp. 187 y 188.

que reside el deudor).⁴⁵ Sin embargo, para René Ramos Pazos, la situación es inversa, o sea, hay caso fortuito cuando el hecho que imposibilita el cumplimiento proviene del hombre, y fuerza mayor cuando el hecho proviene de la naturaleza. Probablemente, esta opinión se funda en que en el art. 45 se alude primero a la fuerza mayor y en segundo lugar al caso fortuito, siendo los dos primeros ejemplos que a continuación se indican hechos de la naturaleza (“... como un naufragio, un terremoto...”) y los dos siguientes actos humanos (“... el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público...”).⁴⁶

La posición de Ramos Pazos tiene también asidero en las propias fuentes del Derecho romano. En efecto, “En el derecho romano se establecía una diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, entendiéndose por *vis* o *casus maior* el fenómeno natural inevitable e irresistible para el deudor; y por *casus minor* o *fortuitus*, el hecho del hombre o accidente inevitable”.⁴⁷

En el mismo sentido, refiere Renzo Munita que “La distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito es originaria del Derecho Romano. En Roma, ambos conceptos cubrían dominios diferentes. El caso fortuito abarcaba el denominado *casus*, mientras que la fuerza mayor comprendía lo referente a la *vis mayor*. El *casus* correspondía a un fenómeno imprevisible, no necesariamente irresistible; mientras que la *vis mayor*, a un fenómeno irresistible aun cuando éste había podido ser previsto por el deudor. Ambas hipótesis abarcaban la exoneración del deudor de una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto. Luego, la *vis mayor*, exoneraba siempre al deudor de una obligación de cuerpo cierto, no de una obligación de género, pues el género no perece (*genera non pereunt*). Y, por otro lado, si el *casus* generaba la destrucción del cuerpo cierto, también liberaba al deudor”.⁴⁸

Luis María Boffi señala por su parte que “Sobre la existencia de un concepto único para ambas figuras o de dos conceptos, la doctrina se ha dividido en diversas corrientes, de las que vamos a señalar cinco:

- a) El caso fortuito se refiere a los hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre, siendo las consecuencias idénticas.
- b) El caso fortuito entraña un acontecimiento imprevisible y la fuerza mayor encierra uno irresistible.⁴⁹
- c) El caso fortuito es lo objetivo del hecho extraordinario y la fuerza mayor constituye el lado subjetivo de la imposibilidad de prever o evitar el hecho.⁵⁰
- d) El caso fortuito es un obstáculo menor que el otro, consistente en la imposibilidad absoluta emanada de la irresistibilidad.⁵¹
- e) El caso fortuito constituye el acontecimiento producido en el interior del círculo obligatorio del deudor y la fuerza mayor es el hecho extraño a la persona de quien se obligó” (Josserand en esta última posición).⁵²

⁴⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., págs. 80 y 81.

⁴⁶ Ramos Pazos, René, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 258.

⁴⁷ Durán Piedrahita, María Paula, “La cláusula de fuerza mayor en los contratos internacionales”, en *Revista de Derecho Privado* N° 21, febrero de 1998, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Colombia.

⁴⁸ Munita Marambio, Renzo, “La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales. Un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil”, en revista *Actualidad Jurídica* N° 30, julio 2014, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, pp. 394 y 395.

⁴⁹ Planiol-Ripert-Boulanger.

⁵⁰ Colmo.

⁵¹ Colin, Capitant, de la Morandière.

Se refiere Boffi a la teoría de Adolf Exner (1841-1894), expuesta en su obra “De la fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual”: “Para este jurista el caso fortuito comprendería los acontecimientos imprevisibles cuya causa radicase en la propia explotación comercial o industrial, pudiéndose mencionar como ejemplo el estallido de las calderas, la rotura de las máquinas, etcétera. La fuerza mayor es todo acontecimiento natural o humano imprevisible y completamente ajeno a la explotación, como pueden ser las órdenes de las autoridades, las inundaciones, etcétera. Hay entonces un elemento cualitativo y otro cuantitativo. El primero consiste en la exterioridad y el segundo en los caracteres de notoriedad e importancia. Para Exner, que realizó el examen en derecho romano y en el derecho de su época, el porteador, el posadero, etc., deben cargar con la responsabilidad por el daño causado, salvo cuando se pruebe de modo indudable que hay *casus*, es decir, cuando el hecho sea exterior, de magnitud pública y notoria y de carácter extraordinario. Penetrando ejemplos, el incendio de un establecimiento comercial o industrial no es exterior a menos que se acredite que el fuego provino de afuera. Se quiere evitar que los deudores excusen su responsabilidad fácilmente, aunque el mismo Exner reconoce que su posición es un tanto fuerte”.⁵³

Similares planteamientos encontramos en Louis Jossierand: “El caso de fuerza mayor. La responsabilidad del autor aparente del daño es también descartada –y no solamente atenuada- cuando el daño es, en realidad, imputable a un *hecho extraño a la persona del demandado*, es decir, a un caso de *fuerza mayor*. Pues hay que entender por tal la causa exterior al supuesto responsable, por ejemplo, a determinada empresa: la fuerza que ha hecho irrupción desde fuera en el círculo de los dos adversarios, demandante y demandado hoy en el proceso. Por este carácter de exterioridad, el caso de fuerza mayor se opone, no solamente, lo que es de toda evidencia, a la culpa, sino también al *caso fortuito*, es decir, al acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa, de un modo más general, en el interior del círculo obligatorio, y se opone, sobre todo, al accidente profesional. La fuerza mayor está constituida por la tempestad, la niebla, la inundación, una tromba de agua, lluvias copiosas y persistentes, el estado de guerra, la invasión, el bandolerismo, la revolución, el motín, el *hecho del príncipe* (es decir, la orden de la autoridad legítima), y también el *hecho de los terceros*, como si un vehículo se lanza sobre otro y lesiona o mata a los ocupantes de éste. Por el contrario, constituyen *casos fortuitos* y no tienen, por consiguiente, valor exoneratorio: el incendio; la explosión de una caldera; la ruptura de una biela y, de modo más general, las averías de material; la ruptura de una cubierta de un automóvil; el hielo; la amenaza, para el conductor de un automóvil, de una picadura de avispa; el patinazo de un automóvil. Son estos, otros tantos casos dudosos de acontecimientos anónimos, que no son por sí mismos exonerativos”.⁵⁴

Sin embargo, admite Jossierand que “La oposición establecida entre el caso de fuerza mayor y el caso fortuito, entre el acontecimiento de proveniencia externa y el acontecimiento interno, y que es a veces de aplicación muy delicada (...) no debe exagerarse tampoco. 1º Por una parte, el caso de fuerza mayor puede mezclarse con la culpa y pierde entonces su valor exoneratorio; la responsabilidad revive; sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la

⁵² Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973, N° 487, pp. 224 y 225.

⁵³ Boffi Boggero, Luis María, ob. cit., N° 488, pp. 225 y 226.

⁵⁴ Jossierand, Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., 2008, N° 442, pp. 264 y 265.

obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor; esta responsabilidad subsiste cuando la ejecución haya sido posible, aun cuando en condiciones más onerosas para el deudor que las que fueron consideradas en el momento de la conclusión del contrato; la tesis de la *imprevisión* no se admite por la jurisprudencia judicial; pero la prueba de la culpa incumbe a quien invoca su existencia. 2º Por otra parte, el caso fortuito se convierte en caso de fuerza mayor si el demandado está en condiciones de probar que ha sido determinado por un acontecimiento exterior, por ejemplo, que el incendio ha sido producido por un rayo o por una mano criminal sin que él tenga responsabilidad”.⁵⁵

Advertía en todo caso Josserand, la confusión en parte de la doctrina francesa y también en la jurisprudencia, de las nociones de fuerza mayor y caso fortuito: “La confusión de estas dos nociones se comete o admite corrientemente por numerosos autores y en muchas decisiones judiciales, en que las dos fórmulas, ‘caso de fuerza mayor’ y ‘caso fortuito’ se toman indiferentemente la una por la otra y se consideran intercambiables, de suerte que su acoplamiento, que la llegado a ser sistemático, constituye un simple pleonasma”.⁵⁶

Pero más allá de estos alcances doctrinarios, lo cierto es que esta distinción entre caso fortuito y fuerza mayor en realidad carece de importancia en nuestro Derecho, donde se las concibe como sinónimos. Con todo, Rodríguez Grez advierte que siendo la fuerza mayor una coacción de la voluntad de un individuo que, por imperio del derecho, se ve forzado a proceder de la manera que la autoridad dispone, el afectado debe agotar los recursos jurisdiccionales (por ejemplo, interponiendo un recurso de protección) que eventualmente le permitan impugnar el acto de la autoridad. En cambio, tratándose de un caso fortuito, el afectado claramente no tiene ninguna posibilidad de atajar el hecho de la naturaleza. De esta manera, concluye Rodríguez Grez, la fuerza mayor tiene un “sentido jurídico”, mientras que el caso fortuito tiene un “sentido natural”.⁵⁷

c.2.3.2) Requisitos para que un hecho constituya un caso fortuito o fuerza mayor:

1º *Que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad del deudor.* Por eso, si el caso fortuito se origina en *la culpa* del deudor o si sobreviene cuando éste estaba *en mora*, ya no le exime de responsabilidad, porque en tales eventos, el deudor ya no es totalmente ajeno a la producción del hecho que lo constituye.

Así, por ejemplo, el caso fortuito se originará en la culpa del deudor, si éste debía una valiosa pieza artística, y la deposita sobre una repisa, muy cerca del borde, y viviere en una zona sísmica, en la que con frecuencia ocurren temblores. Al producirse uno de ellos – aunque no fuere de gran intensidad-, la obra de arte cae y se destruye. Aunque el hecho que ocasiona tal destrucción fue un caso fortuito –el temblor-, tal efecto no se habría producido de haber guardado el deudor la cosa debida en un lugar más seguro.

Si el caso fortuito que destruye la cosa debida se produce cuando el deudor se encontraba en mora –pues había expirado el plazo que tenía para entregársela a su acreedor y no lo hizo sin que mediare una causa que justificare tal retardo-, el deudor deberá responder, pues su retardo se presume culpable.

⁵⁵ Josserand, Louis, ob. cit., N° 443, pp. 265 y 266.

⁵⁶ Josserand, Louis, ob. cit., N° 444, p. 266.

⁵⁷ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 436-438.

Por otra parte, no todo *acto de tercero* que le impida al deudor el cumplimiento de su obligación, le exonerará de responsabilidad. En efecto, “Es preciso detenerse en este punto en cuanto a la *exterioridad* del hecho del tercero, pues si el tercero causante del obstáculo para cumplir es persona que depende del deudor y por la que éste debe responder, o ese tercero obra por cuenta y riesgo de aquél como mandatario para cumplir la obligación, tampoco es dable alegar fuerza mayor o caso fortuito. En el primer caso, porque el deudor ha incurrido en la que se conoce como *culpa in vigilando*, en razón de la cual el deudor responde indirectamente por tener el deber de vigilar las actuaciones de sus dependientes. En el segundo, porque el deudor responde por delegar el cumplimiento de la obligación de una persona inepta o negligente, incurriendo así en una *culpa in eligendo*”.⁵⁸

El art. 1679 del Código Civil así lo deja en claro: “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. Otro tanto se desprende del art. 2320 inc. 1º del mismo cuerpo legal: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”. 2º *Que se trate de un hecho imprevisto o más bien imprevisible*: que se trate de un hecho que, dentro de los cálculos ordinarios o normales, no se haya podido prever.

En la doctrina nacional se previene que es más correcto hablar de un hecho *imprevisible*, antes que un hecho *imprevisto*. Refiere al efecto Mauricio Tapia: “El Código Civil, en la definición de caso fortuito (art. 45), se refiere al hecho ‘imprevisto’, lo que daría a entender que es algo que en el caso concreto no fue anticipado; y no se refiere a un evento ‘imprevisible’, esto es, que comprende no sólo los eventos no anticipados, sino también aquellos hechos que no se anticiparon pero que debieron anticiparse. En otros términos, el criterio de hecho ‘imprevisible’ es mucho más severo que el criterio del texto legal (imprevisto). No obstante, como concluye acertadamente Paulina Veloso, la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada unánimemente sostienen que el requisito del caso fortuito es el más severo, debiendo revestir el hecho el carácter de ‘imprevisible’”.⁵⁹

Veamos: lo “imprevisto”, es aquello que no se vio con anticipación. La palabra, en realidad, tiene una connotación neutra, pues simplemente constata que algo no fue visto antes que ocurriera, sin agregar ningún criterio acerca de si fue o no razonable o aceptable que aquello que finalmente sucedió, no se hubiere “visto” antes de que acaeciera. Por su parte, lo “imprevisible” es aquello “que no se puede prever”. Aquí, sí se incorpora una idea que no se encuentra en la palabra imprevisto, cual es aquella que emana de la expresión *no se puede*. La palabra imprevisible contiene un juicio, en cuanto efectivamente no era posible haber visto algo antes de que ocurriera. En cambio, la palabra imprevisto no contiene juicio alguno, sino que más bien la simple constatación de que algo no fue “visto” antes de que ocurriese, sea que se haya podido o no se haya podido “prever”.

Entonces, nos parece que es, efectivamente, más correcto hablar de un hecho *imprevisible*, antes de que un hecho *imprevisto*, pues necesariamente, el análisis que el juez debiera hacer en el caso concreto, será si el deudor *pudo* o *no pudo* “prever” lo que posteriormente sucedió. En otras palabras, si estuvo o no en condiciones de pre-visualizar el hecho que en definitiva le impidió cumplir con su obligación.

⁵⁸ Durán Piedrahita, María Paula, ob. cit.

⁵⁹ Tapia R., Mauricio, *Caso fortuito y fuerza mayor*, 3ª edición ampliada y actualizada, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2020, p. 63.

En cuanto a las *aproximaciones* a la noción de imprevisibilidad, destaca Mauricio Tapia que se han planteado dos posiciones: una tradicional y absoluta, y otra más moderna y relativa.

La posición tradicional y absoluta se puede sintetizar en tres ideas:

i.- El “evento debe ser imposible de prever para cualquier persona colocada en iguales circunstancias externas, con independencia del deber de diligencia de que es deudor el agente”.

ii.- “En segundo lugar, esta posición pone acento en la idea de que la previsibilidad se vincula directamente a las medidas o providencias necesarias para precaver un hecho, esto es, a las ‘actividades de prevención idóneas para evitar la realización del suceso previsto’. De esta forma, para esta posición el acontecimiento es imprevisto cuando sucede a pesar de la adopción de las medidas de precaución adecuadas. De ahí que, mirado desde esta perspectiva, se vincule más con la posibilidad de evitar un suceso que con la posibilidad de anticiparlo. En otras palabras, esta perspectiva enfoca la previsibilidad desde la óptica de la irresistibilidad, confundiéndola con este concepto”.

iii.- “Por último, al poner atención en las actividades para evitar su ocurrencia, esta aproximación pone énfasis en las medidas de precaución que se toman en la fase de ejecución de las obligaciones y no al momento de celebrar el contrato (si se trata de una hipótesis de responsabilidad contractual)”.⁶⁰

“La segunda posición, *contemporánea y relativa*, puede resumirse en las siguientes dos ideas (...):

i.- “En primer lugar, la imprevisibilidad atiende a una representación mental y anticipada de que ciertos hechos pueden ser las probables consecuencias de ciertas causas. Tal previsión debe efectuarse no en términos absolutos, sino en relación con la diligencia debida por el agente y sus circunstancias. Como se sabe a propósito del análisis de la diligencia debida, para esta aproximación la pregunta pertinente para determinar el carácter imprevisible de un acontecimiento pasa por responder, previamente, cuál era el estándar de comportamiento (y, por tanto, de previsión) exigible al agente”.

ii.- “En segundo lugar, tal operación de previsión debe medirse, para el caso de la responsabilidad contractual, en el momento de celebración del acuerdo, pues es en ese instante donde debe apreciarse si el deudor pudo anticipar el suceso y tomar las medidas (en la redacción de las cláusulas del contrato) para regular o excluir ese riesgo. De esta forma, la imprevisibilidad conserva un rol independiente de la irresistibilidad en el caso fortuito, pues la primera se mide al momento del acuerdo y la segunda al momento de la ejecución cuando se desencadenan los acontecimientos”.⁶¹

Destaca Tapia que “La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas (nacionales y comparadas) se inclinan masivamente por la segunda concepción descrita (la posición relativa)”.⁶²

También aborda el profesor Mauricio Tapia lo concerniente al método de apreciación de la imprevisibilidad, es decir, el problema de *cómo debe medirse la misma*, si *in concreto* o *in abstracto*: “En otros términos, ¿se trata de determinar lo imprevisible subjetivamente?, esto es, ¿qué podía anticipar ese individuo concreto según su capacidad intelectual, fortalezas y debilidades peculiares?; o bien, ¿se trata de determinar qué debía

⁶⁰ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 50 y 51.

⁶¹ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 55-57.

⁶² Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., p. 57.

haber anticipado según el deber de diligencia que le era exigible?, esto es, ¿qué debía haber previsto un sujeto diligente colocado en las mismas circunstancias externas?”.⁶³

Responde el profesor Tapia, expresando que la imprevisibilidad debe apreciarse *in abstracto*: “Ahora bien, por las mismas razones que la diligencia debida –y su corolario la culpa civil-, se aprecian *in abstracto*, así también la imprevisibilidad –y su corolario la excusa de caso fortuito-, se aprecian según el mismo método. En síntesis, se compara la conducta efectiva del agente (aquello que previó y no previó) con el patrón de conducta aplicable (aquello que debió haber previsto), para obtener la respuesta de si un determinado acontecimiento fue previsible o imprevisible”.⁶⁴

Dos razones esenciales, destaca Tapia, tiene la doctrina y jurisprudencia absolutamente mayoritaria para concluir en los términos expuestos:

i.- “En primer lugar, por una razón de sentido común, pues si la imprevisibilidad se apreciara *in concreto* difícilmente encontraríamos hechos previsibles y los juicios civiles se convertirían en disputas sobre informes psicológicos que rebatirían el menor o mayor grado intelectual del deudor y, en consecuencia, su posibilidad de anticipar determinados eventos o no. Evidentemente, un sistema de intercambios y de relaciones interpersonales fundadas en la confianza que nacen de las conductas externas no puede descansar en ese subjetivismo psicológico”.

ii.- “En segundo lugar, por una razón de coherencia, porque si legalmente –como se ha expuesto- la diligencia se mide en virtud de las conductas previsibles que imponen los patrones abstractos de comportamiento (artículo 44 del Código Civil), es evidente que su contrapartida –los hechos imprevisibles- deben medirse con ese mismo método abstracto”.⁶⁵

Constata seguidamente Tapia que “El método *in abstracto* de apreciación de la imprevisibilidad es con frecuencia recogido en las sentencias de las Cortes superiores chilenas sobre caso fortuito bajo la exigencia de que él debe medirse en términos ‘razonables’ o ‘racionalmente’. Esto porque lo ‘razonable’ hace referencia en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos a lo que el Código Civil denomina un *buen padre de familia*, esto es, una persona de ordinaria diligencia. En efecto, un ‘buen padre de familia, es una persona razonable por definición’. Tal patrón de conducta (...) es el que corresponde al de la ‘culpa leve’, aplicable a todas las relaciones extracontractuales y a la inmensa mayoría de los contratos (aquellos que se suscriben en utilidad recíproca, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa). Así, nuestra Corte Suprema ha concluido que ‘la imprevisibilidad del caso fortuito o fuerza mayor significa que racionalmente no existe manera de anticipar su ocurrencia’. La jurisprudencia nacional ha agregado, en el mismo sentido, que es imprevisible cuando ‘racionalmente no existe manera de anticipar su ocurrencia’, o ‘cuando no hay ninguna razón esencial para creer en su realización’, etcétera. De esta forma, la actuación racional es aquella esperable de una persona diligente que prevé aquello que le corresponde prever según el estándar de diligencia del cual responde (y usualmente ese estándar es el mediano, correspondiente al buen padre de familia)”.⁶⁶

Rodríguez Grez, por su parte, relaciona la imprevisibilidad con *la intención de los contratantes* y con la posibilidad o no que las partes, en el marco de esa intención, hayan

⁶³ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 57 y 58.

⁶⁴ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., p. 58.

⁶⁵ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., p. 58.

⁶⁶ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 59 y 60.

podido representarse la ocurrencia de un hecho al momento de contratar: “La *imprevisibilidad* [del hecho] implica que las partes no se representaron su ocurrencia ni imaginaron su producción al momento de contratar. La obligación tiene un fundamento último: la intención de los contratantes. Así se desprende de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, relativos a la interpretación de los contratos. La disposición referida señala que ‘Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’. Esto revela que los límites de la obligación están dados por la dirección de su voluntad (intención), debiendo ella establecerse a través de las reglas interpretativas antes citadas. Nótese que todas las normas que integran el Título XIII del Libro IV del Código Civil apuntan en la misma dirección, esto es, extraer la *intención* de los contratantes, descubierta la cual, quedan delimitados los contornos de las obligaciones convenidas. Es posible que uno o ambos contratantes hayan pensado en la posibilidad de que ocurriera, durante la relación obligacional, un hecho constitutivo de *caso fortuito* o *fuerza mayor*, pero si éste no se manifestó de manera alguna al perfeccionarse el contrato, aquella reticencia, si existió, carece de toda significación e importancia”.⁶⁷

Se refiere Tapia, igualmente, al factor de la *probabilidad*, como elemento determinante de la imprevisibilidad, afirmando que “determinar qué cuestión no pudo prever el hombre diligente conduce a preguntarse cuán ‘probable’ era la ocurrencia del hecho en examen. (...) Efectivamente, la probabilidad constituye un criterio que le da un contenido específico y realista (...) a la posibilidad de prever: ‘se trata de un cálculo destinado a establecer las expectativas plausibles de que un determinado hecho impida el cumplimiento fiel y oportuno del deudor’ (...). En el derecho chileno, se ha afirmado recientemente que la ‘probabilidad es un criterio propio de la previsibilidad’, que la previsibilidad exige el cálculo de ‘riesgos probables’, y que el deber de anticipar los sucesos depende de ‘cuán probable sea’. Así también la Corte Suprema ha afirmado que la imprevisibilidad del caso fortuito consiste en que no haya podido ser previsto ‘dentro de un cálculo de probabilidades’. (...) A diferencia del sentido etimológico de ‘prever’, el que corresponde a ‘probable’ entrega más pistas acerca de su alcance: un suceso es probable ‘cuando hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá’. La pregunta pertinente es, entonces, ¿cuáles son esas buenas razones que deben examinarse para determinar que un evento sea probable?”.⁶⁸

Serían las siguientes, expresa el profesor Tapia: “Aun cuando el derecho no es una ciencia exacta, tales razones y la determinación en definitiva de la probabilidad (de aquello que era plausible anticipar), obedece, a su vez, a una serie de variables y criterios, que pueden sintetizarse en los siguientes: *a)* El carácter profesional del agente; *b)* El grado de probabilidad de ocurrencia del suceso; y, *c)* La mayor o menor concreción del evento cuya anticipación se evalúa”.⁶⁹ Para revisar con mayor detalle cada uno de estos aspectos, remitimos al lector a la obra del profesor Tapia.⁷⁰

En cuanto al *momento* en que debe medirse la imprevisibilidad, hay unanimidad en los criterios: debe medirse en el momento de celebrarse el contrato. Refiere Mauricio Tapia al respecto: “en materia de responsabilidad contractual, la imprevisibilidad debe medirse en el momento de la suscripción del acuerdo, en atención a dos razones esenciales”:

⁶⁷ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2021, pp. 181 y 182.

⁶⁸ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 63-66.

⁶⁹ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 66 y 67.

⁷⁰ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 67-83.

i.- “La primera es que en ese momento se fijan los derechos y obligaciones de las partes, esto es, el ámbito de deberes de cada parte, cuestión que alcanza lógicamente a las consecuencias previsibles”.

ii.- “La segunda razón es que en ese momento corresponde al deudor abstenerse del compromiso o excluir su responsabilidad por eventos que puedan impedir el cumplimiento. Es en ese instante donde debe presumirse que asumió sobre sí el peso de eventos previsibles que dificultaran o impidieran el cumplimiento de la obligación, pero que al mismo tiempo excluyó su responsabilidad sobre sucesos que en ese instante eran imprevisibles (por cuanto la diligencia debida por todo contratante no alcanza tales eventos, según se ha dicho)”.⁷¹

3° *Que se trate de un hecho insuperable o irresistible*: es decir, que el deudor, dentro de los medios de que puede disponer, no pueda evitarlo. Si se trata de un hecho que hace más difícil el cumplimiento de la obligación, o si hace más oneroso el cumplimiento pero que no lo impide, no hay caso fortuito o fuerza mayor. Podría tratarse de un problema vinculado con la llamada teoría de la imprevisión, pero no sería caso fortuito o fuerza mayor.

El problema de la irresistibilidad del hecho también ha sido objeto de análisis por la doctrina. Rodríguez Grez plantea al respecto un distingo, según se trate del *hecho* mismo constitutivo de caso fortuito o de fuerza mayor, por un lado, y por el otro los *efectos* que tal hecho produce, en cuanto a si el deudor pudo o no –según el grado de diligencia que en cada caso podía exigírsele- atajarlos y con ello cumplir de todas maneras con su obligación. En caso contrario, estaríamos ante la *imposibilidad de cumplimiento*, que en rigor, es una figura distinta del caso fortuito o fuerza mayor, pues dice relación con las consecuencias que derivan del mismo. Revisemos sus planteamientos: “¿En qué consiste la *irresistibilidad*? ¿Se trata, acaso, de una imposibilidad física (un terremoto, un naufragio, el apresamiento de enemigos) o de la imposibilidad jurídica de desarrollar la conducta impuesta por la obligación? El problema es más arduo si se atiende al hecho o a los efectos del hecho irresistible. Es aquí, a nuestro juicio, en donde se halla la llave para la correcta comprensión de esta institución, generalmente mal entendida. La distinción que proponemos es fundamental. El hecho mismo en que consiste el *caso fortuito* o *fuerza mayor* es irresistible, pero sus efectos pueden ser atajados en algunos casos. Lo que el artículo 45 del Código Civil estima irresistible es el hecho, no los efectos que ese hecho genera en la obligación contractual. Por lo mismo, la definición legal es correcta, ya que alude a un hecho que, atendidas sus características, no puede evitarse, como un naufragio, un incendio, un terremoto, pero esta definición en parte alguna se refiere a los efectos del hecho irresistible. La doctrina, lamentablemente, ha confundido ambas cosas (la imposibilidad de resistir el hecho y la imposibilidad de resistir sus efectos), en circunstancias de que la ley dice, precisamente, lo contrario. ¿Cuándo una obligación se extingue por *caso fortuito* o *fuerza mayor*? En la enumeración contenida en el artículo 1567 del Código Civil, el *caso fortuito* o *fuerza mayor* sólo está referido a la extinción de obligaciones de especie o cuerpo cierto (el género no perece), o *pérdida de la cosa que se debe*, lo cual corresponde a la *imposibilidad en la ejecución* (‘a lo imposible nadie está obligado’ o, como decían los romanos, ‘*impossibilium nulla obligatio*’). El artículo 1670 del mismo Código entiende que la obligación, en general, se extingue, no cuando ocurre el *caso fortuito* o *fuerza mayor*, sino ‘cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe’,

⁷¹ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 83 y 84.

salvas, empero, dice la ley, ‘las excepciones de los artículos siguientes’. En dichas normas se reglamentan los casos en que el deudor toma sobre sí o la ley impone los efectos del *caso fortuito* o *fuerza mayor*. En consecuencia, el *caso fortuito* o *fuerza mayor* no extingue la obligación por su sola ocurrencia, ello sucede cuando el hecho en que consiste hace perecer la cosa debida, sea porque se destruye, deja de estar en el comercio o desaparece y se ignora si existe. Por lo tanto, puede ocurrir un hecho imprevisible, sobreviniente, independiente de la voluntad de las partes e irresistible y no afectar de modo alguno la obligación. En plena concordancia con el artículo 1670 se encuentra el artículo 1558, ambos del Código Civil. Este último, en el inciso 2º, dispone que ‘La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios’. De ello se sigue que si el *caso fortuito* impide el cumplimiento de la obligación no cabe responsabilidad para el deudor, así se trate de obligaciones de especie o cuerpo cierto o de obligaciones de género. En verdad, concurriendo un *caso fortuito* que impide el cumplimiento de la obligación, no existe mora, presupuesto ineludible de la indemnización reparatoria, la cual, como se ha dicho, constituye un estatuto jurídico especial, en el cual debe hallarse el deudor responsable y que se caracteriza por ser un retardo culpable en el cumplimiento de la obligación, habiendo mediado requerimiento del acreedor o requerimiento implícito de la ley”.⁷²

A partir de lo expuesto, Rodríguez Grez distingue seguidamente entre la imposibilidad *absoluta* y la *relativa*, según si los efectos derivados del hecho constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor no pueden o sí pueden atajarse. En el primer caso, efectivamente la obligación se extinguirá. En el segundo caso, no se producirá tal extinción: “En el entendido que el *caso fortuito* o *fuerza mayor* es irresistible en cuanto hecho, pero no respecto de sus efectos, es necesario clasificar la imposibilidad que él produce en *absoluta* y *relativa*. En el primer caso (imposibilidad absoluta), no cabe duda que la obligación se extingue por un impedimento físico o jurídico que el deudor no puede despejar. En otros términos, es imposible ejecutar la prestación, porque un hecho externo a la obligación, ajeno a la voluntad del deudor, imprevisto e irresistible, ha mediado entre la constitución de la obligación y su cumplimiento. En el segundo caso (imposibilidad relativa), los efectos del *caso fortuito* o *fuerza mayor* pueden atajarse, no obstante la inevitabilidad de su ocurrencia. Surge entonces el problema de saber cuándo el deudor es responsable o, más precisamente, cuándo está obligado a atajar los efectos del caso fortuito. Un ejemplo aclarará esta cuestión. Si se produce un naufragio (hecho irresistible), es posible, por lo general, salvar algunas especies del siniestro. ¿En qué caso el deudor está obligado a salvar la especie debida? Indudablemente, atendiendo al grado de diligencia y cuidado que le impone la obligación. Frente a los efectos del *caso fortuito* o *fuerza mayor*, el deudor debe emplear la diligencia y el cuidado que corresponde y a que se ha obligado para con su acreedor. Así las cosas, si responde de culpa grave, la diligencia que le impone la ley será menor; si responde de culpa leve, deberá emplear en el salvamento de la especie la diligencia del ‘buen padre de familia’; y si responde de culpa levísima, una diligencia esmerada”. Después de aludir el autor citado al tenor del art. 2178, en las normas del comodato, y en especial al N° 3 de esta norma, que impone responsabilidad al comodatario “Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya”, agrega: “Es indudable (...) que el sustantivo ‘*accidente*’ que se emplea en el N° 3 está referido a un *caso fortuito* o *fuerza mayor*, ya que el inciso segundo

⁷² Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, ob. cit., pp. 182 y 183.

reglamenta la responsabilidad que puede derivarse, precisamente, de la ocurrencia del *caso fortuito*. Ahora bien, en tal supuesto, la ley exige al comodatario, enfrentado a la posibilidad de salvar una cosa propia o la cosa dada en comodato, preferir esta última. Es incuestionable, por consiguiente, que el caso fortuito o fuerza mayor permite atajar, en ciertos casos, sus efectos y que ello dependerá del deber de cuidado y diligencia que corresponde emplear al deudor. Aclara aún más el sentido de este artículo lo que se señala en el artículo siguiente (2179), cuando dice: ‘Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente, si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se extenderá la responsabilidad del comodatario sino hasta la culpa leve, y si en pro del comodante solo, hasta la culpa lata’. De ello se infiere que en estas hipótesis, frente a la alternativa de salvar del *caso fortuito* una cosa propia o la cosa dada en comodato, el deudor podrá optar por la primera, ya que las reglas del artículo 2178 están fundadas, como lo señala el inciso 1º del mismo, sobre la base de que el comodatario responde de la culpa levísima. De lo expuesto se desprende que la doctrina clásica sobre esta materia ha confundido la ‘irresistibilidad’ del caso fortuito (imposibilidad del deudor de evitar su ocurrencia) con la ‘imposibilidad’ de ejecutar la prestación convenida. Asimismo, se ha confundido la ‘imposibilidad absoluta’ con la ‘imposibilidad relativa’, desconociéndose que los efectos del *caso fortuito* pueden y deben atajarse en algunos casos, lo que dependerá de la diligencia y cuidado de que responda el deudor. Por lo mismo, considerar el caso fortuito como generador de una imposibilidad absoluta de ejecutar la prestación, no sólo importa ignorar el mandato legal, sino asimilar la situación de todos los deudores, cualquiera sea el grado de diligencia que les imponga la ley o de la culpa de que respondan. Paralelamente, con ello se transforma la obligación en una conducta destinada a obtener una prestación sin atender a la diligencia que el contrato o la ley imponen al deudor. No existe en la ley civil ninguna norma o principio que consagre la interpretación que se ha dado tradicionalmente al *caso fortuito*. Pero sí existen disposiciones que demuestran que los efectos del caso fortuito pueden atajarse, dependiendo del grado de culpa de que responde el deudor. Es erróneo, a juicio nuestro, confundir los requisitos del *caso fortuito* con los requisitos que deben concurrir para que la obligación se extinga en virtud de él (que la obligación esté pendiente, que se haga inexigible la prestación atendido el grado de culpa de que responde, y que el *caso fortuito* no sea de su cargo). Puede, en consecuencia, concurrir un *caso fortuito* y no por ello extinguirse la obligación si el deudor, habida consideración del grado de culpa de que responde, está obligado a atajar sus efectos. De la misma manera, puede suceder que producido el *caso fortuito* el deudor no esté obligado a atajar sus efectos, no obstante la posibilidad fáctica de hacerlo, en atención a que este deber no cae en la órbita de la obligación”.⁷³

Resumiendo sus postulados, concluye el profesor Rodríguez Grez afirmando que el deudor efectivamente quedará liberado, en la medida que *fáctica y jurídicamente*, no pueda (alusión a “fácticamente”) o no *deba* (alusión a “jurídicamente”) atajar los efectos del caso fortuito: “En síntesis, el caso fortuito en cuanto hecho es *irresistible*, y puede hacer imposible la ejecución de la obligación en la medida que el deudor no esté en situación fáctica y jurídica de atajar sus efectos. Decimos fáctica, ya que existen situaciones en que el *caso fortuito*, por su naturaleza, impide toda posibilidad de salvamento o cumplimiento de la obligación (el pintor que pierde en un accidente sus manos, o la destrucción por hecho de la naturaleza de la especie o cuerpo cierto debido). Decimos jurídica, porque la actitud del

⁷³ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, ob. cit., pp. 183-185.

deudor frente al *caso fortuito* dependerá del grado de culpa de que responde, lo cual conlleva una determinación precisa de la diligencia y cuidado que debe desplegar. Como conclusión agreguemos, aún, que tratándose de una obligación de especie o cuerpo cierto, el caso fortuito extingue total o parcialmente la obligación en los supuestos contemplados en el artículo 1670 del Código Civil (sea porque la cosa se destruye, deja de estar en el comercio, desaparece y se ignora si existe). Tratándose de obligaciones de género, opera el artículo 1558 inciso 2º del mismo Código, conforme al cual ‘la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios’ (insistimos en que en verdad no hay mora), y, por lo mismo, no hay responsabilidad para el deudor. Esta disposición abre la posibilidad de que si el impedimento que genera el *caso fortuito* es temporal, esta causa extraña, como la llama la doctrina, sólo justifique un retardo en el cumplimiento y no la extinción de la obligación”.⁷⁴

Mauricio Tapia, por su parte, advierte que en nuestra doctrina y jurisprudencia, existen dos aproximaciones a la noción de irresistibilidad: una más tradicional o absoluta y otra más moderna y relativa. Señala que la posición más *tradicional* y *absoluta* se puede sintetizar en dos ideas:

i.- “En primer lugar, postula que el evento debe ser imposible de resistir, de manera total y absoluta, para cualquier persona. Así ha sostenido la doctrina clásica chilena –siguiendo probablemente la doctrina francesa también clásica- y la jurisprudencia. Existen sentencias que hacen referencia a ‘la absoluta imposibilidad de evitarlo’; que el caso fortuito es una situación ‘contra la cual resulta imposible o inútil resistirse’; que un ‘hecho imposible de resistir, lo que significa que el evento que acontece es insuperable en su constitución y efectos, de manera que ni el deudor ni persona alguna que se coloque en tal circunstancia podría impedir lo sucedido’; o, ‘imposible de resistir aplicando todas nuestras fuerzas y previsiones”.

ii.- “En segundo lugar, vinculado a lo anterior, esta posición sostiene que si el cumplimiento de la obligación (...) se vuelve más oneroso, complejo o dificultoso, no existe caso fortuito y el deudor deberá aplicar mayores esfuerzos y/o recursos para cumplir. Se trata –para esta visión- de una imposibilidad absoluta, y no de una imposibilidad relativa, y por ello no es suficiente que con la ocurrencia del hecho el cumplimiento de la obligación se haya hecho más difícil u oneroso. El cumplimiento de la obligación debe haberse transformado en imposible y no solo en más dificultoso. Por eso, una simple escasez de un producto no podría ser considerada ‘irresistible’, si no se traduce en una falta absoluta del bien en el mercado. Esto es consistente con la histórica proscripción de la imprevisión en el derecho chileno, esto es, que no es posible revisar el contenido de la obligación contractual bajo el pretexto de que ella ha sobrevenido en más onerosa”.⁷⁵

Agrega Mauricio Tapia que “En tercer lugar, relacionado con el primer punto expuesto, es usual que esta posición vincule estrechamente el carácter irresistible al modo de extinguir las obligaciones denominado ‘imposibilidad absoluta de cumplimiento’ y que se encuentra regulado en nuestro derecho a propósito de la pérdida de la cosa debida (arts. 1670 y siguientes del Código Civil). De esta forma, estos autores vinculan el caso fortuito no solo a su efecto de exoneración de responsabilidad, sino también a la posibilidad de que

⁷⁴ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, ob. cit., pp. 188 y 189.

⁷⁵ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 88-90.

actúe extinguiendo el vínculo obligacional. En el fondo, confunden el hecho con sus efectos”.⁷⁶

Como puede observarse, Tapia llega a conclusiones similares a las ya referidas, que formula Rodríguez Grez.

Seguidamente, Tapia alude a la segunda posición, *contemporánea y relativa*. Resume sus postulados en los siguientes términos: “La irresistibilidad debe medirse en relación con el comportamiento que era exigible al agente. No puede ser absoluta, ‘porque lo absoluto no es de este mundo’, como señalaba Jean Carbonnier (...). En definitiva, y tal como ocurre en materia de imprevisibilidad, el carácter ‘irresistible’ de un hecho debe medirse *in abstracto*, en relación con la diligencia debida. Esto quiere decir que la pregunta pertinente no sería si el deudor concreto de que se trata podía resistir la ocurrencia de ese hecho, sino si podía hacerlo un individuo diligente y de la misma especialidad, colocado en las mismas circunstancias externas”.⁷⁷

Resume Tapia las críticas que se han formulado a la posición clásica y absoluta:

i.- “En primer lugar, en gran medida la posición clásica confunde los requisitos de la fuerza mayor con aquellos que la ley fija para el modo de extinguir ‘imposibilidad de cumplimiento’. El primero es una causal de exoneración de la responsabilidad, en cambio, el segundo, es un modo de extinguir las obligaciones”.

ii.- “En segundo lugar, vinculado a lo anterior, es evidente que una cuestión es el hecho que se alega como caso fortuito (destrucción de una cosa, por ejemplo), y una muy distinta es el efecto que pueda jugar en el incumplimiento de determinadas obligaciones. Este último aspecto es variable, pues puede afectar provisoriamente el cumplimiento de una obligación (en cuyo caso existirá mera suspensión del cumplimiento) o puede afectarlo en términos completos y definitivos (en cuyo caso existirá extinción de la obligación por imposibilidad absoluta, según lo expuesto). En otras palabras, a diferencia de lo sostenido por la doctrina clásica, el caso fortuito, para ser tal, no es imprescindible que como efecto produzca una imposibilidad absoluta de cumplimiento de la obligación, puede simplemente ser transitoria. Incluso, varios de los autores que se citan como partidarios de esta posición ‘clásica y absoluta’, reconocen este efecto. Así, según René Abeliuk ‘si la imposibilidad es transitoria, la obligación no se extingue; el deudor deberá cumplir una vez que cese la imposibilidad’”.

iii.- “Por último, la perspectiva absoluta es criticable por eludir la consideración de la diligencia del agente. La irresistibilidad, en efecto, se presenta como aquello que no es posible evitar o aquello que no es posible contener en el marco del cumplimiento de una obligación (que es un efecto del caso fortuito). Y para responder la pregunta acerca de qué debía evitar y resistir el deudor, resulta ineludible recurrir al estándar de diligencia que debía observar. Es lo que la propia doctrina clásica reconoce al invocar la comparación entre la conducta efectiva y la conducta que habría desarrollado otro agente diligente ‘colocado en las mismas circunstancias exteriores’”.⁷⁸

En cuanto al método de *apreciación* de la irresistibilidad, destaca Tapia las siguientes ideas:

i.- “En primer lugar, por las mismas razones que la diligencia debida y la imprevisibilidad se aprecian *in abstracto*, así también la irresistibilidad se aprecia según el mismo método.

⁷⁶ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 90 y 91.

⁷⁷ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., p. 91.

⁷⁸ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 92-94.

Se compara la conducta efectiva del agente (aquello que no evitó o resistió) con el patrón de conducta aplicable (aquello que debió haber evitado y resistido) para obtener la respuesta de si un determinado acontecimiento fue irresistible”.

ii.- “En segundo lugar, este método de apreciación *in abstracto* de la irresistibilidad es con frecuencia recogido en la jurisprudencia chilena y comparada a través de la exigencia de que el caso fortuito debe apreciarse en términos de ‘razonabilidad’ o ‘racionalmente’ o conforme a la ‘normalidad’. Como se explicó latamente a propósito de la imprevisibilidad, lo ‘razonable’ o ‘normal’ hace referencia en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos a lo que el Código Civil denomina un *buen padre de familia*, esto es, una persona que debe utilizar una ordinaria diligencia”.

iii.- “En tercer lugar, al igual que la ‘diligencia debida’ y la imprevisibilidad (que es su antítesis), en la apreciación *in abstracto* de la irresistibilidad también son relevantes las ‘condiciones externas’, en particular el grado de especialización o el carácter profesional del deudor y las circunstancias concretas en que se desarrolló la actividad”.

iv.- “Por último, la diligencia debida (que debe apreciarse en términos abstractos) tiene (...) un doble rol respecto de este requisito: por una parte, cumple un papel en la determinación de si el evento en sí mismo podía evitarse o no; y, en segundo lugar, cumple un rol en la cuestión de saber si el agente efectuó todas las gestiones necesarias para contener o resistir sus efectos”.⁷⁹

En cuanto a los *componentes* de la irresistibilidad, advierte Tapia que la doctrina suele confundir dos términos distintos, como son el carácter *inevitable* y el carácter *irresistible* de un hecho. En efecto, “ambas nociones son etimológica y lógicamente diferentes, pues evitar significa ‘impedir’ que suceda algo que aún no ha ocurrido; mientras que ‘resistir’ significa oponerse a algo que ya comenzó a suceder”.⁸⁰

En realidad, nos parece que se trata del mismo planteamiento de Rodríguez Grez, en cuanto a que una cosa es el hecho mismo constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor, y otra cosa son sus efectos, que pueden o no atajarse por el deudor.

Agrega Tapia que “Lo que sucede es que efectivamente existen trascendentales diferencias si se pretende optar –como requisito del caso fortuito- entre evitar y resistir un suceso. La pregunta, por tanto, es ¿cuál de estas conductas es la que se debe evaluar para determinar la concurrencia del carácter irresistible de un suceso?, ¿una de ellas o ambas? Para algunos autores sólo bastaría la segunda, para otros, ambas serían exigibles. (...) En realidad (...) la disyuntiva no es tal, pues conforme a los principios y reglas que inspiran esta materia debe concluirse que tanto el carácter inevitable como el carácter propiamente irresistible son requeridos en materia de caso fortuito, pero tienen un diferente rol. El primero (evitar), para configurar su existencia, el segundo (resistir), para que surta sus efectos en el cumplimiento de sus obligaciones. En términos muy simples, una cuestión es que un evento sea inevitable (y de ahí la expresión ‘fuerza mayor’), y otra diferente es que sus efectos o consecuencias no se pueden reducir o detener (cuestión que afecta el cumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad civil). Por ello, un evento puede ser inevitable y resistible, y será calificado como caso fortuito, sin perjuicio de que pueda tener efectos muy limitados en el contrato”. Se trata, entonces, “de la diferencia elemental entre el hecho (donde resulta relevante su carácter inevitable) y sus consecuencias (donde es fundamental el carácter irresistible). Esta diferencia ha sido recogida por la Corte Suprema,

⁷⁹ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 95 y 96.

⁸⁰ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., p. 97.

que distingue entre el hecho inevitable y las consecuencias resistibles. En fallos recientes la Corte Suprema ha sostenido categóricamente que la irresistibilidad ‘se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto’, esto es, que para el agente haya sido absolutamente imposible evitarlo, no obstante los medios preventivos que haya empleado para superarlo. También, este elemento se extiende a las consecuencias del hecho dañoso, es decir, ‘implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para aludir sus efectos’. Así, la distinción parece estar asentándose en la jurisprudencia chilena”. En cuanto al *hecho inevitable*, distingue Tapia entre la inevitabilidad física o jurídica. En cuanto a los hechos físicamente inevitables (como un terremoto, un huracán, la erupción de un volcán, etc.), “Las fuerzas de la naturaleza son superiores a las fuerzas humanas y, por ello, son hechos *per se* inevitables, pues no se puede de forma alguna impedir su ocurrencia. Si un hecho va más allá de las fuerzas humanas, inequívocamente cumple el requisito de ser inevitable y es caso fortuito (...). En cuanto a los segundos (hechos jurídicamente inevitables), se trata de sucesos que la fuerza del hombre podría en el extremo evitar, pero no le es exigible al agente tal comportamiento. Por ello, son considerados por el derecho como un hecho inevitable. Por ejemplo, la fuerza mayor que proviene de un hecho humano como un acto de autoridad, puede ser en la práctica evitable (sin ir más lejos, la ‘desobediencia civil’ logra en ocasiones revertir decisiones públicas), pero esa conducta extrema no es exigible a un contratante diligente (y, por ello, es jurídicamente inevitable)”.⁸¹

En cuanto a las *consecuencias irresistibles*, afirma Tapia: “Una cuestión totalmente distinta al carácter evitable o no del hecho en sí mismo, es referirse acerca de si sus consecuencias o efectos son posibles de resistir, esto es, de aminorar o frenar en el marco del cumplimiento de las obligaciones de un contrato determinado. Si no se pueden resistir, el hecho será considerado irresistible y caso fortuito respecto de ese contrato. Si se pueden resistir, entonces el deudor deberá desplegar la diligencia debida para conseguirlo, y no será estimado caso fortuito. (...) Así, hay hechos inevitables que son *per se* irresistibles. El caballo vendido que antes de la entrega a su comprador muere en un terremoto es un ejemplo nítido. Pero, en cambio, hay hechos inevitables que es posible resistir, como la tempestad que retrasa la entrega de una mercancía vendida pero que, de todas formas, mediante un esfuerzo adicional, podrá ser entregada más tarde. O la erupción volcánica que destruye la mitad de una cosecha vendida, y que de todas formas permitirá la entrega de la que subsistió. En estos casos (...), o bien la obligación se extingue sólo parcialmente o bien hay una suspensión temporal del cumplimiento mientras dure el impedimento. Más allá, la diligencia debida obliga al deudor para resistirse a lo que debe y puede resistirse. En todo caso, en estos eventos, el caso fortuito surtirá sus efectos en materia de responsabilidad, eximiendo del pago de la indemnización compensatoria o moratoria. En estas situaciones, como es evidente, jugará un rol crucial, nuevamente, la diligencia del deudor debida en virtud del contrato, en orden a indicar cuáles eran las medidas necesarias para contener los efectos del hecho, buscar una fórmula alternativa de cumplimiento si es posible, o cumplir cuando el impedimento haya desaparecido. Como señala un autor nacional: ‘esta actividad de resistencia al evento por parte del deudor tiene un fundamento y, al mismo tiempo, un límite: la diligencia debida en el caso concreto’. En otros términos, de nada le servirá la

⁸¹ Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 101-103.

alegación de que el hecho era inevitable, si la diligencia impuesta por el contrato exigía tomar medidas adicionales para de todas formas cumplir el contrato”.⁸²

Determinar si un hecho constituye o no un caso fortuito o fuerza mayor, es una cuestión que queda entregada al criterio de los Tribunales, conforme a la prueba que se rinda en los autos.

c.2.3.3) Efectos del caso fortuito o fuerza mayor.

El caso fortuito o fuerza mayor puede desempeñar un doble rol, respecto de la responsabilidad del deudor:

i.- En algunos casos, se extinguirá la obligación y el deudor quedará exento de responsabilidad: art. 1547, inc. 2°.

En efecto, si el hecho que lo constituye tiene caracteres y efectos permanentes y el cumplimiento se torna imposible, se extingue la obligación (“a lo imposible, nadie está obligado”). Dicha extinción de la obligación, además, liberará a quien estaba obligado, del pago de toda indemnización que pretenda reclamar aquél que tenía la calidad de acreedor. Como expresa Borda: “El efecto esencial del caso fortuito es liberar al deudor de la responsabilidad por su incumplimiento (...). No sólo queda eximido de la prestación prometida (que no podía cumplir aunque se lo propusiera), sino también de pagar los daños y perjuicios”.⁸³

De esta manera, este primer efecto se puede descomponer a su vez en dos consecuencias: i) Se extingue la obligación; y, ii) Quien era deudor, quedará exonerado del pago de los daños y perjuicios que eventualmente experimente quien era acreedor.

ii.- Pero si el hecho sólo crea una imposibilidad temporal, sólo se justifica una postergación en el cumplimiento de la obligación. Tal tardanza, sin embargo, por no ser imputable al deudor, no dará derecho al acreedor para exigir indemnización moratoria: art. 1558, inc. 2°. Habrá retardo, pero no mora.

En este segundo caso, la obligación continúa vigente, y el deudor, una vez removido el obstáculo temporal, deberá proceder al cumplimiento de la obligación.

En palabras de Borda: “IMPOSIBILIDAD TEMPORARIA. Cuando la fuerza mayor importa un impedimento sólo temporario para cumplir (por ejemplo, una enfermedad, una revolución, una orden del soberano revocada) el deudor está obligado a cumplir inmediatamente después de cesado el obstáculo”. Agrega Borda un alcance sugerente: “Pero, claro está, el acreedor puede rechazar un ofrecimiento de pago tardío, sin que ese rechazo le origine, a su vez, ninguna responsabilidad”.⁸⁴

Como puede observarse, en ocasiones el cumplimiento tendrá un componente *temporal*, en términos tales que no es indiferente el momento en que aquél se produzca. Por ende, un cumplimiento podría ya ser intempestivo y por ende inútil para el acreedor. ¿Qué ocurriría entonces con la obligación? Parece razonable concluir que debiera entenderse extinguida. En consecuencia, la imposibilidad temporal puede también extinguir la obligación en el caso recién planteado. A *contrario sensu*, si el momento en que debía cumplirse la obligación fuere un hecho irrelevante, la obligación continuará vigente y el deudor deberá cumplirla y al acreedor deberá recibir la prestación.

⁸² Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 105-107.

⁸³ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, I, 8ª edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1998, N° 122, p. 110.

⁸⁴ Borda, Guillermo A., ob. cit., N° 123, p. 110.

¿Qué ocurre, a su vez, si a consecuencia del caso fortuito o de la fuerza mayor, se produce una imposibilidad parcial de cumplimiento? Así, por ejemplo, el hecho constitutivo del caso fortuito o de la fuerza mayor produce la destrucción de algunas de las cosas debidas, pero subsisten otras. ¿Está obligado el acreedor a recibir sólo las que quedan, y si fuere el caso, pagar el precio por todas las cosas que se debían, incluso por aquellas destruidas? La respuesta es afirmativa, y se resuelve mediante la llamada *teoría de los riesgos* (arts. 1550 y 1820) y en las normas del pago (art. 1590).

c.2.3.4) Casos en los cuales el deudor responde del caso fortuito o de la fuerza mayor:

i.- *Cuando el deudor toma a su cargo el caso fortuito, estipulándose expresamente.* Esta estipulación está autorizada por la ley, en el inciso final del art. 1547: “Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”; y en el art. 1673: “Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado”.

Estamos ante una consecuencia del art. 1545. La cláusula es una especie de seguro, por la que el deudor toma el rol de asegurador de la cosa con respecto al acreedor.

Cabe preguntarse sin embargo, acerca del *alcance* de la cláusula en virtud de la cual el deudor asume los eventos constitutivos de caso fortuito o de fuerza mayor. Para algunos autores, la cláusula tiene *límites*, de manera que ella no implica que el deudor deba responder cualquiera haya sido el hecho constitutivo de caso fortuito o de fuerza mayor. Así, refiere Boffi: “Cuando el deudor tomó a su cargo las consecuencias del *casus* mediante una cláusula mediante una cláusula que es válida, ésta debe ser categóricamente estipulada, aunque no se requieren expresiones formales. Debe entenderse que el deudor se hace cargo de los casos fortuitos ordinarios o comunes, pero nunca de los extraordinarios. La razonabilidad indica el límite de lo lícito”.⁸⁵ En similares términos se expresa Lafaille: “Pacto de responsabilidad. Es perfectamente lícita en el orden contractual una cláusula, en cuya virtud tales exoneraciones no juegan, imponiéndose al deudor responder en todo supuesto por la falta de ejecución. El orden público no está comprometido, y rige por lo tanto el principio de la libertad contractual. Como quiera que entonces se renuncia a un motivo de eximición, normalmente en vigor, es indispensable una cláusula expresa, descartándose cualquier manifestación tácita de voluntad. (...) Tampoco se atribuye un sentido absoluto a este acuerdo, y por su naturaleza sólo goza de un valor restringido. Aquí, tanto los autores como la jurisprudencia en el país y en el extranjero, han interpretado que el deber de resarcir no cubriría más que el denominado ‘caso fortuito ordinario’, quedando fuera de él, y por ende, comprendida en la exoneración, la hipótesis de los extraordinarios”.⁸⁶

Para otros autores, como Rodríguez Grez, la cláusula podría extenderse a cualquier caso fortuito: “En esta materia predomina el principio de la *autonomía privada* (...). En consecuencia, puede el deudor, mediante *pacto expreso*, asumir los efectos del caso fortuito, caso en el cual el deudor, cualquiera que sea el grado de culpa de que responda, no podrá exonerarse de responsabilidad alegando esta ‘causa extraña’. Se trata de una situación excepcional que requiere pacto expreso y que debe interpretarse restrictivamente.

⁸⁵ Boffi Boggero, Luis María, ob. cit., N° 499, p. 232.

⁸⁶ Lafaille, Héctor, *Derecho Civil*, Tomo VI, Tratado de las Obligaciones, vol. I, N° 198, pp. 185 y 186.

No existe impedimento en imponer al deudor los efectos de cualquier *caso fortuito*, lo cual, por cierto, agravará considerablemente su obligación”.⁸⁷

Borda también pone en duda el distingo que formula Boffi entre casos fortuitos ordinarios y extraordinarios, mediando la cláusula: “PACTO DE GARANTÍA. Ningún inconveniente jurídico hay en que el deudor asuma el riesgo fortuito. En cierta forma, el deudor se convierte en asegurador del acreedor. Pero cabe preguntarse si tales cláusulas importan la asunción por el obligado de todos los casos fortuitos, aun los de carácter absolutamente excepcional o extraordinario, o si, por el contrario, la garantía sólo se extiende a aquellos casos fortuitos que son ordinarios o comunes en ese negocio o actividad. La mayor parte de los autores, con un criterio benévolo para el deudor, se inclinan por la última solución. La cuestión nos parece dudosa. Desde luego, es muy incierta la línea separativa de los casos ordinarios y extraordinarios. Esto convierte el problema en una cuestión de apreciación judicial, que debe estar dominada por la interpretación de la voluntad de las partes. Sólo cuando sea evidente que el acontecimiento, por su carácter absolutamente imprevisible y extraordinario, ha escapado a las previsiones de los contratantes, puede, a nuestro juicio, admitirse la falta de responsabilidad de quien ha tomado sobre sí el caso fortuito”.⁸⁸

ii.- *Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor*: falta aquí uno de los requisitos del caso fortuito, que el hecho provenga de una causa enteramente ajena al deudor (“nadie puede aprovecharse de su propia culpa”). Artículos 1547, inc. 2º (“El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que (...) el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”); 1590, inc. 1º (“Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor”); y 1672, inc. 1º (“Si el cuerpo cierto peca por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”), todos del Código Civil.

iii.- *Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor*, porque la mora implica la idea de culpa (arts. 1547 y 1590). En todo caso, si el caso fortuito igual habría sobrevenido estando la cosa en poder del acreedor, se aminora la responsabilidad del deudor: sólo responde de indemnización moratoria (art. 1672, inc. 2º: “Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe peca por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora”). Será el deudor, en todo caso, quien deberá probar lo anterior, según se declara por el art. 1674: “El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega. / Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo”.

Así, por ejemplo, cuando el deudor de una especie o cuerpo cierto y el acreedor de la misma están domiciliados en un mismo sector de la ciudad, que resulta inundado por la

⁸⁷ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, ob. cit., p. 189.

⁸⁸ Borda, Guillermo A., ob. cit., N° 127, p. 112.

crecida de un río cercano, destruyéndose la cosa que el primero debía entregar al segundo. Si dicha cosa se hubiere entregado oportunamente, la cosa igualmente se habría destruido al encontrarse en el domicilio del acreedor.

iv.- *Cuando la ley pone el caso fortuito a cargo del deudor*: art. 1547, inciso final. Por ejemplo:

i) Art. 1676, que dispone: “Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor”.

ii) Encontramos otros casos en el contrato de mandato, artículos 2152 (cuando por un pacto especial, el mandatario tomó sobre sí la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro: aunque en este caso hay pacto, es la ley la que agrega a continuación que en tal caso, son de cuenta del mandatario “hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor”); y 2153 (respecto de las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder, es decir dinero, que en principio, “perecen para el mandatario aun por fuerza mayor o caso fortuito”).⁸⁹

iii) Otro caso se contempla en el art. 2427 del Código Civil, respecto de la pérdida o deterioro que pudiere experimentar la finca hipotecada. Será indiferente que la pérdida o deterioro se deba a un caso fortuito o a un hecho culpable o doloso del propietario. Aún en el primer caso, responderá el dueño de la finca hipotecada. Otro tanto ocurre en los arts. 2406 en relación al 2391, respecto de la prenda.

iv) También se contempla un caso en el art. 1267 del Código Civil, respecto del que ha ocupado la herencia de mala fe, quien es responsable de todo el importe del deterioro. Como la ley no hace distinciones, quiere decir que el falso heredero responde de los deterioros tanto si se deben a dolo o culpa suyos, como si ocurren por caso fortuito o fuerza mayor. Y la conclusión se impone porque el art. 906, en las prestaciones mutuas, expresamente dispone que el poseedor de mala fe sólo responde de los deterioros debidos a hecho o culpa suyos. Si el art. 1267 no hizo distinciones al respecto, quiere decir que el falso heredero que ocupó la herencia de mala fe, responde de todos los deterioros, sean dolosos, culpables o fortuitos. La ley no hace el distingo efectuado claramente en las prestaciones mutuas, y si la ley no distingue, mal puede el intérprete hacerlo.^{90 91}

v.- *Cuando el deudor se hubiere comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas*: art. 1550. Se sanciona aquí la mala fe del deudor.

vi.- *El riesgo de pérdida fortuita de la cosa debida bajo condición es de cargo del deudor* (art. 1486, inc. 1º y art. 1820). En este caso, no nace el contrato y el deudor nada podrá exigir al otro contratante.

⁸⁹ En el primero de estos casos del mandato, nos parece dudoso que realmente nos encontremos ante un contrato de esta índole, si consideramos que el artículo 2116, al definirlo, señala que el mandatario, al ejecutar la gestión que se le ha confiado, ha de hacerlo “por cuenta y riesgo” del mandante, lo que no acontece en la hipótesis prevista en el artículo 2152. En el segundo de estos casos, contemplado en el artículo 2153, la norma se explica, pues el mandatario que recibe el dinero con la facultad de usarlo, se hace dueño de él, operando una hipótesis de “depósito irregular”. Si dicho dinero se pierde, cabe aplicar el aforismo “las cosas perecen para su dueño”. La pérdida la tendrá que soportar el mandatario entonces.

⁹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, séptima edición actualizada, Tomo II, pp. 520 y 521.

⁹¹ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Volumen 2, pp. 109 y 110.

En realidad, en el segundo y tercer caso no hay caso fortuito, no concurren todos los requisitos necesarios para ello.

c.2.3.5) Prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Corresponde al deudor, a quien lo alega: art. 1547, inc. 3°.

Este principio es una consecuencia de la regla general acerca del *onus probandi* del art. 1698. Insiste el legislador, en el mismo sentido, en el art. 1674, inc. 1°: “El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega”.

De tal forma, probada que sea la existencia de la obligación por el acreedor, corresponderá al deudor acreditar que ésta se extinguió por caso fortuito.

c.2.4) La culpa.

c.2.4.1) Concepto.

Es la falta de diligencia o cuidado, en el cumplimiento de una obligación (culpa contractual) o en la ejecución de un hecho cualquiera (culpa extracontractual).

c.2.4.2) Culpa contractual y extracontractual.

Atendiendo a las circunstancias en que tienen lugar, distinguimos entre una u otra clase de culpa.

La culpa contractual es la que incide en el cumplimiento de las obligaciones, la que proviene de un vínculo establecido con anterioridad, y consiste en no cumplir una obligación preexistente o en cumplirla mal o tardíamente, por desidia o negligencia.

En cambio, la culpa extracontractual o aquiliana (por la *Lex Aquilia* del Derecho Romano), es la que da origen al delito o cuasidelito. No hay aquí un vínculo preexistente, a menos que se pudiera encontrarlo en la obligación negativa que tienen todas las personas de no causar daño a los demás.

En la culpa extracontractual, la relación jurídica que va a imponerle al deudor la responsabilidad consiguiente, emana precisamente de la ejecución del hecho culpable.

c.2.4.3) Diferencias entre la culpa contractual y extracontractual:

i.- La culpa contractual supone un vínculo obligatorio preexistente; la culpa extracontractual no, siendo el hecho culpable el que genera el vínculo u obligación, que coloca al deudor en la necesidad de indemnizar los daños.

ii.- La culpa extracontractual no admite gradaciones, porque toda culpa aquiliana, cualquiera que sea su gravedad, le impone al deudor la misma responsabilidad, a saber, la de indemnizar todos los perjuicios. La culpa contractual admite gradaciones y la responsabilidad del deudor será mayor o menor, según sea el grado de culpa de la que se responda. Puede ser grave, leve o levísima. Esta diferencia se explica en el hecho que, tratándose de la culpa contractual, las partes pudieron prever las consecuencias que para ellas podían derivarse del incumplimiento, regulando entonces el grado de diligencia de cada una.

iii.- La culpa extracontractual debe ser probada por el acreedor. El acreedor que invoca un delito o un cuasidelito como fuente de una obligación, debe probar esa obligación, cual es la comisión del hecho delictual o cuasidelictual (art. 1698). Vale decir, corresponde al acreedor probar que el deudor actuó negligentemente. Tratándose de la culpa contractual, el incumplimiento de la obligación se presume culpable. Vale decir, la culpa contractual se

presume. Por ello, tocará al deudor probar que actuó con la debida diligencia, y que el incumplimiento por ende no le es imputable, o que éste se debe a un caso fortuito o fuerza mayor (art. 1547, inc. 3°). Lo mismo se desprende del art. 1671, que establece: “Siempre que la cosa perezca en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya”. Con todo, en este punto habría que formular tres precisiones:

i) Respecto de las obligaciones contractuales, habría que formular un distingo, según si se trata de obligaciones de resultado (que constituyen la regla general) o de medios (de carácter más bien excepcional, y que usualmente contraen los profesionales). En efecto, como expresa Enrique Barros, la prueba de la culpa no se plantea siempre de la misma manera en los distintos tipos de obligaciones contractuales. En las obligaciones de resultado, la culpa se presume. En las obligaciones de medios, usualmente la culpa debe ser probada. Por tal razón, no hay tampoco diferencias esenciales en la prueba de la infracción a un deber general de cuidado en sede extracontractual y la prueba de la negligencia en el cumplimiento de una obligación contractual de medios.⁹² En las obligaciones de resultado, operará entonces la regla del art. 1547, inc. 3°, mientras que en las obligaciones de medios y tratándose de la responsabilidad extracontractual, lo dispuesto en el art. 1698.

ii) ¿Se extiende la presunción de culpa contractual a la culpa lata o grave? La cuestión se discute. Nos referiremos a este punto al tratar del dolo y su equivalencia con la culpa lata o grave.

iii) En materia extracontractual, el Título XXXV del Libro IV, referido a la responsabilidad originada por la comisión de delitos o cuasidelitos civiles, contempla tres series de presunciones de culpa: por el hecho propio, por el hecho de terceros y por el hecho de las cosas. En todos estos casos, la víctima quedará liberada de la carga de probar la culpa de aquél que cometió la acción u omisión que le ocasionó a la primera el daño.

iv.- Tratándose de la culpa contractual, si quienes incurren en ella fueren dos o más contratantes, responderán en forma simplemente conjunta, a menos que se hubiere pactado solidaridad o la ley dispusiere otra cosa (arts. 1511, inc. 1° y 1526, inc. 1°). Tratándose de la culpa extracontractual, si dos o más individuos hubieren cometido un cuasidelito, responderán solidariamente (art. 2317, inc. 1°).

v.- Para que la culpa contractual –tratándose de las obligaciones de dar y de hacer- de origen a la indemnización de perjuicios, es necesario que el deudor haya sido constituido en mora (art. 1557) Tratándose de la culpa extracontractual, basta la ejecución del hecho ilícito y culpable, que provoque perjuicios, existiendo una relación de causalidad entre la comisión del hecho y los perjuicios. Igual cosa ocurre en las obligaciones de no hacer, donde basta la contravención a la obligación.

Cabe hacerse cargo de la siguiente interrogante: ¿por qué estatuto -el de la culpa contractual o el de la culpa extracontractual-, se rigen quienes contraen *obligaciones nacidas directamente de la ley o a consecuencia de un cuasicontrato*? La doctrina nacional no es uniforme. Revisemos ambas opiniones:

i.- Doctrina que postula que deben regirse por las normas de *la culpa contractual*.

Esta es la corriente mayoritariamente seguida por nuestros autores. Entre otros, la sostienen Claro Solar, Alessandri, Meza Barros y Abeliuk. Podríamos afirmar que corresponde a la doctrina más “tradicional”.

Se plantea por esta doctrina los siguientes argumentos:

⁹² Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 660 y 661.

i) El Título XII del Libro IV trata de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones bajo el epígrafe “Del efecto de las obligaciones”, expresión -dice Abeliuk- que involucra a todas las obligaciones, exceptuándose sólo las que emanan de hechos ilícitos, dado el tratamiento separado que les otorga el Código Civil más adelante (en el Título XXXV del mismo Libro IV).⁹³

La misma opinión sostiene Alessandri: “Las reglas que rigen la responsabilidad contractual constituyen el derecho común en materia de responsabilidad. La responsabilidad delictual y cuasidelictual es de excepción. Estimamos que sobre este particular no puede haber duda entre nosotros, pues el Código Civil chileno, a diferencia del francés, -que regla la responsabilidad contractual en la sección IV del Capítulo III del Título III del Libro III, o sea, a propósito *de los contratos o de las obligaciones convencionales en general*, -se ocupa de ella en el Título 12 del Libro IV bajo el epígrafe genérico *Del efecto de las obligaciones*, sin referirla a una especie determinada. A esto se agrega que los arts. 2314 y siguientes, a diferencia también de lo que hace el Código francés, que sólo habla del daño causado por un hecho o culpa del hombre o de las personas de quienes se es responsable o de las cosas que se tienen bajo su guarda, mencionan concretamente el *delito* y el *cuasidelito*, y, al reglar la responsabilidad delictual y cuasidelictual, entienden referirla únicamente a la que emana de esas fuentes, como quiera que la hacen derivar sólo de ellas (art. 2314) (...) Por consiguiente, las reglas de la responsabilidad contractual se aplican no sólo a las obligaciones derivadas de un contrato, sino también a las *cuasicontractuales* y a las *simplemente legales*, sin perjuicio de que en los casos en que el legislador haya dictado reglas especiales para la responsabilidad derivada de tales obligaciones, dichas reglas se apliquen de preferencia (art. 13)”.⁹⁴

Con todo, Abeliuk admite que “el punto resulta muy relativo”, porque el Título XII, como se aprecia en todos sus preceptos, discurre sobre la idea de una estipulación previa de las partes, y porque estructuralmente, las obligaciones extracontractuales o no contractuales se asemejan más entre sí, y resisten la asimilación a las normas dadas para las convenciones.⁹⁵

ii) Aluden también quienes siguen esta opinión, a una serie de artículos contemplados en las reglas de las obligaciones cuasicontractuales o legales, en los que se hace referencia a los grados de culpa, cuestión propia de la culpa contractual. Así, por ejemplo, los arts. 427, 2288, 2308, 256, 391, 1748 y 1771 del Código Civil. Por ende, dice Meza Barros, lo anterior demostraría que las reglas de la culpa contractual constituyen el derecho común en esta materia. Así:

- El caso de responsabilidad previsto en el art. 427, relativo al que, en caso de necesidad, y por amparar al pupilo, toma la administración de los bienes de éste (sin que medie decreto judicial). En este caso, el precepto ordena ocurrir al juez inmediatamente para que provea a la tutela o curaduría, y mientras tanto, procederá como agente oficioso y tendrá las obligaciones y derechos como tal. Sin embargo, “Todo retardo voluntario en ocurrir al juez, le hará responsable hasta de la culpa levísima”.
- Respecto del cuasicontrato de agencia oficiosa, el artículo 2288 establece que el agente debe emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia;

⁹³ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, p. 909.

⁹⁴ Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1983, pp. 54-56.

⁹⁵ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, p. 909.

- Respecto del cuasicontrato de comunidad, el artículo 2308 advierte que el comunero es responsable hasta de la culpa leve;
- Respecto de las obligaciones legales, el artículo 256 dispone que “El padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve”;
- La misma responsabilidad cabe al guardador, según se consigna en el artículo 391.
- En el caso del marido que administra la sociedad conyugal, la ley sólo le impone responder por culpa lata o grave (artículos 1748 y 1771).

La ley, entonces, concluye Meza Barros, aplica la gradación de la culpa a las obligaciones cuasicontractuales y también a las legales⁹⁶.

Claro Solar -atendiendo al mismo argumento-, también postula que las reglas comunes son las de la responsabilidad contractual, señalando, después de aludir a los mismos artículos: “Se ve, pues, que el Código aplica a los cuasicontratos las reglas establecidas en el art. 1547. Nada significa que este artículo se refiera particularmente a los contratos, porque, como ya lo hemos manifestado las reglas generales que el legislador ha establecido en los títulos I, II y XII a XXI se aplican a toda clase de convenciones (contratos y cuasicontratos) y a las obligaciones legales, en cuanto les sean aplicables”.⁹⁷

ii.- Doctrina que postula que deben regirse por las normas de *la culpa extracontractual*.

Entre nosotros, es esta una tesis minoritaria. Sin embargo, importantes autores, en los últimos años, se han plegado a ella.

Carlos Ducci Claro postula que la regla general es la de la responsabilidad extracontractual. Se objeta el argumento que alude a la graduación de la culpa señalándose que no es lo suficientemente categórico, pues en la responsabilidad extracontractual se habla del buen padre de familia (art. 2323) y porque la regla general es que, quienes administran bienes ajenos, responden de la culpa leve.⁹⁸

En esta misma línea, Enrique Barros Bourie, quien manifiesta que los argumentos de la primera doctrina “... no resultan en absoluto convincentes...”, agregando, a propósito de los artículos citados por ella, que aluden a la culpa leve en algunos casos de responsabilidad cuasicontractual o legal, que: “... en materia extracontractual se responde de culpa leve y (...) las normas que establecen la culpa leve como antecedente de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales y cuasicontractuales sólo reiteran un principio general de responsabilidad civil: el derecho civil espera de las personas que actúen como lo haría un hombre prudente, un buen padre o madre de familia, colocados en las mismas circunstancias”. Concluye este autor, afirmando: “Descartados los argumentos que pretenden inferir inductivamente el régimen de derecho común a partir de disposiciones aisladas del Código Civil, puede argumentarse, en un sentido inverso a la doctrina reseñada, que la responsabilidad contractual es especial porque tiene por antecedente el contrato, de modo que, a falta de convención, rige como estatuto común el régimen de responsabilidad extracontractual (...) En el fondo, sólo excepcionalmente las relaciones de derecho privado se encuentran reguladas por un acuerdo previo del cual emanan obligaciones contractuales que dan lugar a un vínculo obligatorio preexistente. Lo usual es que las personas no se encuentren vinculadas por contrato alguno, y que sus contactos recíprocos se encuentren regulados por deberes extracontractuales, que tiene su

⁹⁶ Meza Barros, Ramón, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 6ª edición, 1979, p. 262.

⁹⁷ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Tomo 11º, “De las Obligaciones”, II, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1937, N° 1067, p. 521-523.

⁹⁸ Ducci Claro, Carlos, *La Responsabilidad Civil*, Memoria de Prueba, 1936.

fuerza en el derecho y no en la convención. Existen impedimentos insuperables para que la suma y variedad inconmensurables de los daños que podemos causarnos en nuestra interacción cotidiana sea objeto de acuerdos contractuales *ad hoc*. Dicho de otro modo, el contrato y la obligación contractual son excepcionales; por el contrario, los deberes de cuidado extracontractuales que supone la vida en comunidad son generales y comunes”.⁹⁹

Hernán Corral Talciani también se adscribe a esta doctrina, señalando al efecto: “A nuestro juicio, las normas comunes en materia de responsabilidad por hechos ilícitos son las del título XXXV del libro IV del Código Civil, esto es, las de responsabilidad por obligaciones no convencionales. El argumento de que existen artículos que tratándose de obligaciones no contractuales emplean conceptos aplicables a la responsabilidad contractual es demasiado literalista para resultar convincente. Por otro lado, está claro que las reglas de responsabilidad contractual fueron dispuestas para su aplicación en el marco de una relación contractual y no corresponde una aplicación extensiva”.¹⁰⁰

Corral insinúa la posibilidad de llegar a una solución ecléctica: aplicar las reglas de la responsabilidad contractual a las obligaciones derivadas de los cuasicontratos y las de la responsabilidad extracontractual a las obligaciones derivadas directamente de la ley. Afirma al respecto: “Tal vez, quepa propiciar una solución intermedia, distinguiendo el tipo de obligación: si se trata de obligaciones derivadas de un cuasicontrato, asemejándose éste a la regulación convencional, pueden aplicarse las normas de la responsabilidad contractual (y por lo cual resultarían congruentes los arts. 2287, 2288 y 2308, que suponen la graduación de la culpa); pero si se trata de obligaciones legales, la normativa a aplicar será la de la responsabilidad extracontractual, destinada justamente a regular los casos de violación de un principio jurídico general, como el de no dañar a otro injustamente”. Corral reconoce que, esta tesis –planteada en 1891, en Francia, por Rour di Card-, fue criticada por H. Mazeaud, por considerar que parte de la errada tesis de que los cuasicontratos son asimilables a los contratos. Con todo, agrega Corral, si bien esto es cierto en cuanto a la génesis (donde no hay consentimiento en los cuasicontratos), sí opera tal asimilación en su estructura.¹⁰¹

c.2.4.4) La culpa contractual.

Nuestro Código Civil, apartándose de la doctrina del C. francés (que sólo concibe la culpa leve, aquella en la que no incurriría el buen padre de familia), adopta la clasificación tripartita, elaborada por los escolásticos en la Edad Media y acogida luego por Pothier. El artículo 44 divide la culpa en tres clases: lata o grave, leve y levísima.

La *culpa lata o grave* es la que impone menos responsabilidad al deudor, es aquella que le exige un cuidado mínimo; el que responde de culpa lata, deberá solamente abstenerse de ejecutar aquellos actos que sean de tal naturaleza que puedan asimilarse al dolo, entendido en su definición del art. 44. Equivale entonces a un descuido mayúsculo, a la negligencia máxima.¹⁰² El inciso 2º del artículo 44 define la culpa grave o lata, como

⁹⁹ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, N° 851, pp. 1068 y 1069.

¹⁰⁰ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 41.

¹⁰¹ Corral Talciani, Hernán, ob. Cit., p. 41.

¹⁰² En un fallo de la Corte Suprema de fecha 6 de julio de 2012, autos Rol N° 3.518-2010, se describe el estándar de cuidado que corresponde a la culpa lata o grave en los siguientes términos: “El estándar de cuidado exigible al deudor es mínimo, pues incurre en culpa grave si su actuar raya en la mala fe. La

aquella “...que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.” De esta definición, pueden deducirse las siguientes observaciones:

1° El Código alude al manejo de *negocios ajenos*, partiendo de la base que, en ellos, el individuo actuará con una diligencia menor a la que emplea en los negocios propios;

2° El Código, sólo exige desplegar aquel cuidado que suelen emplear *personas negligentes y de poca prudencia (...)* en sus negocios propios. O sea, un cuidado básico, mínimo, que cumplen aún los individuos negligentes.

3° La culpa lata se equipara al dolo en cuanto a sus efectos. Nos referiremos a este punto más adelante, en el estudio del dolo.

La *culpa leve* constituye en el Derecho la regla general, es la culpa de que ordinariamente se responde; ella consiste en la falta de aquel cuidado o diligencia que la gente ordinariamente emplea en el manejo de sus negocios. La pauta aquí es la conducta del “buen padre de familia”, considerado como paradigma de hombre juicioso y diligente, entendidos como diligencia mediana. Impone una responsabilidad mayor que la culpa lata y por constituir la regla general, cada vez que la ley alude a la “culpa” sin otra calificación, se refiere a la culpa leve. El inciso 3° del artículo 44 del Código Civil define la culpa leve como “...la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.” Tres observaciones, cabe formular al efecto:

1° Alude el Código al cuidado ordinario, usual o normal.

2° Que emplean los hombres, en sus negocios propios.

3° Cuando la ley se refiere a la culpa, sin agregar de qué grado se trata, debe entenderse que se trata de la culpa leve.

El deudor que responde de *culpa levísima* es el que tiene un mayor grado de responsabilidad en el Derecho. Debe emplear no sólo el cuidado del que responde de culpa leve, sino que además el cuidado esmerado que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes. Precisamente, el inciso 5° del artículo 44 la define como “...la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.” Tres observaciones se deducen de esta definición:

1° La ley no exige cualquier diligencia, sino que una *esmerada diligencia*, una *suma diligencia*;

2° No se trata de la actuación de un hombre medio, sino de aquél *juicioso*;

3° No se trata de cualquier negocio, sino de los *negocios importantes*.

Cabe destacar que cuando la ley establece que una persona responderá “de toda especie de culpa” o “de toda culpa”, ha de entenderse que se trata de culpa levísima. Así ocurre en el art. 2222, inc. 1°, respecto del contrato de depósito (“Las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa”); y en el art. 2288, inc. 2°, en las normas del cuasicontrato de agencia oficiosa (“Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es responsable hasta de la culpa

enormidad de la culpa grave, es decir, un error, imprudencia o negligencia tales que no se pueden explicar sino por la estupidez, la temeridad, o la incuria del agente, o por una negligencia de una extrema gravedad denotando la ineptitud del deudor para ejecutar la misión contractual que ha aceptado. También puede definirse la culpa grave como la negligencia máxima del deudor que omite las precauciones más elementales, que no prevé lo que prevén todos, una conducta de una indiferencia particularmente seria respecto del cuidado exigible de acuerdo a las circunstancias, en cuya virtud una persona no advierte algo que, en esta situación, cualquiera habría notado”.

leve; salvo que se haya ofrecido a ella, impidiendo que otros lo hiciesen, pues en este caso responderá de toda culpa”).

c.2.4.5) Determinación del grado de culpa de que responde el deudor.

La utilidad de la clasificación tripartita de la culpa consagrada en el artículo 44, queda de manifiesto en el art. 1547: tiene importancia para determinar el grado de culpa del cual los deudores responden en los diversos contratos, según sea la utilidad que reporten a las partes.

La ley, creyendo interpretar la intención o voluntad de las partes, ha hecho responder al deudor de cada una de estas especies de culpa, según que el contrato reporte utilidad al acreedor, o sólo al deudor o a las dos partes.

Si el contrato sólo reporta utilidad al acreedor, el deudor responderá exclusivamente de culpa lata: depósito, por ejemplo (art. 2222).

Si el contrato es beneficioso para ambas partes, el deudor responde de la culpa leve: compraventa, por ejemplo; arrendamiento, etc.

Si el deudor es el único beneficiado con el contrato, responde incluso de la culpa levísima: comodato, por ejemplo (art. 2178).

Las reglas anteriores son supletorias de la voluntad de las partes, y la ley permite que éstas modifiquen o “deroguen” en sus relaciones jurídicas, las normas del art. 1547, como lo establece el último inciso del mismo precepto. En ocasiones, es la misma ley la que impone al deudor una responsabilidad distinta de la que ordinariamente le corresponde, como sucede en el caso del depósito necesario, caso en el cual la responsabilidad del deudor se extiende a la culpa leve (art. 2239), o como ocurre en el comodato en pro de ambas partes, caso en el cual la responsabilidad del deudor disminuye a la culpa leve (art. 2179), o en la compraventa, en la que el vendedor sólo responde del dolo o de la culpa lata, si el comprador se niega injustificadamente a recibir la cosa (art. 1827).

En cuanto a las partes, se requiere una estipulación expresa que modifique las normas del art. 1547, pudiendo incluso atenuarse la responsabilidad del deudor, con un límite: no puede estipularse que el deudor no responderá ni siquiera de culpa lata o grave, porque ésta equivale al dolo en materia civil, y la condonación del dolo futuro adolece de objeto ilícito (art. 1465).

En síntesis, para determinar de qué grado de culpa ha de responder el deudor, debemos atender:

1. A lo que las partes hubieren estipulado en el contrato.
2. A falta de estipulación, lo que dispongan leyes especiales, de haberlas.
3. A falta de estipulación y de normas especiales, habrá que estar a lo dispuesto en normas del Código Civil, específicas de cada contrato o para ciertas instituciones.
4. A falta de estipulación en el contrato o de normas especiales, sean ajenas al Código o propias de éste, debemos aplicar lo dispuesto en el art. 1547, es decir, según si el contrato beneficie a las dos partes o a una sola de ellas. Esta es la norma general y supletoria en esta materia.

c.2.4.6) La prueba de la culpa: artículos 1547 inc. 3º y 1671.

El art. 1547, inc. 3º, consagra la regla general, aplicable a cualquiera obligación: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

El art. 1671, en cambio, contempla la regla aplicable a obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto: “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya”.

De estas dos disposiciones podemos deducir que en materia de obligaciones, la culpa contractual se presume, por regla general (ya hemos visto que no será así en las obligaciones de medios). Se explica lo anterior, porque toda obligación coloca al deudor en la necesidad objetiva de emplear la diligencia o cuidado necesario para poder cumplir la prestación o abstención debida; si la obligación no se cumple, quiere decir entonces que el deudor no ha empleado la diligencia o cuidado a que está obligado.

De tal forma, cuando una obligación no se cumple, no es el acreedor quien debe probar que el deudor es culpable; probará sólo la existencia de la obligación y será el deudor quien deberá probar que empleó el cuidado o diligencia debidos o que su incumplimiento se debió a un caso fortuito o fuerza mayor.

Existiría una excepción a esta regla: art. 2158, inciso final, en el mandato. En realidad, en este artículo no hay sino una aplicación de la regla general del art. 1698, porque si es el mandante quien alega la extinción de su obligación, es él quien debe probar dicha extinción, y si el hecho en que se funda es la culpa del mandatario, lógico es que deba probarlo.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la opinión sostenida por algunos autores, en orden a que si estamos ante una obligación de medios, el acreedor no sólo deberá probar la existencia de la obligación, sino que también, la conducta culpable del deudor demandado.

c.2.5) El dolo.

c.2.5.1) Aceptaciones o ámbitos de aplicación del dolo:

1° Como vicio del consentimiento o más genéricamente, como vicio de la voluntad: en este sentido, se define por la doctrina como toda maquinación fraudulenta empleada para engañar al autor o contraparte de un acto jurídico, en términos tales que de no haber mediado dicho engaño, éste o ésta no habría otorgado o celebrado el acto o contrato o lo habría hecho en condiciones más ventajosas (arts. 1451, 1458 y 1459). Por su naturaleza, este dolo se presenta antes del otorgamiento o celebración del acto o contrato o coetáneamente, ya que se trata del medio de que se vale una persona o la otra parte, para llevar al autor o a la contraparte a otorgar o celebrar el acto o contrato.

La sanción para este dolo será la nulidad relativa (si fue un dolo principal o determinante) o la indemnización de perjuicio (si fue un dolo incidental).

2° Como fuente del delito: art. 44, inc. final. A este dolo se alude en el art. 2284 y es al que se refiere la ley en los delitos (arts. 2314 a 2334). Se trata del dolo cometido al momento de ejecutarse la conducta ilícita y que la caracteriza como delito.

La sanción para el que cometa el delito, será la de condenarlo a indemnizar por todo el daño causado a la víctima (art. 2329).

3° Como agravante de la responsabilidad del deudor: a este dolo se refiere de manera directa el artículo 1558 y en forma más indirecta el art. 1546. Es este el aspecto del dolo que nos interesa considerar por el momento, o sea, el dolo que incide en el cumplimiento de las obligaciones, que los autores franceses denominan fraude, y que consiste en la intención positiva por parte del deudor de causar un daño al acreedor. Hay dolo o fraude en el incumplimiento de una obligación, cuando el deudor no la cumple con el propósito ostensible y deliberado de perjudicar a su acreedor.

La sanción consistirá en aumentar la cuantía de la indemnización para el contratante infractor.

c.2.5.2) Concepto de dolo.

En la tercera acepción, que es la que estamos analizando, el dolo puede definirse como *los actos u omisiones intencionales del deudor para eludir o retardar el cumplimiento de su obligación y con ello, causar daño a la contraparte*.

A diferencia del dolo como vicio del consentimiento o de la voluntad, el dolo que incide en el cumplimiento de las obligaciones es posterior al otorgamiento o celebración del acto o contrato.

c.2.5.3) Agravante de la responsabilidad del deudor.

Por lo antes expuesto, el dolo que incide en el cumplimiento de las obligaciones agrava la responsabilidad del deudor: éste debe indemnizar no sólo los perjuicios directos previstos (como acontece si hay culpa), sino también los directos imprevistos (art. 1558). La misma responsabilidad tendrá el deudor que incumplió a consecuencia de la culpa lata o grave, atendido a que se equiparan sus efectos a los del dolo.

La circunstancia de que el dolo agrave la responsabilidad del deudor, se justifica, pues el haber actuado de mala fe supone infringir el mandato contenido en el art. 1546 del Código Civil, en cuanto dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

De los perjuicios indirectos no responderá ni siquiera el deudor que incurrió en dolo o culpa lata. Para responder de dichos perjuicios, habría que haberlo pactado expresamente en el contrato.

c.2.5.4) Responsabilidad solidaria.

El art. 2317, inc. 2º del Código Civil, dispone que produce obligación solidaria de indemnización de perjuicios, “todo fraude o dolo cometido por dos o más personas”. Se ha entendido que esta disposición apunta a dolo que no ocasione un delito civil, pues de lo contrario constituiría una inútil repetición de la regla del inc. 1º del art. 2317. En otras palabras, esta norma se referiría al dolo como maquinación fraudulenta o vicio del consentimiento o al dolo en el cumplimiento de las obligaciones. Así, si varios contratantes incurrieron en dolo para inducir a la contraparte a contratar, o si varios contratantes infringen una obligación común, y mediante dolo en tal infracción, serán solidariamente responsables por los perjuicios que el incumplimiento ocasione a la contraparte o al acreedor, respectivamente. Se trata de casos de responsabilidad originada con ocasión de la celebración de un contrato, que después se declara nulo, siendo la responsabilidad extracontractual o en el segundo caso, contractual, por ende. Lo mismo ocurrirá si dos o más personas se conciertan para engañar al autor de un acto jurídico unilateral, de manera de torcer su voluntad (por ejemplo, el dolo de que es víctima el autor de un testamento).

Así concluye René Abeliuk, quien expresa: “Al tratar de la responsabilidad extracontractual, estudiamos el inc. 1º del art. 2317 que establece la responsabilidad solidaria de quienes han participado en la comisión de un hecho ilícito. El inc. 2º agrega que todo fraude o dolo cometido por dos o más personas, produce acción solidaria. Este precepto tiene que estarse refiriendo a toda clase de dolo, y por tanto al de la responsabilidad contractual...”.¹⁰³ En la misma línea, Arturo Alessandri Rodríguez, quien

¹⁰³ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., Tomo 2, p. 820.

también afirma que el precepto tiene que referirse a la responsabilidad contractual, pues: “... de lo contrario, habría sido redundante y una repetición innecesaria del inciso 1º, ya que éste, al mencionar el delito, se refiere en forma expresa al dolo extracontractual”.¹⁰⁴

De esta manera, la responsabilidad solidaria operará cualquiera sea el dolo de que se trata, en cualquiera de las tres acepciones precedentemente referidas.

Lo expresado respecto del dolo, “... vale igualmente para la culpa grave, que en materias civiles le equivale”, expresa Abeliuk.¹⁰⁵

c.2.5.5) Prueba del dolo.

El dolo no se presume, salvo en los casos especialmente señalados por la ley. Debe probarse por el acreedor que imputa a su deudor dolo en el cumplimiento de la obligación (art. 1459). Lo anterior, porque la ley presume la buena fe de los contratantes: art. 707.

El dolo puede probarse por cualquier medio de prueba, no rigiendo a su respecto las limitaciones a la prueba de testigos establecidas en los arts. 1708 y 1709.

En algunos casos sin embargo, la ley presume la *mala fe* o el *dolo*, siendo más usual, en estos casos, que se presuma la primera y más excepcional que se presuma el segundo:¹⁰⁶

1º Art. 94, regla sexta, en la muerte presunta: presunción de derecho de *mala fe*.

2º Art. 706, inciso final, en la posesión: presunción de derecho de *mala fe*.

3º Art. 968, N° 5, en las indignidades para suceder: presunción simplemente legal de *dolo*.

4º Art. 974, inc. 2º, en la misma materia: presunción de derecho de *mala fe*;

5º Art. 1301, en el título de los albaceas: presunción simplemente legal de *dolo*;

6º Art. 2510, regla tercera, en la prescripción: presunción simplemente legal de *mala fe*.

7º Art. 280 del Código de Procedimiento Civil, en las medidas prejudiciales: presunción de derecho de *dolo*; quien obtuvo la medida, debe presentar su demanda en el plazo de 10 días (ampliable hasta 30 días) y pedir que se mantenga la medida, presumiéndose *dolosa* su gestión en caso contrario.

8º Art. 22 de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques: presunción simplemente legal de *dolo*.

c.2.5.6) La culpa lata se equipara al dolo.

Así lo establece el inc. 2º del art. 44 del Código Civil.

¿Cuál es el alcance de esta equivalencia? No quiere decir que jurídicamente sean una misma cosa, sino que SUS EFECTOS jurídicos son los mismos, o sea, que la responsabilidad del deudor es igual en el caso de la culpa lata o de dolo.

Esta equivalencia incide en los siguientes puntos, según ya se ha dado cuenta:

i.- Se agrava la responsabilidad del deudor que incumple su obligación con culpa lata o grave, pues responderá tanto de los perjuicios directos previstos como de los directos imprevistos (art. 1558).

ii.- Si varios deudores incurrieren en culpa grave, a consecuencia de la cual se retarda o se incumple la obligación contraída, todos ellos responderán solidariamente de la indemnización de perjuicios (art. 2317, inc. 2º).

¹⁰⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1983, N° 408, p. 493

¹⁰⁵ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., Tomo 2, p. 874.

¹⁰⁶ En cuanto a las diferencias entre la mala fe y el dolo, nos remitimos a lo reseñado en nuestro apunte de “Teoría del Acto Jurídico”, al tratar del dolo como vicio de la voluntad.

iii.- La culpa lata o grave no puede condonarse anticipadamente, siguiendo la misma suerte del dolo. En caso contrario, habría objeto ilícito en el pacto (art. 1465).¹⁰⁷

iv.- En cuanto a la prueba de la culpa grave o lata, la cuestión ha suscitado distintos puntos de vista. Como señala Abeliuk, “Predomina entre los autores y la jurisprudencia la opinión de que la asimilación de la culpa grave al dolo no llega al terreno de la prueba, y que, en consecuencia, el acreedor que la alega está amparado por la presunción legal; dicho de otra manera, que en esta materia rige el Art. 1547, pues no distingue entre las clases de culpa, y no el Art. 1459, en relación con el 44, que señalan que el dolo debe probarse. En cambio, otros sustentan la opinión de que si el legislador dispuso la equivalencia del dolo y la culpa grave, ello debe llevarse a todas las consecuencias y no únicamente a las que benefician al acreedor”.¹⁰⁸ Quienes están por la opinión mayoritaria, sostienen, en efecto, que no siendo la culpa lata y el dolo, como instituciones, la misma cosa, la regla que rige la prueba en materia de culpa no es modificada por la equivalencia aludida: será el deudor quien deberá probar que no ha incurrido en culpa lata, y en ningún caso recaerá esta carga en el acreedor, como acontece con el dolo. La equivalencia no implica identificación de las instituciones. Sin embargo, Abeliuk considera que habría que formular un distingo, partiendo de la base que ambas posiciones tienen una parte, pero no toda la razón. En efecto:

i) “Si el acreedor se limita a exigir la indemnización ordinaria, pero invoca sólo para tal efecto una culpa grave, nada debe probar porque el Art. 1547 dice que corresponde al deudor probar la diligencia que debió observarse”. Al referirse Abeliuk a la “indemnización ordinaria”, quiere aludir a los perjuicios directos previstos, más no a los directos imprevistos.

ii) “Pero si al invocar la culpa grave el acreedor pretende alguno de los efectos especiales del dolo, como por ejemplo los perjuicios imprevistos, la responsabilidad solidaria, nos parece que debe probar la culpa grave, porque alega una agravación de la responsabilidad del deudor; una mayor obligación, una forma especial de ella que a él corresponde probar, según la regla general del Art. 1698”.¹⁰⁹

Estamos de acuerdo con este distingo, y creemos que se fundaría, en último término, en el art. 23 del Código Civil, en cuanto proclama en su parte inicial que “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”. Si se pretendiera por un acreedor que la equivalencia de la culpa lata al dolo sólo opera para aquello que le fuere favorable (el deudor responderá no sólo de los perjuicios directos previstos sino también de los imprevistos; y si los deudores fueren dos o más responderán solidariamente de tales perjuicios), pero no –al pretender lo anterior- para aquello que le fuere desfavorable (se debe probar en tal caso la culpa grave), estaríamos infringiendo el aludido art. 23.

Cabe advertir, sin embargo, que esta asimilación de los efectos de la culpa grave al dolo, no se produce en el art. 1300, a propósito de los albaceas, quienes afrontan consecuencias más severas si actúan dolosamente, y menos severas si actúan culpablemente, aunque incurran en culpa grave. En efecto, si bien en ambos casos podrá solicitarse por los herederos o por el curador de la herencia yacente su remoción, la responsabilidad será distinta según se trate de la culpa grave o del dolo, pues en este último caso, el albacea, además de la remoción, quedará sujeto a las siguientes sanciones:

¹⁰⁷ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, pp. 824 y 825.

¹⁰⁸ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, p. 825.

¹⁰⁹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, p. 825.

- i) Se hará indigno de suceder al causante;
- ii) Deberá indemnizar de todo perjuicio a los interesados; y
- iii) Deberá restituir todo lo que haya recibido por concepto de remuneración.

Somarriva señala que esta distinción entre culpa grave y dolo, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, no se justifica; pero admite que del tenor del art. 1300, no cabe duda que las últimas tres sanciones sólo se aplican si el albacea actuó dolosamente.¹¹⁰

c.2.5.7) El dolo no puede condonarse o renunciarse anticipadamente.

Sólo puede renunciarse una vez cometido, siempre que esta renuncia sea expresa. Hay una doble condición: que se renuncie el derecho del acreedor que la ley le da por la ejecución de un acto doloso por parte del deudor, y que la renuncia sea expresa (art. 1465).

Pero si la ley no permite la condonación del dolo futuro y sólo autoriza la condonación del dolo ya realizado y hecha expresamente, esto no obsta para que las partes puedan modificar la responsabilidad del deudor en caso de dolo (art. 1558). Por consiguiente, los contratantes pueden ampliar o restringir la responsabilidad del deudor, aunque sin llegar a eximirlo por completo.

c.2.6) Cláusulas modificatorias de la responsabilidad.

Teniendo presente lo dispuesto en los incisos finales de los arts. 1547 y 1558, es posible concluir que la responsabilidad normal del deudor puede modificarse por disposición de la ley o por acuerdo de las partes. La responsabilidad del deudor puede resultar así, mayor o menor de lo que sería según las reglas generales. Con todo, puesto que en materia contractual en caso de incumplimiento la culpa se presume, las convenciones por las que se libera al deudor de toda responsabilidad, son extraordinarias y, por lo mismo, si bien son aceptadas, están sometidas a algunas limitaciones.

Tales restricciones, para el profesor Fernando Fueyo Laneri son las siguientes:

- i.- Que no se desmaterialice la esencia del vínculo obligacional;
- ii.- Que no se contravenga el orden público, la moral o las buenas costumbres;
- iii.- Que no se atente contra el principio general de la buena fe ni haya ejercicio abusivo de los derechos;
- iv.- Que no se atente contra la legítima libertad contractual;
- v.- Que no medie en el agente dolo o culpa grave;
- vi.- Que no actúe contra prohibición expresa de la ley;
- vii.- Que no se esté en el campo de los derechos irrenunciables; y
- viii.- Que no se configure un incumplimiento potestativo y voluntario del deudor.¹¹¹

Las cláusulas pueden modificar la responsabilidad en dos sentidos: porque agravan la responsabilidad o porque la atenúan. Las revisaremos en el mismo orden:

- i.- Cláusulas que agravan la responsabilidad:
 - i) Las partes pueden estipular que el deudor responda del caso fortuito: arts. 1547 y 1673.

¹¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 507.

¹¹¹ Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2004, p. 575.

- ii) Las partes pueden estipular que el deudor responda de un grado de culpa que le obligue a emplear una mayor diligencia o cuidado de lo que normalmente le corresponde (art. 2222).
- iii) Las partes pueden estipular que el deudor responda de los perjuicios de una manera más gravosa a la señalada en el art. 1558. Por ejemplo, si hay dolo, que se responderá aún por los perjuicios indirectos; o si hay culpa, que se responderá de los perjuicios directos previstos e imprevistos.

ii.- Cláusulas que atenúan la responsabilidad:

Las partes pueden también estipular que se atenúe la responsabilidad del deudor:

- i) Rebajando el grado de culpa del que ordinariamente se habría respondido; o
- ii) Estipulando que sólo se responderá por los perjuicios directos previstos y no por los directos imprevistos.

Con todo, nunca podrá convenirse que se le exima al deudor de responsabilidad, pues ello equivaldría a condonar el dolo futuro. Por la misma razón, no puede eximirse al deudor de la culpa lata. En otras palabras, la irresponsabilidad del deudor sólo puede referirse a su culpa leve y levísima o a responder por menos perjuicios.

c.2.7) La teoría de la imprevisión.

c.2.7.1) Concepto.

La fuerza mayor o caso fortuito supone un impedimento imposible de salvar para el cumplimiento de la obligación. El hecho que configura tal caso fortuito o fuerza mayor, irresistible o insuperable, hace imposible la ejecución de la obligación, quedando el deudor exento de responsabilidad.

Sin embargo, no existe caso fortuito o fuerza mayor, cuando el cumplimiento de la obligación, sin ser absolutamente imposible, se hace solamente más oneroso o difícil para el deudor.

Circunstancias acaecidas después de celebrar el contrato, que las partes no tuvieron en cuenta al contratar ni pudieron prever razonablemente, pueden originar un estado de cosas que torne el cumplimiento de la obligación extremadamente oneroso para el deudor o a la inversa, gravemente perjudicial para el acreedor.

Ante tal situación, la doctrina se pregunta si pueden los tribunales modificar las estipulaciones de un contrato, cuando el cambio imprevisto e imprevisible de las condiciones vigentes al tiempo de contratar, origina un importante desequilibrio en las prestaciones de las partes.

c.2.7.2) Condiciones del problema de la imprevisión.

La doctrina señala los siguientes requisitos:

- i.- El acontecimiento que trastorna gravemente el equilibrio de las prestaciones de las partes, debe ser imprevisible.
- ii.- El acontecimiento debe ser ajeno a la voluntad de las partes.
- iii.- El acontecimiento debe causar una grave perturbación en las condiciones generales de la vida económica y en el desarrollo general de los negocios.
- iv.- Debe hacerse considerablemente más oneroso el cumplimiento de la obligación y causar al deudor un grave daño. Sólo esta circunstancia justificaría una alteración de los términos del contrato para evitar un exorbitante enriquecimiento de una parte, a expensas de la ruina de la otra.

v.- El contrato debe ser de aquellos de ejecución sucesiva o que importen prestaciones diferidas o a plazo. En los contratos de ejecución instantánea o inmediata no se presenta el problema.

c.2.7.3) Fundamentos de la teoría de la imprevisión.

El problema de la imprevisión trata de resolver el conflicto suscitado entre la necesidad de respetar absolutamente los contratos legalmente celebrados, por una parte, y las razones de equidad que buscan atenuar el rigor de las cláusulas contractuales. La doctrina de la imprevisión intenta encontrar una base sólida para justificar una revisión del contrato, sin atentar con ello contra la necesaria estabilidad contractual, la seguridad jurídica entre los contratantes.

Parte de la doctrina intenta buscar los fundamentos de la imprevisión en los textos positivos: fundamentalmente en el art. 1546, sosteniéndose que una revisión del contrato se justificaría al señalar tal precepto que el contrato debe cumplirse de BUENA FE, aconteciendo ello cuando se ejecuta de acuerdo con la intención de las partes, repugnando a lo anterior que una parte se enriquezca a expensas de la otra en términos no previstos. También en relación al art. 1546 se dice que al obligar los contratos a su ejecución de buena fe, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa. Se agrega que el art. 1545 (principal escollo entre nosotros a la teoría de la imprevisión), considera los casos normales y no los imprevisibles y extraordinarios, y que una interpretación progresiva y justa debería reconocer que la excesiva onerosidad sobreviniente por causas imprevisibles es una laguna legal que debe integrarse por los tribunales, aplicando la equidad, de conformidad al art. 170, N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

Otro fundamento de derecho positivo se encontraría en las normas de interpretación de los contratos (arts. 1560 a 1566), en cuanto la intención de las partes se subentiende en el supuesto que se mantengan las condiciones vigentes al momento de contratar.

Otra parte de la doctrina se aparta de fuentes positivas, e intenta basar la teoría en diversos principios generales del Derecho: algunos estiman que en todo contrato puede subentenderse la cláusula *rebus sic stantibus*, “estando así las cosas”, por la cual las partes quedan obligadas en el entendido que las condiciones generales existentes subsistan al tiempo de la completa ejecución del contrato.

Otros autores fundan la imprevisión en el concepto del abuso del derecho: el acreedor que exige el estricto cumplimiento de lo pactado, no obstante el importante cambio en las circunstancias, abusa de su derecho y comete una grave injusticia.

c.2.7.4) Efectos de la imprevisión.

La doctrina proporciona dos soluciones al problema de la imprevisión:

- i.- Resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente: se faculta al juez para eximir a las partes de las consecuencias no previstas del contrato.
- ii.- Revisión de las estipulaciones del contrato, con el fin de adaptarlas a las nuevas e imprevistas condiciones.

c.2.7.5) La imprevisión en nuestro Derecho.

En general, no se ha admitido, atendido lo dispuesto en el art. 1545. Las obligaciones derivadas del contrato, salvo acuerdo de las partes o circunstancias que de acuerdo con la ley excusan de cumplirlas, deben ejecutarse estrictamente, al tenor de lo

pactado y atendiendo a la verdadera intención de los contratantes, no obstante haberse modificado las condiciones existentes al momento de contraerse dichas obligaciones.

Una demostración de lo anterior encontramos en el art. 1983 del Código Civil, en las normas de arrendamiento de predios rústicos: “El colono no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios, que han deteriorado o destruido la cosecha. / Exceptúase el colono aparcerero, pues en virtud de la especie de sociedad que media entre el arrendador y él, toca al primero una parte proporcional de la pérdida que por caso fortuito sobrevenga al segundo antes o después de percibirse los frutos; salvo que el accidente acaezca durante la mora del colono aparcerero en contribuir con su cuota de frutos”.

La otra posición, ya referida, se fundamenta en los arts. 1546 y 1560.

c.2.7.6) La imprevisión en el Derecho comparado.

Algunos códigos han incorporado en los últimos años la doctrina de la imprevisión. Revisemos un par de casos:

i.- Código Civil francés.

Dispone el art. 1195 del Código Civil francés: “Si un cambio de circunstancias imprevisibles al celebrar el contrato hace a la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir el riesgo, ésta podrá solicitar una renegociación del contrato a su contraparte. La primera deberá continuar ejecutando sus obligaciones durante la renegociación. / Si la contraparte se niega o fracasa la renegociación, las partes podrán acordar la resolución del contrato en la fecha y condiciones fijadas por ellas, o pedir de mutuo acuerdo al juez la adecuación del contrato. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el juez podrá, a solicitud de una de las partes, revisar el contrato o poner fin al mismo, en la fecha y en las condiciones que fije”.¹¹²

Como se puede observar, el primer derecho del contratante afectado por el cambio imprevisto de las circunstancias es el de solicitar a su contraparte una renegociación del contrato. Carecerá de tal derecho, sin embargo, cuando haya aceptado asumir dicho riesgo al momento de contratar. Entendemos que no puede admitirse una cláusula “genérica” o “de estilo”, sino que debiera describirse el riesgo.

Frente a tal solicitud, el contratante que la ha formulado debe continuar cumpliendo con sus obligaciones. La ley, entonces, no autoriza suspender dicha ejecución. En cuanto a los resultados de la solicitud, pueden ocurrir tres cosas: que se renegocie el contrato a satisfacción de ambas partes; que la contraparte se niegue a renegociar; o que la contraparte acceda a renegociar, pero la renegociación finalmente fracase.

En los dos últimos casos, pueden ocurrir tres cosas:

- i) Las partes podrán acordar la “resolución” del contrato, en la fecha y condiciones que ellas fijen. Se trata en realidad de acordar el término anticipado del contrato o eventualmente su resciliación. En el primer caso, las partes poner término a su relación, sin volver atrás; en el segundo caso, se restituyen todo aquello que hubieren dado o pagado en razón del contrato, volviendo atrás.
- ii) Las partes podrán solicitar al juez, de mutuo acuerdo, que proceda a la adecuación del contrato, de manera que morigere el rigor de las prestaciones de cargo del contratante afectado. En este caso, puede que las mismas partes le fijen ciertos parámetros al juez,

¹¹² Artículo modificado por la Ordennance N° 2016-131 de 10 de febrero de 2016, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2016.

dentro de los cuales se debe adecuar el contrato. De no hacerlo, deberán acatar la decisión judicial.

iii) A falta de acuerdo, en un plazo razonable (que deberá deducirse de la complejidad del negocio), el contratante afectado podrá optar por pedir al juez, ya sea la revisión del contrato, ya que declare el término del contrato. Todo ello en la fecha y términos que el juez determine.

ii.- Código Civil y Comercial argentino.

Dispone su art. 1095: “Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

c.2.8) La teoría de los riesgos.

c.2.8.1) Concepto de riesgos.

Designa el peligro de perecer a que está expuesta una cosa, a consecuencia de un caso fortuito, y que pone a una persona en la necesidad de soportar la pérdida consiguiente.

Con mayor precisión jurídica, puede decirse que el riesgo es el peligro de perder un derecho que se tiene sobre una cosa, como consecuencia de su pérdida fortuita.

Autores como Alessandri y Meza Barros limitan el problema de los riesgos a la pérdida fortuita de la especie o cuerpo cierto debido. López Santa María estima que tal interpretación restringida es equivocada, pues circunscribe el problema de los riesgos exclusivamente a la EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR, por la pérdida fortuita del cuerpo cierto que se debía. Agrega López Santa María que aun cuando el legislador haya guardado silencio, también opera la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales si se extingue por imposibilidad de ejecución una obligación DE HACER o DE NO HACER¹¹³. Aludiremos a estas hipótesis al final de esta materia.

c.2.8.2) Condiciones para que se plantee el problema de los riesgos, tratándose de las obligaciones de dar:

i.- La cosa expuesta a perecer debe ser objeto de una obligación. De lo contrario, la cosa perece para su dueño (*res perit domino*).

ii.- La obligación de que la cosa es objeto, debe emanar de un contrato BILATERAL. En el ámbito de los contratos unilaterales, la cuestión de los riesgos no se plantea. En ellos, la pérdida fortuita de la cosa extingue la obligación que sólo nació para una de las partes. Las consecuencias de la pérdida las soporta el acreedor y los riesgos -si cabe usar la expresión- de su cargo. En otras palabras, la única parte que lo tiene pierde el derecho.

En cambio, en los contratos bilaterales, surge el problema de los riesgos que se traduce en determinar si, extinguida la obligación de una de las partes por la pérdida

¹¹³ López Santa María, Jorge, *Los Contratos. Parte General. Tomo II*, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 568 y 569.

fortuita de la cosa que dicha parte debía, subsiste o también se extingue la obligación de la otra parte.

iii.- La pérdida de la cosa debida debe ser fortuita: de lo contrario, la obligación subsiste y varía de objeto. El deudor quedará obligado a pagar el valor de la cosa y a indemnizar al acreedor (art. 1672).

Únicamente la pérdida fortuita de la cosa extingue la obligación y plantea el problema de la subsistencia o extinción de la obligación recíproca.

iv.- La cosa debida debe ser una especie o cuerpo cierto: el género no perece (art. 1509).

v.- La cosa debida debe perecer, mientras está pendiente el cumplimiento de la obligación (art. 1550).

En síntesis, la cuestión de los riesgos se plantea cuando perece fortuitamente la especie o cuerpo cierto que se debe, en virtud de una obligación emanada de un contrato bilateral, encontrándose pendiente su cumplimiento.

c.2.8.3) El problema de los riesgos, en las obligaciones de dar.

Consiste, en los contratos bilaterales, en averiguar si la extinción de una de las obligaciones extingue o deja subsistente la obligación recíproca.

Si la obligación recíproca también se extingue, el riesgo es de cargo del deudor, ya que habrá perdido la cosa y nada recibirá en cambio por tal pérdida (RES PERIT DEBITORI).

Si la obligación recíproca subsiste, el riesgo deberá soportarlo el acreedor, ya que habrá perdido el derecho a reclamar la entrega de la cosa y él por su parte igual deberá cumplir su obligación, sin obtener a cambio prestación alguna del deudor (RES PERIT CREDITORI).

El art. 1550 establece el principio general en la materia: el riesgo será de cargo del acreedor. El mismo principio se recoge en el art. 1820.

El art. 1550 es objeto de críticas, por cuanto al seguir la solución adoptada por el Código francés, pareciera haberse olvidado que en nuestro Derecho, a diferencia del derecho civil francés, de los contratos no surge el dominio, sino sólo derechos personales y obligaciones correlativas. En el derecho francés, puesto que con el solo contrato de compraventa el comprador se hace dueño, era lógico concluir que los riesgos son de su cargo: RES PERIT DOMINO. Obviamente, en nuestro Derecho no es posible justificar el riesgo de cargo del acreedor en el mismo principio. Entre nosotros, rige el principio RES PERIT CREDITORI.

El fundamento del art. 1550 se busca en la supuesta independencia de las obligaciones de las partes, una vez perfeccionado el contrato. Una vez que se han formado las obligaciones, devienen independientes unas de otras, adquieren una existencia propia y deben ser consideradas aisladamente. Esta justificación arranca del Derecho Romano, y específicamente en la concepción primitiva dualista de la compraventa. Concepción según la cual este contrato era materia de dos operaciones diferentes, producto de dos actos jurídicos independientes: la EMPTIO y la VENDITIO. Por la *emptio* el comprador se obligaba a pagar el precio; por la *venditio* el vendedor se obligaba a entregar la cosa. La inejecución de esta última obligación en virtud de caso fortuito dejaba por tanto vigente la otra obligación, la del comprador, puesto que su fuente era otro acto jurídico autónomo. Más tarde, al consolidarse en el Derecho Romano la compraventa como contrato bilateral, como acto jurídico único, se explicó la mantención de la solución *res perit creditori*, afirmándose que si la cosa vendida experimenta mejoras, aumenta el valor entre la fecha

del contrato y la fecha de la tradición, el provecho ha de ser para el comprador, quien no deberá pagar sobreprecio y, recíprocamente, si la cosa se deteriora o perece por caso fortuito, lo normal es decidir que el riesgo, el perjuicio, sea para el mismo comprador. Se compensa entonces el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos con el eventual provecho de las mejoras (tal cosa se consagra en nuestro art. 1820).

No parece ser una solución equitativa en nuestro Derecho, considerando que el acreedor, mientras no medie tradición, aun no es dueño. Tal como sostenía Pufendorf en el Siglo XVII, que combatió enérgicamente la solución romana, el riesgo debiera ser del vendedor hasta el momento de la tradición.

c.2.8.4) Excepciones a la regla *res perit creditori* en nuestro Derecho:

i.- Los riesgos son de cargo del deudor que se encuentra en mora: art. 1550 en relación con el art. 1547, inc. 2°.

ii.- También son de cargo del deudor cuando se hubiere comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: art. 1550. Se sanciona aquí la mala fe del deudor, y más específicamente, el fraude (art. 1817 del Código Civil).

iii.- Cuando el deudor ha tomado sobre sí la responsabilidad del caso fortuito por un pacto expreso (art. 1547).

iv.- El riesgo de pérdida fortuita de la cosa debida bajo condición es de cargo del deudor (art. 1486, inc. 1°). Si la cosa perece pendiente la condición, aunque ésta se cumpla posteriormente, el acreedor ya no está obligado a ejecutar la prestación. El art. 1820 aplica igual criterio respecto a la venta condicional: si perece la cosa vendida pendiente la condición, el riesgo de pérdida es para el vendedor, sin que el comprador deba pagar el precio.

v.- En las obligaciones de género limitado, el riesgo de la pérdida lo soporta el deudor, mientras existan otras cosas del género (si el género fuere ilimitado, la teoría de los riesgos no opera). Ejemplo de género limitado: entregar una pintura de Juan Francisco González; ejemplo de género ilimitado: entregar un caballo.

vi.- El arrendamiento expira por la destrucción total de la cosa arrendada (art. 1950 N° 1). Dicha destrucción pone fin a las obligaciones de ambas partes. El riesgo es para el arrendador, y como él es casi siempre dueño, estamos ante una aplicación del principio *res perit domino*.

vii.- En la compraventa al peso, cuenta o medida, cuando dichas operaciones se realizan para determinar la cosa misma objeto del contrato, el riesgo será de cargo del vendedor –deudor de la cosa-, mientras no se realice la respectiva operación (art. 1821).

viii.- En la compraventa a prueba o al gusto, el riesgo será de cargo del vendedor –o sea, deudor de la cosa-, mientras el acreedor –comprador de la cosa-, no manifieste su aprobación (art. 1823).

c.2.8.5) El problema de los riesgos en el Derecho Comparado.

En el Derecho Comparado, la solución moderna, basada en la INTERDEPENDENCIA de las obligaciones que genera el contrato bilateral, es la opuesta a la vigente en Chile: LOS RIESGOS SON PARA EL DEUDOR. Extinguida la obligación del deudor por imposibilidad de ejecución, se extingue también la obligación recíproca del acreedor. Revisemos algunos ejemplos. Así, el Código Civil italiano dispone en su art. 1463: “En los contratos con prestaciones recíprocas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no puede pedir la contraprestación, y deberá restituir lo

que ya hubiese recibido, de acuerdo con las normas relativas a la repetición de lo indebido”. El Código Civil y Comercial argentino también aplica el principio RES PERIT DEBITORI, en su art. 755: “Riesgos de la cosa. El propietario soporta los riesgos de la cosa. Los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la imposibilidad de cumplimiento” (la norma es similar a la que se contemplaba en el antiguo Código Civil argentino, en su art. 578: “Si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes”).¹¹⁴ Lo mismo acontece en el Código alemán, en el que se dispone, en su parágrafo 323, inciso 1º: “Si la prestación que incumbe a una de las partes por virtud de un contrato sinalagmático se hiciera imposible por consecuencia de una circunstancia de que no deba responder ninguno de los contratantes, perderá esta parte el derecho a la contraprestación”; El Código Civil peruano, por su parte, en su art. 1431, establece: “En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido. Empero, las partes pueden convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor”. El Código Civil español, en su art. 1182, dispone a su vez: “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.”

c.2.8.6) La teoría de los riesgos tratándose de las obligaciones de hacer y de no hacer.

Como indicábamos, la doctrina nacional y nuestro Código Civil no se ha detenido a examinar el problema de los riesgos en las obligaciones de hacer y no hacer, circunscribiendo la cuestión únicamente al caso de imposibilidad de ejecución de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto.

López Santa María¹¹⁵, partiendo de la premisa que el art. 1550 no resuelve el problema, se pregunta qué acontece, ante la imposibilidad de ejecución de una obligación de hacer o de no hacer, con la obligación correlativa. ¿Se extingue también ésta, siendo el riesgo para el deudor? ¿Debe cumplirse la obligación correlativa, siendo el riesgo para el acreedor?

Formula el siguiente ejemplo, para ilustrar la cuestión: una empresa de turismo anuncia un viaje para visitar diversos lugares de interés turístico en Perú y Bolivia. Realiza gastos de publicidad, paga remuneraciones y honorarios, arrendamientos de aviones,

¹¹⁴ Vélez Sarsfield comenta al efecto, en una nota al artículo 578 del antiguo Código Civil Argentino, que en el caso del Código Civil francés, la pérdida fortuita de la especie que se debe sólo resuelve la obligación del deudor, subrayando que “No es extraño que así lo dispongan también el Cód. francés y los demás códigos que convierten el título en modo de adquirir, pues las cosas perecen, se deterioran y se aumentan para su dueño; pero parece ilógico que nuestras leyes que declaran que no se adquiere el dominio de las cosas con sólo el título, si no es seguido de la tradición, dispongan que el peligro de la cosa, que es el objeto de una obligación de dar, sea de cuenta del acreedor, aun antes de la tradición, fundadas en el principio de que el deudor de cosa cierta se libra de la obligación de entregarla, cuando perece sin su culpa. Esto es confundir el derecho personal con el derecho real. El derecho personal que se constituye por la obligación, no da derecho alguno en la cosa, y sin embargo se le constituyen las consecuencias del derecho real; para él perece la cosa, para él se aumenta, y de su cuenta son la mejora o deterioro. Nuestro artículo también libra al deudor de cosa cierta de la obligación de entregarla, si perece sin su culpa, pero lo libra disolviendo la obligación, y no dejando obligado al acreedor.”: Código Civil de la República Argentina, Buenos Aires, Edición 2004, LexisNexis Abeledo-Perrot, p. 132.

¹¹⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 567 y 568.

reservas de hotel, etc. Los consumidores interesados pagan sus boletos y gastos o adelantan parte de los mismos. Pero ocurre que una grave inundación o un terremoto hacen imposible realizar el viaje planeado. La obligación de hacer de la empresa se extingue, dada la fuerza mayor, por imposibilidad de ejecución. ¿Qué ocurre con la obligación de pagar el precio que pesa sobre cada uno de los clientes? ¿Subsiste o también se extingue?

De aplicar por analogía los arts. 1550 y 1820, resultaría que también en las obligaciones de hacer o de no hacer el riesgo sería para el acreedor: en el ejemplo, los frustrados viajeros igual deberían pagar a la empresa de turismo. La extinción de la obligación del deudor por imposibilidad de ejecución la soportaría la contraparte.

Piensa López Santa María que tal alternativa debe ser rechazada. Afirma que el principio *res perit creditori* está desprestigiado, como lo demuestran las alusiones al Derecho comparado. Concluye que en nuestro Derecho, tratándose de las obligaciones de hacer y de no hacer, el riesgo de la imposibilidad fortuita de cumplir la obligación la soporta el deudor. La estrecha interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato bilateral, la equidad y la buena fe, sirven de asidero para esta conclusión. Por ende, la obligación correlativa del otro contratante también ha de extinguirse.

C.3) Que el deudor se encuentre en mora.

c.3.1) Generalidades.

Esta exigencia se encuentra expresamente formulada en el art. 1557. Está corroborada en el art. 1538, quedando en claro que aún cuando se hubiere pactado indemnización de perjuicios anticipadamente por las partes en virtud de cláusula penal, será necesario constituir en mora al deudor.

Como el art. 1557 y el art. 1538 no distinguen entre indemnización moratoria y compensatoria, se concluye que ambas requieren para hacerse exigibles, constituir en mora al deudor.

Esta regla no rige sin embargo en todas las obligaciones, sino sólo en las de dar y en las de hacer; en las obligaciones de no hacer, no es necesario porque no es ella posible; la indemnización de perjuicios en estas obligaciones se debe desde el momento de la contravención: si el deudor ejecuta lo prohibido, ya no cabe hablar de mora; en el instante preciso en que el deudor hace lo que no debe hacer, hay infracción de la obligación y no retardo en el cumplimiento. Así lo disponen expresamente los arts. 1557 y 1538.

¿En qué consiste la mora? ¿Cuándo se puede decir que el deudor está constituido en mora? Si observamos diversas disposiciones del Código Civil, constataremos que en ellas la ley ha señalado una época en la cual el deudor debe cumplir su obligación. Así, por ejemplo, arts. 1826, 1872, 1944, 2180.

Para determinar si hay sólo RETARDO o si efectivamente ya existe MORA, es necesario formular un distingo, según si la obligación tiene origen contractual u otra fuente, y en el primer caso, según si se estipuló o no un plazo para cumplirla.

Si la obligación tiene origen en un contrato y se estipuló plazo para su pago, en principio el deudor estará en mora si dicho plazo transcurre y no ha cumplido. En efecto, se puede afirmar en este caso que la sola llegada del plazo constituye en mora al deudor, produciéndose de manera automática la “interpelación” del acreedor. Se entiende por tal la comunicación que el acreedor le formula al deudor, en orden a que el incumplimiento le está ocasionando un perjuicio. Ahora bien, si las partes al contratar estipularon un plazo para que el deudor cumpliera, de manera anticipada el acreedor le está comunicando al

deudor que de no cumplir éste en el plazo convenido, se le ocasionará un perjuicio al acreedor. Por ello, no es necesario, para constituir en mora, que el acreedor le formule al deudor una nueva interpelación, pues ésta va implícita en el contrato y opera en el momento mismo que se produce el incumplimiento. Con todo, habrá retardo y no mora, si a pesar de haberse cumplido el plazo que tenía el deudor para pagar, éste no lo hace a consecuencia de un hecho no imputable a su voluntad, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor. En tal caso, mientras subsista el obstáculo que configura el caso fortuito o la fuerza mayor, el deudor no se entenderá en mora. Habrá simple retardo (que no autoriza al acreedor para demandar) pero no mora (que sí autoriza).

Si la obligación tiene origen en un contrato, pero no se estipuló plazo para su pago, habrá retardo pero no mora, mientras el acreedor no haga saber a su deudor que el incumplimiento le está causando un perjuicio. Esta comunicación, como dijimos, se denomina “interpelación”, y debe ser hecha mediante un requerimiento judicial. Hecha ésta, el estado del deudor mutará desde el retardo a la mora.

Si la obligación tiene un origen no contractual (vale decir, emana de un delito, cuasidelito, cuasicontrato o de la ley), no cabe la exigencia de la mora para demandar; en rigor, aquí no opera la noción de mora, pues en estos casos no podemos encontrarnos ante un retardo culpable, pues no existía un vínculo jurídico previo (al menos, en el caso de un delito, de un cuasidelito y de un cuasicontrato, casos en los cuáles el vínculo se origina por la comisión del hecho ilícito o al realizar un hecho lícito pero no convencional; tratándose de las obligaciones creadas por la ley, como por ejemplo la de proporcionar alimentos, el vínculo existe, pero el propio legislador aclara que los alimentos sólo se deben desde que ellos se demandan).

c.3.2) Concepto de mora.

De lo expuesto, puede definirse la mora como *el retardo imputable en que incurre el deudor en el cumplimiento de la obligación, que persiste después de la interpelación del acreedor.*

c.3.3) Requisitos de la mora:

- i.- Que haya retardo en el cumplimiento de la obligación.
- ii.- Que el retardo sea imputable al deudor: que provenga del hecho o culpa del deudor y con mayor razón del dolo. El retardo fortuito no constituye en mora al deudor (arts. 1558, inc. 2º; 1873; 1826).
- iii.- Que el acreedor interpele al deudor (con la salvedad explicada, en orden a que si se estipuló plazo para el pago, la sola llegada de éste supone una interpelación automática por parte del acreedor).

c.3.4) Interpelación del acreedor.

El art. 1551 reglamenta la forma como debe hacerse la interpelación por el acreedor, para constituir en mora al deudor. En dicho precepto, y tal como lo explicamos, el Código Civil adopta el principio de que la estipulación de un plazo importa suficiente interpelación, es una interpelación anticipada. A falta de plazo estipulado, es necesario que el acreedor haga al deudor una interpelación formal, recurriendo a los tribunales.

Del análisis de los tres casos enumerados por el art. 1551, se desprende que la regla general es la que señala el número 3 de la disposición.

Revisemos a continuación cada numeral:

i.- Art. 1551, N° 1: “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 constituirle en mora”. Se trata de la *interpelación contractual expresa*.

Se requiere haber *estipulado* un plazo, lo que implica que la regla sólo es aplicable para las obligaciones que derivan de un contrato. Se trata entonces de un plazo *convencional* y además *expreso*.

Por eso, la jurisprudencia ha dicho que la obligación que pesa sobre un heredero de pagar un legado dentro de cierto plazo, no supone la mora en caso de no cumplirla en el término fijado por el causante, porque no hubo “estipulación” de por medio, sino una disposición del testador. A igual conclusión se arriba, si el deudor deja pasar un plazo fijado por la ley.

Se denomina a esta hipótesis del N° 1 del art. 1551 “interpelación contractual por cuanto en el contrato las partes han fijado el momento del cumplimiento, con lo cual se considera que el acreedor ha manifestado a su deudor que hasta esa fecha puede esperarlo, y desde que se vence, el incumplimiento le provoca perjuicios. Cumplido el plazo se van a producir coetáneamente tres situaciones jurídicas: exigibilidad, retardo y mora. Y se la llama expresa para diferenciarla del caso del N° 2 del precepto en que la hay tácitamente”.¹¹⁶

La regla del N° 1 del art. 1551 tiene excepciones sin embargo, en los casos en que la ley exige, a pesar de existir plazo estipulado, “que se requiera al deudor para constituirle en mora”. En estos casos, el deudor no estará en mora, no obstante haber expirado el plazo estipulado. Se señalan como tales casos excepcionales:

i) El del art. 1949, que exige requerir al arrendatario para constituirlo en mora de su obligación de *restituir la cosa*: “Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa mueble o inmueble arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él compete como injusto detentador”. En este caso, se exige *un requerimiento* para constituir en mora al arrendatario de su obligación de restituir la cosa objeto del arrendamiento. En este caso, además, el contrato *ya está terminado*.

ii) El del art. 1977, que respecto del arrendamiento de inmuebles, exige hacer *dos reconvenciones de pago* al arrendatario, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, en caso de mora de un período entero en el *pago de la renta*¹¹⁷: “La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días”. En este caso, el contrato *aún está vigente*.

Algunos mencionan el caso del art. 1538, inc. 1°, referido a la cláusula penal, que dispone: “Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva”.

¹¹⁶ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 873.B, p. 859.

¹¹⁷ El inc. 1° del art. 10 de la Ley N° 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos, dispone: “Cuando la terminación del arrendamiento se pida por falta de pago de la renta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1977 del Código Civil, la segunda de las reconvenciones a que dicho precepto se refiere se practicará en la audiencia de contestación de la demanda”.

En realidad, en éste último caso, no hay excepción a la regla general enunciada en el art. 1551, N° 1. En efecto, lo único que expresa el art. 1538 es que la pena no podrá exigirse, tratándose de una obligación positiva, si el deudor no se encuentra en mora. Ahora bien, lo estará, si habiéndose estipulado un plazo, éste ha transcurrido y el deudor no ha dado cumplimiento a su obligación. En cambio, si no se estipuló plazo, el deudor sólo estará en mora una vez requerido por el acreedor, conforme al N° 3 del art. 1551.

ii.- Art. 1551, N° 2: “El deudor está en mora (...) 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”.

Hay aquí una *interpelación contractual tácita*, deducida de la naturaleza de la obligación, del objeto que las partes persiguen al contraerla. En este caso, hay también una estipulación de plazo, pero no expresa, sino presumida por la naturaleza de la obligación. La finalidad que las partes han perseguido al contraer la obligación está manifestando claramente que ella no puede ser cumplida útilmente y en forma beneficiosa para el acreedor, sino dentro de una determinada época, de manera que si el deudor no la cumple, originará un perjuicio al acreedor. En este caso, basta entonces que el deudor haya dejado pasar la época en la cual la obligación pudo cumplirse útilmente, para que quede constituido “en mora” sin necesidad de requerimiento judicial del acreedor.

En verdad, en estas obligaciones existe también un plazo estipulado, tácito esta vez (art. 1494: “el indispensable para cumplirlo”).

Abeliuk proporciona el siguiente ejemplo: se encarga una construcción por un industrial para una exposición, que de nada serviría al acreedor si se le pretende entregar una vez que ella ha transcurrido.¹¹⁸

Por nuestra parte, proponemos el siguiente ejemplo: cinco meses antes del inicio de un Campeonato Mundial de Fútbol (al que nuestra selección logró clasificar al ganar el repechaje a un equipo de Oceanía), una multitienda solicita a sus proveedores de televisores que tripliquen los equipos que usualmente le entregan, con el objeto de llevar a cabo una agresiva campaña propagandística, destinada a vender un número mucho mayor que el habitual. Como resulta lógico, no podría el proveedor entregar los equipos cuando ya se está disputando la tercera ronda del referido Mundial, a la que, eventualmente, nuestra selección podría no haber accedido. Lo razonable habría sido entregarlos un par de meses antes del inicio de la justa deportiva.

iii.- Art. 1551, N° 3: “El deudor está en mora (...) 3°. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

Constituye la regla general, se aplica cada vez que no haya un plazo estipulado, expreso o tácito o si, habiéndolo, la ley exige que se requiera al deudor.

Quedan comprendidas en este numeral:

- i) Las obligaciones puras y simples, o sea aquellas en que no se señala plazo;
- ii) Las obligaciones que tienen un plazo legal;
- iii) Las obligaciones condicionales;
- iv) Las obligaciones testamentarias;
- v) Las obligaciones derivadas de un contrato bilateral cuando ninguna de las partes las ha cumplido oportunamente.

¹¹⁸ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 874.C, pp. 860 y 861.

En todas estas obligaciones, constituirá en mora al deudor la demanda formal que el acreedor entable para reclamar el cumplimiento de la obligación. Asimismo, pondrá en mora al deudor la demanda en que se pida la resolución del contrato. La demanda debe interponerse en forma, vale decir cumpliendo con lo preceptuado en el Código de Procedimiento Civil.

c.3.5) Excepción a la regla del art. 1551: “la mora purga la mora” o “excepción de contrato no cumplido”.

El art. 1552 establece una importante excepción a las reglas del art. 1551: aunque se haya estipulado un plazo o requerido al deudor, éste no se encontrará en mora si su acreedor, que es a la vez su deudor, no ha cumplido o está pronto a cumplir su obligación recíproca.

En la compraventa, el art. 1826, inc. 3º, recoge este principio. Dispone este precepto: “El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él. / Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. / Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. / Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”.

El art. 1552 señala uno de los importantes efectos que produce la reciprocidad de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral: la mora de un contratante sana la mora del otro, “la mora purga la mora”. Dispone el precepto: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

La frase final “...o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”, deja en claro dos posibilidades:

i.- Que el demandante *dé principio a la ejecución de su obligación*: así, por ejemplo, dice Abeliuk, depositando la cosa debida para ser entregada al comprador una vez que este pague el precio.¹¹⁹ La situación a que alude Abeliuk es la descrita en el art. 1872 del Código Civil, que expresa: “El precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario. / Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio”.

ii.- Que el demandante podría tener aún plazo para cumplir con sus obligaciones, mientras que el demandado no lo hizo y el plazo que tenía para hacerlo expiró.

En cambio, si el demandante tampoco ha cumplido y expiró el plazo que tenía para hacerlo, su demanda no podrá prosperar.

De esta manera, no es necesario que el acreedor que demanda haya cumplido su obligación correlativa. Basta que esté pronto o llano a cumplirla.

Sus requisitos son:

¹¹⁹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., p. 944.

- i) Tiene lugar en los contratos bilaterales.
- ii) Las obligaciones recíprocas deben cumplirse simultáneamente o si tenían plazos diferenciados, ellos han transcurrido para ambos: las obligaciones de ambas partes, tienen que haberse hecho exigibles.
- iii) Buena fe del que opone la excepción: aunque el Código Civil no lo exige en forma expresa, la doctrina subraya que este es un requisito de la esencia de la institución. Con ello, se evita que esta excepción se transforme en una herramienta del demandado, para dilatar su cumplimiento o derechamente para no cumplir. De ahí que se afirme que la excepción no podría oponerse ante un incumplimiento insignificante del demandante, como si un comprador –ejemplifica Abeliuk-, pretendiera negarse a pagar el precio de la compraventa de un inmueble, porque una llave de la casa está en mal estado.¹²⁰

c.3.6) Efectos de la mora del deudor:

- i.- Da derecho a exigir indemnización de perjuicios, con arreglo a los arts. 1557 y 1537. Es el efecto fundamental de la mora.
- ii.- Hace responsable al deudor del caso fortuito sobrevenido durante su mora (arts. 1547 y 1672); sin embargo, la responsabilidad del deudor se aminora si el caso fortuito es de aquéllos que habrían sobrevenido igualmente si la cosa se hubiere encontrado en poder del acreedor. Es decir, pone a cargo del deudor los riesgos de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se deba (art. 1550). Se invierte entonces el principio general que pone de cargo del acreedor la pérdida de la cosa debida. Si hay mora del deudor, opera el principio *res perit debitori*.

c.3.7) Mora del acreedor.

Tiene el acreedor la obligación de recibir en la oportunidad convenida, lo que el deudor a su vez está obligado a entregarle. Pero puede suceder que el acreedor no quiera recibir la cosa y deje al deudor en la imposibilidad de satisfacer su obligación. La situación a que da origen esta actitud del acreedor es lo que constituye “la mora” del acreedor, la *mora accipiendi*, a la cual se refieren especialmente los arts. 1548, 1680 y 1827. Establecen estos preceptos lo siguiente:

- i.- Art. 1548, en las normas generales referidas al efecto de las obligaciones: “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”.

Como puede observarse, la parte final del artículo se refiere al acreedor que se encuentra “en mora de recibir” el cuerpo cierto que se le debe.

- ii.- Art. 1680, en las normas que se refieren a la pérdida de la cosa que se debe (que también ha de ser un cuerpo cierto): “La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo”.

El precepto alude al acreedor que incurre en “retardo” en recibir la cosa.

- iii.- Art. 1827, en las reglas de la compraventa, al regularse la obligación de entregar la cosa que pesa sobre el vendedor: “Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y

¹²⁰ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., p. 945.

el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave”.

Aunque en el primero y en el tercero de estos artículos se alude correctamente a la “mora” y en el segundo sólo al “retardo”, se ha entendido que “para estos efectos mora y retardo es lo mismo, porque ya ha habido actividad del deudor, que pretende cumplir”.¹²¹

Cabe precisar que el acreedor queda constituido en mora únicamente después que la cosa debida le ha sido ofrecida por el deudor. La oferta del deudor equivale a la interpelación del acreedor y encuentra su justificación en el mismo orden de consideraciones.

No ha expresado la ley cómo debe hacerse la oferta. Tres soluciones posibles se han propuesto:

i.- Para algunos, parece lógico que se verifique la oferta de acuerdo al art. 1600, es decir mediante el pago por consignación.

ii.- Para otros, ante el silencio del legislador habría que aplicar por analogía el N° 3 del art. 1551, de manera que sería necesario un requerimiento judicial hecho por el deudor al acreedor.

iii.- Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, bastaría cualquier ofrecimiento del deudor, aun extrajudicial, para colocar en mora al acreedor, ya que el art. 680 no exige ninguna formalidad a la notificación.¹²²

Abeliuk expresa que no existe una forma determinada, sino que, en cada caso, el juez deberá resolver si realmente hubo de parte del deudor una intención seria de cumplir y del acreedor una negativa injustificada a recibir.¹²³

Los efectos de la mora del acreedor son los siguientes:

i.- Descarga al deudor del cuidado ordinario de la cosa, y le hace responsable sólo de culpa lata o dolo (arts. 1680 y 1827). La mora del acreedor atenúa la responsabilidad del deudor, pero no lo exime totalmente de ella (art. 1827).

ii.- El acreedor debe indemnizar al deudor por los perjuicios que su mora le ocasione (art. 1827). Así, por ejemplo, si el acreedor se niega a recibir productos perecibles, y el deudor se ve en la necesidad de arrendar un frigorífico para evitar su deterioro o pérdida.

iii.- La mora del acreedor no justifica el incumplimiento de la obligación por el deudor, no lo exonera de la ejecución de lo convenido. El deudor debe pagar por consignación.

C.4) Necesidad de que haya perjuicios.

c.4.1) Concepto de perjuicio.

Se entiende por tal, toda disminución del patrimonio del acreedor, así como la pérdida de la legítima utilidad que debía reportarle el contrato, y de que el incumplimiento le priva. Asimismo, debemos incluir en la noción de perjuicio aquél que resulta de un daño puramente moral. En la esfera contractual, el daño moral consistirá en el dolor, aflicción o menoscabo que experimenta un individuo en su persona, a consecuencia del incumplimiento en que incurre su contraparte del contrato. El perjuicio, entonces, puede recaer en el *patrimonio* y/o en la *persona* del contratante afectado por el incumplimiento.

¹²¹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 881, p. 866.

¹²² Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 882, pp. 866 y 867.

¹²³ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 882, p. 867.

c.4.2) Prueba de los perjuicios.

Por regla general, incumbe al acreedor, como aplicación de la norma general del art. 1698. Se altera la regla anterior, excepcionalmente:

- i.- En las obligaciones que consisten en el pago de una suma de dinero; y
- ii.- En la cláusula penal.

En estos dos casos, el acreedor no necesita probar perjuicios.

C.5) Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios.

Los perjuicios que se indemnizan son los que provengan del incumplimiento. Como expresa Messineo –citado por Ramos Pazos–, debe existir un nexo o relación inmediata, de causa a efecto, entre el acto o hecho del hombre (acción u omisión) y el evento o daño, de manera que se pueda inferir de ese nexo que el daño no se habría verificado sin aquel acto, premisa necesaria para la verificación del daño. En el Código Civil, esta exigencia se desprende de los artículos 1556 (“...ya provengan...”) y 1558 (“...los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa...”). Una consecuencia de lo anterior, es que no se indemnizan los perjuicios indirectos, ni siquiera por haberse incumplido la obligación dolosamente.¹²⁴

C.6) Que no concurra una causal de exención de responsabilidad.

En algunos casos, se restringe la indemnización de perjuicios sólo al daño patrimonial, excluyendo al daño moral (por ejemplo, al disponer el artículo 19, N° 24 de la Constitución Política de la República que en caso de expropiación, “El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”), y en otros, se excluye el lucro cesante (por ejemplo, artículos 1930 y 1933, en el arrendamiento) o incluso toda indemnización (art. 1934, en el arrendamiento).

9.6. La determinación o evaluación de los perjuicios.

Concurriendo todos los requisitos necesarios para la indemnización de perjuicios, es preciso ahora estudiar cómo se determinan o avalúan dichos perjuicios, es decir, cómo se llega al monto o cuantía de lo que a título de perjuicios, el deudor debe pagar al acreedor.

Esta determinación del monto de los perjuicios debe hacerla la ley, el juez o las partes, y según quien la haga, se llama respectivamente evaluación legal, judicial y convencional.

Según veremos, la evaluación legal sólo se refiere a la indemnización moratoria. La evaluación judicial y la convencional, comprenden tanto la indemnización compensatoria como la moratoria.

a) Evaluación o liquidación legal de los perjuicios.

a.1) Obligaciones en que la ley avalúa los perjuicios.

¹²⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., pp. 244 y 245.

La ley sólo lo hace en las obligaciones que tienen por objeto el pago de una cantidad de dinero, las llamadas “obligaciones de dinero en su origen” (art. 1559).

En este caso, consiste la avaluación en agregar a la deuda los intereses convencionales, los legales o los corrientes, según los casos, liberándose al acreedor de probar perjuicios.

a.2) Características de la avaluación legal de los perjuicios:

1° Es supletoria y excepcional. Es supletoria de la voluntad de las partes, porque se aplica sólo en el caso de faltar pacto expreso al respecto, en forma de cláusula penal. Es excepcional, porque no se refiere al incumplimiento de cualquier tipo de obligación: sólo a las de dinero en su origen.

2° Corresponde a indemnización moratoria únicamente. En efecto, la indemnización compensatoria consiste en una suma de dinero que sustituye al objeto de la obligación. Esta transformación requiere, como es obvio, que el objeto debido no sea dinero. En el caso que nos ocupa, además del capital adeudado (objeto de la obligación, que por ende, dado que es una suma de dinero, no puede ser motivo de “compensación” alguna), deberán pagarse intereses por la mora (art. 1559).

3° Los perjuicios se presumen, hasta concurrencia de cierta medida. Por eso, el acreedor que sólo cobra intereses, no necesita probar perjuicios, queda exonerado de la prueba. Constituye esta característica una excepción a las reglas generales (art. 1559 N° 2).

El monto de la indemnización está constituido por tasas fijas, equivalentes a porcentajes sobre el capital adeudado, que son los intereses convencionales, corrientes o legales.

4° Los perjuicios se representan aquí con un equivalente en el hecho: “intereses”.

La primera regla del art. 1559 distingue entre las tres clases de intereses a que hemos aludido.

El interés legal, como su nombre lo dice, es el que fija la ley directamente, como tasa que debe aplicarse en los casos generales. En Chile, el “interés legal” equivale en realidad al interés corriente, conforme al art. 19 de la Ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero. Establece dicho precepto que se aplicará el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran al interés legal o al máximo bancario.

La “tasa de interés corriente” es *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 art. 5° de la Ley N° 18.010 (art. 6°). Estas operaciones excluidas son las siguientes: i) las que se pacten con instituciones o empresas bancarias o financieras, extranjeras o internacionales; ii) las que se pacten o expresen en moneda extranjera para operaciones de comercio exterior; iii) las operaciones que el Banco Central de Chile efectúe con las instituciones financieras; y iv) aquellas en que el deudor sea un banco o una sociedad financiera.

Corresponde a la “*Comisión para el Mercado Financiero. Bancos e Instituciones Financieras*” determinar las tasas de interés corriente, cada 30 días, publicándose un “Certificado mensual de tasas de interés corriente y máximo convencional” los días 15 de cada mes en el Diario Oficial, cuya vigencia se extenderá hasta el día 14 del mes siguiente. La Comisión puede distinguir, al determinar las tasas:

i.- Entre operaciones en moneda nacional, reajustables o no reajustables;

- ii.- Entre operaciones en una o más monedas extranjeras o expresadas en dichas monedas o reajustables según el valor de ellas;
- iii.- Según el monto de los créditos.

El “interés convencional” tiene restricciones legales que se traducen en el denominado “interés máximo convencional”. Es aquél estipulado por las partes. Estas pueden estipular la cantidad de interés sobre el capital, sea este reajustado o no. Esta facultad se encuentra limitada por la ley sin embargo (salvo en los cuatro casos señalados en el art. 5), disponiéndose que no podrá estipularse un interés que exceda el producto del capital respectivo y la cifra mayor entre:

- i) 1,5 veces la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención, según determine la Comisión para el Mercado Financiero para cada tipo de operación de crédito de dinero, y,
- ii) La tasa de interés corriente que rija al momento de la convención incrementada en dos puntos porcentuales anuales, ya sea que se pacte tasa fija o variable.

Este límite de interés se denomina *interés máximo convencional* (art. 6, inc. final).

a.3) Qué intereses deben pagarse.

Del art. 1559, N° 1, se desprenden las siguientes reglas:

1° Se deben los legales (corrientes) si nada se ha dicho para el caso de “mora”, o si se ha expresado que se cobrarán intereses a partir de la mora sin especificarlos o si se han estipulado en una tasa inferior al interés legal. Esta última norma, es doblemente excepcional: i) porque altera el principio de que el contrato ha de interpretarse en favor del deudor (art. 1566); y ii) porque altera el principio de la fuerza obligatoria del contrato o “ley del contrato”, pues el acreedor queda facultado para cobrar intereses mayores a los pactados.

2° Se deben los convencionales que hayan fijado las partes, aunque con la limitación del “máximo convencional”.

3° Si los intereses convencionales son inferiores al interés legal, se debe éste último a partir de la mora (norma protectora de los derechos del acreedor).

4° Si los intereses estipulados superan el máximo permitido, entra en juego el art. 2206: se rebaja el interés al interés corriente.

En esta materia, debemos tener presente que los intereses legales (corrientes), corren sólo sobre la deuda líquida, según la opinión dominante. Con todo, algunos autores sostienen que sería más valioso hacer devengar intereses a la deuda, aún desde que era ilíquida. Operaría aquí con efecto retroactivo, desde el momento que era exigible la deuda. De otro modo, se estaría perjudicando al acreedor, sobre la base de un aprovechamiento injusto del deudor.

Cuando se trata de una deuda líquida, los intereses podrían correr desde el simple retardo, desde la reconvencción judicial o desde la sentencia que declare la obligación. La doctrina está en favor del pago de intereses desde el simple retardo, desde el momento de ser exigible la suma de dinero adeudada, única manera de cautelar los intereses del acreedor y de evitar la injusticia que significa condicionar su derecho a formalidades que sirven para proteger el comportamiento ilícito del deudor. Por lo demás, se agrega que no hay que perder de vista que se trata de una liquidación de perjuicios legal, mínima y prudente, que no admite nuevas reducciones por la vía de interpretaciones “*pro-debitori*”, pro-deudor.

a.4) Extensión del pago de intereses como indemnización de perjuicios.

Algunos autores han sostenido que mediante el pago de intereses por la “mora” se agota la indemnización de perjuicios proveniente del pago atrasado de una suma de dinero. Conforme a esta tendencia, con el pago de intereses deben entenderse indemnizados todos los perjuicios.

Otros autores estiman que la conclusión anterior no es acertada, porque en muchos casos va a contradecir el fondo sustantivo de la indemnización de perjuicios, que busca el restablecimiento efectivo del desequilibrio ocasionado por el incumplimiento del deudor.

Podría cobrarse en consecuencia una cantidad mayor que la resultante por concepto de intereses, pero con una salvedad: tendrá que rendirse la prueba respectiva por quien los alega, vale decir, por el acreedor. Así se desprende de la segunda regla del art. 1559, interpretada *a contrario sensu*.

a.5) El anatocismo.

Es el interés que producen los intereses devengados, que están impagos y se han añadido al capital desde el día en que debieron pagarse. Corresponde al interés calculado sobre intereses capitalizados.

También se designa por “anatocismo” el pacto mismo que da lugar al cobro de intereses que tienen por fuente otros intereses.

A este respecto, nuestro Código Civil dispuso que “los intereses atrasados no producen interés” (N° 3 del art. 1559). En el mismo sentido, el art. 2210 del Código Civil, hoy derogado, establecía la prohibición de estipular intereses sobre intereses. Estas prohibiciones, sin embargo, ya no rigen, atendido lo dispuesto por el art. 28 de la Ley N° 18.010, que derogó el art. 2210. Aún más, el art. 9 de la citada ley, autoriza expresamente el anatocismo, aunque con ciertas restricciones. Incluso, se presume el anatocismo, salvo pacto en contrario, en el ámbito de las obligaciones regidas por la Ley N° 18.010: “los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario”.

b) Evaluación o liquidación judicial de los perjuicios.

b.1) Cuándo tiene lugar.

Es la que hace el juez y en la práctica es la forma más frecuente de evaluar los perjuicios. Tiene lugar cada vez que las partes no han convenido en el monto de la indemnización o cuando la ley no regula los perjuicios.

La evaluación judicial de los perjuicios supone que se entable una demanda, que se tramita como juicio ordinario. El Código de Procedimiento Civil permite al respecto dividir la discusión en dos etapas: permite discutir en un juicio la procedencia de la obligación de indemnizar los perjuicios y reservarse, para un juicio posterior, la discusión acerca de la naturaleza y monto de los perjuicios.

Dispone el art. 173 del Código de Procedimiento Civil: “Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia. / En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso”.

b.2) Qué comprende la indemnización de perjuicios.

De conformidad al art. 1556, comprende, por regla general, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Exceptúanse los casos en que la ley sólo permite indemnizar el daño emergente.

Estos conceptos giran en torno a la pérdida que sufrió o la ganancia de que se privó al acreedor.

El DAÑO EMERGENTE es la pérdida efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación o del cumplimiento imperfecto o tardío de ella. Es la disminución real del patrimonio que el acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación. Se le llama “daño emergente” precisamente porque es algo que sale o emerge del activo del patrimonio.

El LUCRO CESANTE es la utilidad que el acreedor habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación. Viene a ser la privación de la ganancia que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiere cumplido.

La determinación del lucro cesante debe ser hecha a partir de hechos objetivos, que permitan concluir a cuánto podría haber ascendido la frustrada ganancia o utilidad del contratante afectado. Al efecto, expresa una sentencia de la Corte de Santiago, de 29 de noviembre de 2007, Rol N° 3.073-2003: “Que en relación al lucro cesante, estimado tradicionalmente como la privación de la ganancia que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiera cumplido, ha existido, por regla general, la tendencia a contraponerlo al daño emergente, en cuanto a la certidumbre de su ocurrencia, dando a entender que el lucro cesante es un daño incierto, que se construye sobre suposiciones y es de orden especulativo. Dicho criterio, sin embargo, es equivocado, en la medida que el lucro cesante, para ser indemnizado debe ser necesariamente cierto; lo que ocurre es que no se puede aspirar a una certeza absoluta, por la configuración y naturaleza del daño, sino a una de carácter relativo, pero siempre debe estar fundada en antecedentes reales, objetivos y probados. Desde esta perspectiva, el lucro cesante se asemeja más bien a un juicio de probabilidad, cuyo resultado, si bien no puede ser exacto, ni matemático, sí le es exigible que esté basado en consideraciones fundadas y razonables, dentro de un contexto de normalidad y atendidas las circunstancias del caso”.

El daño emergente, puesto que representa una disminución cierta y concreta del patrimonio del acreedor, se indemniza siempre. El lucro cesante suele no ser indemnizable. En todo caso, se requiere una disposición legal expresa para que la indemnización no comprenda el lucro cesante. Así, por ejemplo, respecto del contrato de arrendamiento, arts. 1930, último inciso (evicción) y 1933 (vicios redhibitorios).

Todo lo anterior está referido al daño material o patrimonial, el único al que se refiere el Código Civil de manera explícita. A tal daño material, puede adicionarse el daño moral, según la tendencia que se ha impuesto en nuestra jurisprudencia, siempre que los hechos justifiquen hacerlo.¹²⁵ De cualquier manera, el principio general sigue siendo que

¹²⁵ Doctrina asentada por vez primera en fallos de la Corte Suprema de los años 1951 y 1954 y ratificada con fuerza a partir del 20 de octubre del año 1994 y 16 de junio de 1997, publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 91, sección primera, página 100 y Tomo 94, sección tercera, página 94, y en especial por las sentencias de la Primera Sala de la citada Corte de fecha 5 de noviembre de 2001, 3 de septiembre de 2002, 28 de noviembre de 2006, 11 de abril, 3 de julio, 28 de agosto y 24 de septiembre de 2007, recaídas en los ingresos Rol N° 1.089-09, N° 1.368-00, N° 4.035-01, N° 320-05, N° 3.291-05, N° 3.901-05, N° 3.750-05 y N° 4.103-05, entre otras, que representan una línea jurisprudencial de los ministros que las suscriben.

ante el incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato, el daño indemnizable es el material, y excepcionalmente el daño moral. La procedencia de la indemnización del daño moral en sede contractual, se fundamenta en los siguientes argumentos, expuestos en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de abril de 2011, autos Rol N° 6.937-2009:

i) Inicialmente, se dio aplicación literal al art. 1556 del Código Civil, que según la interpretación de Arturo Alessandri Rodríguez, excluía la indemnización por daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual.

ii) Destaca el fallo la nueva doctrina jurisprudencial, que sí admite esta indemnización. El criterio de marco rígido evolucionó y como ejemplo de ese cambio, se encuentra la sentencia de 20 de octubre de 1994 de esta Corte Suprema, que rechaza un recurso de casación en el fondo deducido por una institución bancaria que impugna la aceptación del daño moral en sede contractual, decisión que se une a otros fallos de esta Corte en el mismo sentido, de 3 de julio de 1951 y de 14 de abril de 1954, dictadas en recursos de casación en el fondo (Rev. De D. y J. Tomo 91, pp. 100 a 105).

iii) El legislador acepta el daño moral. La norma del art. 1556 no lo excluye, ni prohíbe invocar indemnización por tal concepto fuera del ámbito de los delitos y cuasidelitos y por el contrario, el art. 544¹²⁶ en relación con el art. 539¹²⁷ (responsabilidad de los guardadores) y el art. 1544¹²⁸ (cláusula penal enorme) del Código Civil, posibilitan esta clase de reparación de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en el área de las convenciones. En otras palabras, de estos preceptos se desprende que puede reclamarse indemnización por daño moral que emane del incumplimiento de obligaciones que tienen como fuentes la ley o el contrato (y no necesariamente el delito o el cuasidelito).

iv) Concepción del daño emergente: las nuevas doctrinas sobre el resarcimiento del daño moral, derivado del incumplimiento de contratos, entienden que el concepto de “daño emergente” que emplea la norma del art. 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario, sino también el extrapatrimonial o moral. Esta interpretación es plenamente aceptable, primero porque la voz “daño” que emplea la disposición y que no está definida por la ley, corresponde, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a todo “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, es decir, a toda privación de bienes materiales, inmateriales o morales y, porque lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean sólo los materiales;

v) Aceptación por la doctrina: los estudiosos del Derecho, como parte de la jurisprudencia, han ido aceptando el resarcimiento del daño moral en los casos de incumplimiento de obligaciones contractuales. Fernando Fueyo Laneri, en su obra *Instituciones del Derecho Civil Moderno*, afirma: “Para mí es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial”, agregando que “la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra ‘daño’ comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual,

¹²⁶ El inc. 1° del art. 544 dispone que “El tutor o curador removido deberá indemnizar cumplidamente al pupilo”. La expresión “cumplidamente”, significa “entera, cabalmente”, lo que incluye, por ende, indemnizar por daño moral.

¹²⁷ El art. 539 señala que los tutores o curadores serán removidos: “5°. Por conducta inmoral, de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo”. El daño “a las costumbres” del pupilo, evidentemente no tiene connotación patrimonial, sino que moral, en cuanto se afecta su formación ética.

¹²⁸ Las “obligaciones de valor inapreciable o indeterminado”, pueden corresponder a una en que se deba indemnización por daño moral.

interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, al de carácter inmaterial que se ocasione por acto ajeno” (p. 69). Sostiene que siendo el daño por esencia patrimonial y extrapatrimonial, del mismo modo el daño moral juega tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual (p. 71). Otros autores nacionales participan del mismo parecer, como Leslie Tomasello Hart, en su estudio sobre “El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual” (Editorial Jurídica, 1969); René Abeliuk Manasevich, “Las Obligaciones”, Tomo II, N° 892, pp. 789 y 790; Ramón Domínguez Águila, en sus “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista” (Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 188, 1990); Ramón Domínguez Benavente en “Comentarios de Jurisprudencia” (en la misma Revista y N°) y recientemente Carmen Domínguez Hidalgo en su obra “El Daño Moral” (Editorial Jurídica de Chile, año 2000). Estableciendo ciertas diferencias, también comparte esta procedencia Enrique Barros Bourie, en su obra “Tratado de Responsabilidad Extracontractual” (Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 335 a 345);

vi) Igualdad ante la ley: la sentencia de la Corte Suprema de octubre de 1994, expresa al respecto que los bienes extrapatrimoniales de una persona, como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, “con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica”, y agrega que si la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización exclusivamente moral respecto de los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes. Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.

vii) A los fundamentos expuestos en el acápite precedente, la citada sentencia de 24 de septiembre de 2007, agrega el razonamiento que el daño moral queda incorporado en el daño emergente, ya que “el legislador no ha distinguido entre los daños materiales y los morales, sino que se ha limitado a referirse al daño emergente, y donde no distingue el legislador no es lícito al intérprete hacerlo”; además, reafirma esta interpretación la definición dada a la voz emergente por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y “según la cual se dice que algo es emergente cuando nace de otra cosa. De forma que cuando el legislador empleó el adjetivo emergente para calificar el sustantivo daño, estaba queriendo decir, simplemente, que este daño provenía de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento” (Carmen Domínguez Hidalgo, “El Daño Moral”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 346, citando a Ruiz González, “El transporte de pasajeros en la doctrina y la jurisprudencia”, memoria de Licenciatura, año 1962).

viii) Asimismo, y como se expresara también en el fallo de 24 de septiembre de 2007, acudiendo a la norma de interpretación de la ley prevista en el artículo 24 del Código Civil, como a lo dispuesto en el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil e integrando una falta de pronunciamiento del legislador en el Código Civil, se puede sostener que nuestro Estado ha establecido que es una República Democrática, cuyas características fundamentales, a los efectos de resolver la presente causa, se encuentran en la responsabilidad de todos los individuos y autoridades en un plano de igualdad, tanto ante la ley como ante la justicia, proscribiéndose cualquier discriminación proveniente del establecimiento de discriminaciones arbitrarias, de forma tal que permitiendo expresamente la Carta Fundamental la reparación del daño moral en el artículo 19, N° 7, letra i), no se observan fundamentos para excluirla en algunas materias específicas, que no sea mediante

una razonada justificación, como ocurre en el artículo 19 N° 24, inciso 4°, en que el interés social impone limitar la indemnización al daño patrimonial efectivamente causado, a quien se ve expuesto a la privación forzada de su propiedad mediante un acto de autoridad, como es la expropiación. Estas premisas, además del principio de supremacía constitucional y aplicación directa de las normas de la Carta Política, imponen, entre sus efectos particulares, preferir la interpretación de los textos legales en el sentido que mejor se cumpla con las disposiciones fundamentales del Estado. En efecto, la responsabilidad en el Derecho constituye un principio general, el que referido al Derecho Civil se plantea en el axioma que nadie puede dañar a otro sin reparación, en el evento que no concurra una causal de justificación. Esta responsabilidad en el Derecho Civil corresponde sea integral e igualitaria en su extensión, si no existen argumentaciones concretas que ameriten establecer fundadas diferencias. Es por ello “que en función de la teoría de la unidad de la responsabilidad”, la distinción actualmente imperante respecto de la procedencia del daño moral en sede contractual y extracontractual, resulta absurda (René Abeliuk Manasevich, “Las Obligaciones”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, p. 789), contradicción y falta de congruencia que destacan la mayoría de los autores citados y que se pronuncian por la aceptación del daño moral en sede contractual. Una interpretación contraria mantiene una desigualdad injustificada y por lo tanto puede constituir una discriminación arbitraria, por la falta de fundamentos de esta diferencia, que a lo más llega a sustentarse sobre la base de una interpretación exegética y literal, puesto que en el régimen del Código Civil, al regular la responsabilidad extracontractual se dispone que, por regla general, se indemniza “todo daño”, según reza el artículo 2329, al igual que en la responsabilidad contractual, al señalar el artículo 1558 que en ese evento (es decir, cuando hubiese dolo o culpa grave) se responde de “todos los perjuicios”. De lo anterior se sigue que el daño moral se encontraría excluido únicamente en sede contractual cuando la ley exija culpa leve o levísima para justificar la responsabilidad de la parte incumplidora. Incluso tal procedencia puede verse ampliada a todo evento en que, existiendo perjuicios morales, una de las partes pruebe la concurrencia de hechos que permitan ser calificados de culpa grave o dolo en el incumplimiento de otra de las partes, puesto que la ley no ha impedido esta posibilidad, de tal forma que la diferencia descansaría más que en la ley en la posibilidad que tengan las partes de aportar antecedentes fácticos que permitan calificarlos en el sentido indicado y si se quiere extremar el argumento, la distinción pasaría a radicar en la decisión concreta de los tribunales al efectuar la calificación de la culpa. Lo injustificado de la diferencia anotada queda de manifiesto precisamente en materias propias de la responsabilidad médica, pues ante la posible opción de responsabilidades, resulta más beneficioso en la extensión del daño accionar por la vía extracontractual, por la limitación que contemplaría la legislación en sede contractual, sin que exista fundamentación plausible que avale tal distinción. Esta visión integral del Derecho lleva a superar la exclusión del daño moral en la responsabilidad contractual, limitando su procedencia a la justificación del mismo en los casos concretos de que se trata. De lo expuesto, se colige que la responsabilidad contractual, en el caso de verificarse las exigencias legales, obliga al responsable a indemnizar tanto el daño patrimonial como asimismo el daño moral.

Sintetizando los puntos anteriores, procede indemnización del daño moral por incumplimiento de un contrato:

1. Porque se ha superado una interpretación literal del art. 1556.
2. Porque dicho artículo, por lo demás, no excluye la indemnización por daño moral.

3. Porque otros preceptos del Código Civil (arts. 539, 544 y 1544) aceptan indemnizar todo daño, incluyendo por ende el daño moral.
4. Porque se ha extendido el concepto de daño emergente, incluyendo tanto el daño patrimonial como el moral.
5. Porque la doctrina nacional se ha ido uniformando en orden a entender el daño en términos amplios.
6. Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición: si se admite indemnizar el daño moral en el campo de los delitos y cuasidelitos, no se divisa razón para excluirlo en el campo contractual.
7. Donde la ley no distingue, no cabe distinguir el intérprete: la ley, al referirse al daño emergente, no lo circunscribe al daño patrimonial.
8. El principio general, que se consagra en la Constitución Política y en el Código Civil, es el de resarcir todos los perjuicios sufridos por una persona, a menos que la indemnización se excluya por motivos fundados.
9. Como principio general, procede decretar indemnización por daño moral en la esfera contractual cuando el incumplimiento deriva del dolo o de la culpa grave, atendido lo dispuesto en el art. 1558, que hace responsable al deudor, en este caso, “de todo perjuicio”.

b.3) Clasificación de los perjuicios.

Los perjuicios pueden ser directos e indirectos, previstos e imprevistos.

Perjuicios **DIRECTOS** son aquellos que constituyen una consecuencia natural e inmediata del incumplimiento, son aquellos que no se habrían producido si no es porque hay incumplimiento de la obligación. El incumplimiento y el daño están ligados por una inmediata relación de causalidad.

Perjuicios **INDIRECTOS** son aquellos que si bien se han producido con ocasión del incumplimiento de la obligación, no han tenido por causa directa e inmediata ese incumplimiento, sino hechos posteriores y extraños al incumplimiento. El incumplimiento es para ellos sólo una causa remota y directamente provienen de otras causas, extrañas al incumplimiento.

La regla general es que sólo se deben los perjuicios directos. Los indirectos no se indemnizan ni aún en el caso de dolo del deudor, porque la indemnización comprende solamente los daños de que se es real y verdadero autor.

Los perjuicios **DIRECTOS** se dividen en **PREVISTOS** e **IMPREVISTOS**. Perjuicios previstos son los que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato. Perjuicios imprevistos son aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever al tiempo del contrato; son aquellos que no entran en el cálculo de las partes.

La regla general es que sólo se deben los perjuicios previstos (art. 1558, inc. 1°); por excepción, se deben los imprevistos, si el deudor actuó dolosamente (o si incurrió en culpa lata o grave).

En principio, la indemnización de perjuicios debe ser completa, debe abarcar todos los que sufrió el acreedor. Pero esta regla tiene las importantes limitaciones del art. 1558.

Sin embargo, las partes pueden modificar las reglas anteriores, alterando la responsabilidad que normalmente le corresponde al deudor, sea para agravarla o para atenuarla.

c) Evaluación o liquidación convencional de los perjuicios o cláusula penal.

c.1) Definición.

Se entiende por cláusula penal el pacto en virtud del cual se estipula una prestación a cargo del deudor y en favor del acreedor, representativa de la evaluación anticipada de los perjuicios y para el caso de incumplimiento en cualquiera de sus formas.

El Código Civil la define en el art. 1535, en los siguientes términos: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal.”

La evaluación convencional proporciona la ventaja de fijar desde ya el monto de los perjuicios que sufriría el acreedor, en caso de incumplimiento por el deudor; de igual forma, por emanar de la voluntad de las partes, de acuerdo al art. 1545, es una ley para los contratantes, que debe prevalecer sobre toda otra liquidación.

c.2) Oportunidad para convenirla.

La ley no ha dicho en qué momento puede pactarse la cláusula penal, pero es posible sostener que puede convenirse al tiempo de celebrar el contrato o con posterioridad, pero en todo caso antes de que la obligación se infrinja o se cumpla tardía o imperfectamente, ya que su objetivo es asegurar su cumplimiento. Si se estipularen con posterioridad al incumplimiento de la obligación, estaríamos más bien ante un contrato de transacción.

c.3) Objetivos de la cláusula penal:

i.- Evita la determinación de los perjuicios por el juez, que en la mayoría de los casos no corresponde a la realidad; no hay que producir prueba ni desplegar argumentos ante el juez, y éste carecerá de la atribución para señalar el monto de los perjuicios, salvo en los casos de excepción del art. 1544, que lo habilitan para reducir la pena.

ii.- Acreditada por el acreedor la existencia de la obligación, acreditado que el deudor no ha cumplido, el juez deberá condenar al deudor al pago de los perjuicios estipulados, sin que se admita alegar que el incumplimiento no le reportó perjuicio al acreedor o le reportó un perjuicio menor o incluso un beneficio.

iii.- Sirve de caución o garantía para asegurar el cumplimiento de la obligación. Se llama precisamente “cláusula penal”, porque es una pena o castigo con que se amenaza al deudor para el evento de su incumplimiento.

iv.- Da al acreedor una acción de la que carecería de no haberse pactado. En efecto, el acreedor de una obligación natural tiene acción contra los terceros que caucionan dicha obligación con cláusula penal (art. 1472), careciendo de dicha acción contra el principal obligado. Con todo, si la cláusula penal se hubiere pactado simultáneamente con la obligación principal, y hubieran prescrito las acciones para exigir el cumplimiento de ésta, tampoco habrá acción contra el que se obligó accesoriamente.

c.4) Naturaleza jurídica:

i.- Es una obligación accesoria, tanto porque depende de una obligación principal, cuanto porque asegura su cumplimiento.

ii.- Es una obligación accesoria condicional: depende de un hecho futuro e incierto, consistente en el incumplimiento de la obligación principal. Es una condición suspensiva, expresa, potestativa y negativa.

c.5) Características de la cláusula penal:

i.- Es una obligación accesoria: de tal característica derivan tres circunstancias:

i) La nulidad de la obligación principal, acarrea la de la cláusula penal.

ii) La pena será divisible o indivisible según lo sea la obligación principal.

iii) La nulidad de la cláusula penal no acarrea la de la obligación principal.

ii.- De la característica anterior, se desprende el carácter divisible o indivisible de la pena: art. 1540. La pena será divisible o indivisible según lo sea la obligación principal. El Código se pone en el caso de que fallezca el deudor y que sus herederos deban pagar la pena. Como expresa Claro Solar, el artículo debe aplicarse para el caso que no sea el causante quien incurre en el incumplimiento, sino uno o más de los herederos, pues en el primer caso, el pago de la pena será soportado por todos sus herederos, a prorrata de sus cuotas, conforme al art. 1354 (se tratará de una obligación del causante, que se transmite a sus herederos).¹²⁹ En cambio, si al fallecimiento del causante la obligación no estaba incumplida, y dicho incumplimiento se produce después, por acto de uno o algunos de los herederos, cabe aplicar las reglas del art. 1540. Distinguimos al efecto:

i) Si la obligación principal era divisible (por ejemplo, el pago de una suma de dinero), la pena se dividirá entre los herederos de la misma manera que la obligación principal, es decir, a prorrata de sus cuotas hereditarias. De esta manera, si un heredero no cumple la obligación en la cuota que a él le empece, el acreedor podrá demandarlo por su parte de la pena, pero no a los restantes herederos que no han contravenido la obligación. Así, por ejemplo, la obligación es de treinta millones, que deben tres herederos, hijos del deudor, en partes iguales, es decir diez millones cada uno; la pena, de carácter moratoria, consiste en el pago de ciento veinte mil pesos diarios, a partir de la mora. Dos de los herederos han pagado puntualmente su cuota, pero el tercero no lo ha hecho. Sólo a él se le podrá demandar el pago de la pena, en este caso cuarenta mil pesos diarios (art. 1540, inc. 1°).

ii) Pero, si no obstante haber sido divisible la obligación principal, las partes habían estipulado indivisibilidad de pago y garantizado la misma con la pena, el acreedor podrá exigir el pago íntegro de la pena a aquél de los herederos que ha impedido el pago total de la obligación, o a cada uno de los herederos, su respectiva cuota (quedándole a salvo a los otros dos su acción de reembolso en contra del heredero infractor). De esta forma, podrían darse aquí dos escenarios: i.- el tercero de los herederos que no pagó su cuota en el plazo convenido, podrá ser demandado por los ciento veinte mil pesos diarios, es decir por toda la pena; o, ii.- los tres herederos podrán ser demandados, cada uno por su cuota en la pena, es decir, cuarenta mil pesos diarios a cada uno -caso en el cual si quienes pagan su cuota en la pena fueren cualquiera de los dos que no impidió el pago total, podrá repetir en contra del responsable- (art. 1540, inc. 2°).

iii) Si la obligación principal era indivisible por naturaleza, operarán las mismas reglas consignadas para el caso anterior. Por ejemplo, lo que se debía por el causante es una especie o cuerpo cierto, y se pactó que por cada día de mora en su entrega, se pagaría una pena de ciento veinte mil pesos. En este caso, uno de los herederos tiene la cosa en su poder y no se la entrega al acreedor en el plazo convenido. Operarán entonces las mismas reglas que en la segunda hipótesis. Se podrá demandar a éste heredero por toda la pena, o a cada uno de los herederos por su cuota en la pena, pudiendo repetir los dos herederos no responsables del incumplimiento, en contra del heredero infractor (art. 1540, inc. 3°).

iii.- Es una obligación condicional.

¹²⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo 10°, p. 532.

iv.- Es una evaluación o liquidación anticipada de los perjuicios, porque las partes avalúan el daño antes que se haya producido. Esta característica tiene gran importancia jurídica, derivándose de ella cuatro consecuencias:

i) Cuando hay cláusula penal, no puede exigirse conjuntamente la pena con la indemnización de perjuicios ordinaria, salvo en el caso excepcional previsto en los artículos 1537 y 1543, es decir, cuando las partes así lo hubieren estipulado.

ii) La exigibilidad de la pena queda sometida a las mismas reglas que rigen la exigibilidad de toda indemnización de perjuicios.

iii) Si el incumplimiento proviene de un caso fortuito, no hay lugar al pago de la pena.

iv) No puede acumularse la obligación principal y la pena, no pueden exigirse las dos cosas, porque de lo contrario la obligación se indemnizaría dos veces. Sólo por excepción pueden acumularse, en los casos del art. 1537:

Primero: cuando la pena es moratoria;

Segundo: cuando a pesar de ser compensatoria la pena, se estipuló expresamente que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.

v.- Está limitada por la ley: según lo veremos, la ley no admite cláusulas penales en las que se configura una hipótesis de *cláusula penal enorme*.

c.6) Exigibilidad de la cláusula penal.

Debemos examinar ahora desde qué momento la cláusula penal es exigible. Acontece ello una vez que el deudor ha sido constituido en mora, o una vez que el deudor contraviene una obligación de no hacer.

Si la obligación es positiva (de dar o de hacer), la pena se debe desde el momento en que el deudor incurre en mora; si la obligación es negativa (de no hacer), desde que el deudor contravenga la obligación.

De lo expuesto, podemos afirmar:

i.- La estipulación de una cláusula penal no priva al acreedor del derecho de exigir la ejecución forzada de la obligación. Por el contrario, el art. 1537 lo permite expresamente.

ii.- El deudor puede exonerarse de la obligación principal, ofreciendo pagar ésta o la pena, pero será el acreedor quien escoja si recibe una u otra.

iii.- Constituido en mora el deudor, el acreedor puede demandar a su arbitrio la pena o la obligación principal: nace un derecho alternativo para el acreedor. Se trata de una excepción a la regla general, como vimos al estudiar la indemnización compensatoria, pues de ordinario el acreedor debe pedir en lo principal el cumplimiento de la obligación principal (o la resolución del contrato) y subsidiariamente la indemnización compensatoria.

iv.- El acreedor no puede pedir conjuntamente la obligación principal y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, salvo tratándose de los casos de excepción señalados en el art. 1537, es decir:

i) Cuando aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo (obligación principal más pena, representativa de indemnización moratoria); o

ii) A menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal (obligación principal más pena, representativa de indemnización compensatoria).

También podrá pedirse conjuntamente la obligación principal y la pena, cuando dicha acumulación es autorizada expresamente por la ley, como acontece a propósito de la transacción (art. 2463).

En síntesis, en el ámbito de la indemnización moratoria, no se ve inconveniente por el legislador para la acumulación de la obligación principal y de la pena; por el contrario, en el ámbito de la indemnización compensatoria, como la acumulación importa una grave carga al deudor -en verdad, implica un pago doble-, la ley requiere un pacto expreso que permita la acumulación, o la dispone directamente la ley.

c.7) Derecho del acreedor para cobrar perjuicios en la forma ordinaria.

Puede ocurrir que los daños sufridos superen los que las partes previeron y avaluaron. En tal hipótesis, ¿debe conformarse el acreedor con la pena estipulada, que no le resarce íntegramente del daño, pero que en cambio le libera del *onus probandi*, de probar los perjuicios? ¿Puede demandar perjuicios en la forma ordinaria con el fin de lograr una reparación total? ¿Es lícito que el acreedor demande la pena e intente un cobro de perjuicios para obtener un suplemento de indemnización?

El art. 1543 resuelve el problema: el acreedor, si pretende que se le indemnicen perjuicios por la vía ordinaria, debe desentenderse de la cláusula penal. No puede demandar el pago de la pena y luego suplementariamente, pedir indemnización de perjuicios por la vía ordinaria. Lo anterior, salvo estipulación expresa en contrario.

Lo anterior demuestra que la cláusula penal es una garantía para el acreedor, pero no limita la responsabilidad del deudor: éste no podría alegar que no se le puede obligar a pagar una suma mayor a la pactada por concepto de pena.

c.8) Cumplimiento parcial y rebaja proporcional.

Puede ocurrir que el deudor cumpla parcialmente su obligación. Aunque el acreedor no está obligado a aceptar tal cumplimiento parcial, de hacerlo, el deudor tiene derecho a obtener que se rebaje proporcionalmente la pena: art. 1539.

En un fallo de la Corte de Concepción, de marzo de 1878, se concluye que la rebaja se hará en la forma discrecional que indique el tribunal. Sin embargo, en voto especial, el Ministro Risopatrón previene que la rebaja de la pena debe ser proporcional a la parte de la obligación principal que ha sido cumplida, no pudiendo el tribunal hacer esa rebaja a discreción.

c.9) El pago de la pena se encuentra caucionado con hipoteca.

Dispone el art. 1541: “Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar”.

Como puede observarse, el pago de la caución personal (la pena), está a su vez garantizado con una caución real (la hipoteca).

El art. 1541, es en verdad una consecuencia del carácter indivisible de la acción hipotecaria. Por ello, como señala Claro Solar, “La acción hipotecaria es indivisible; y por lo mismo, si la cláusula penal está garantizada con una hipoteca, el acreedor puede, ejercitando la acción hipotecaria, perseguir toda la pena en él, aunque el inmueble pertenezca a alguno de los coherederos del que ha contravenido a lo estipulado o a un tercero. El hecho de que el inmueble pertenezca a uno de los herederos que no ha infringido el contrato y que sólo es responsable personalmente de una cuota de la pena igual a su porción hereditaria, no modifica la situación que le corresponde como deudor personal y

como deudor hipotecario: el acreedor puede perseguirlo por la acción personal por su cuota en la deuda, y por la acción hipotecaria por las cuotas no pagadas de sus coherederos”.¹³⁰

Por cierto, el deudor hipotecario que pague al acreedor hipotecario las cuotas de los demás coherederos o codeudores, podrá repetir en contra de éstos para que le enteren sus cuotas en la deuda.

c.10) Exoneración de la prueba de los perjuicios.

Al estipularse cláusula penal, puede decirse que se presume de derecho que los perjuicios se han ocasionado. Puede ocurrir incluso que el daño sea ínfimo o inexistente, hechos que no liberan al deudor de su obligación de pagar la pena (art. 1542). Como se establece en un fallo de la Corte de Santiago de 1958, habiéndose estipulado una pena por el incumplimiento, resulta superfluo investigar siquiera si dicho incumplimiento ocasionó perjuicios al acreedor.

c.11) La cláusula penal en la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Como se recordará, el art. 22 de esta ley consagra el principio en virtud del cual en todo contrato, se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Pero acto seguido, el precepto advierte que lo anterior no regirá tratándose de las leyes que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos, pues dicha infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido. Pero nótese que se alude a penas *legales*, más no *convencionales*. En consecuencia, si bajo el amparo de la ley vigente se pacta una cláusula penal, y más adelante la ley excluye tal cláusula de los contratos o la limita, la exclusión o limitación no alcanza a las penas pactadas con antelación a la vigencia del nuevo precepto legal. El acreedor podrá pues cobrar la pena, aunque conforme a la ley ahora vigente ella no se admita o se hubiere reducido.

c.12) La cláusula penal enorme.

Está regulada en el art. 1544, del siguiente tenor: “Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. / La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. / En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. / En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

Se dice que la cláusula penal es enorme, cuando excede el límite fijado por la ley (en los dos primeros casos del artículo) o el juez (en el tercer caso), según los casos, cuando entre la obligación principal y la pena hay una desproporción considerable, en concepto de la ley, en un caso, o en concepto del juez, en otros casos.

Para determinar esta desproporción, la ley hace una distinción en base a la naturaleza de la obligación. Distingue el art. 1544 tres clases de contratos:

1º *Contratos conmutativos en los que la obligación de una de las partes y la pena consiste en pagar una cantidad determinada*: art. 1544, inc. 1º. Por ejemplo, si se trata de la

¹³⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo 10º, p. 538.

obligación de pagar el precio de una compraventa, y se estipula que en caso de no enterarse en el plazo previsto, el comprador deberá una suma mayor a partir de la mora. Como expresa Abeliuk, la obligación principal y la pena deben ser de la misma naturaleza, porque si no, sería imposible la comparación entre ellas, y de ahí que normalmente, ambas deberán consistir en dinero.¹³¹ En estos casos, podrá pedirse que se rebaje de la pena, todo lo que exceda el duplo de la obligación principal, incluyéndose ésta en él. Como dice René Ramos Pazos, la norma es confusa, pues no está claro lo que significa la frase “incluyéndose ésta en él”. Hay dos interpretaciones:

i.- Una mayoritaria (sustentada, entre otros, por Alessandri, Somarriva, Abeliuk, Claro Solar, y Fueyo), que estima que la pena no puede exceder del doble de la obligación principal. De esta forma, si la obligación principal fuere un saldo de precio de una compraventa de \$10.000.000.-, la pena no podría superar los \$20.000.000.-

ii.- Una minoritaria, en virtud de la cual si la obligación principal fuere de \$10.000.000.-, la pena podría llegar a \$30.000.000.-, pues correspondería al doble de la obligación principal, más la obligación principal.

Abeliuk, en favor de la primera tesis, afirma que no debemos olvidar que por regla general, no se puede cobrar la obligación principal y la pena. Por ello, “lo que quiso decir el legislador fue evidentemente que el máximo de la pena es el doble de la obligación principal, y por estar incluida ésta en dicho duplo, no puede cobrarse aparte, ni aun en los casos en que ello es posible. O sea, en la pena queda incluida la suma a que corresponde la obligación principal, como compensación de ella, y otro tanto por los demás perjuicios”.¹³²

2° *En el contrato de mutuo*: dispone el art. 1544 que tratándose de un mutuo, se podrá rebajar la pena “en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular”. La norma, como vemos, no es del todo concordante con la del artículo 8° de la Ley N° 18.010, que se aplica al mutuo de dinero. En efecto, en el caso del artículo 1544, el interés excesivo estipulado debe rebajarse *al máximo convencional*; en cambio, en el caso del artículo 8° de la Ley N° 18.010, la sanción consiste en rebajar el interés pactado, si resultare excesivo, *al interés corriente*. ¿Cómo resolver esta incongruencia? Habría que distinguir: si se trata de un mutuo de dinero, regido por ende por la Ley N° 18.010, no cabe duda que debemos aplicar lo previsto en el art. 8° de este cuerpo legal: el interés quedará reducido al corriente. Lo mismo ocurrirá si se trata de obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles, conforme lo dispone el art. 26° de la Ley N° 18.010, que aplica lo dispuesto en el artículo 8° del mismo cuerpo legal, a dicha hipótesis.¹³³ ¿Qué ocurre si se trata de cualquiera otra obligación? Tal sería el caso, por ejemplo, de un mutuo que recae en cosas fungibles que no sean dinero, y que se rige por

¹³¹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., p. 904.

¹³² Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., pp. 904 y 905.

¹³³ Así, por ejemplo, tras celebrar un contrato de compraventa de un inmueble, las partes podrían estipular que el saldo de precio, ascendente a cien millones de pesos, pagadero en el plazo de un año, devengará un interés del 10% mensual. A todas luces, dicho interés convencional superará el “máximo convencional” contemplado en la Ley N° 18.010. ¿Era razonable plantear que en este caso, puesto que no se trataba de una operación de crédito de dinero, que no regirían las normas de la Ley N° 18.010 y por tanto el comprador habría de pagar más del doble del saldo de precio originalmente adeudado? Al legislador le pareció que ello era inaceptable, resolviendo la cuestión en el art. 26 de la Ley N° 18.010. No podía ser de otra manera, pues una solución diversa pugnaría con la lógica, la equidad contractual y el principio de la unidad del ordenamiento jurídico. El comprador, en el caso planteado, podrá exigir que se rebaje de dicho saldo de precio, todo aquello que exceda del interés corriente que regía a la fecha de la escritura pública de compraventa, si la tasa convenida hubiere superado la “máxima convencional”.

ende por el Código Civil. En estos casos, se ha estimado que la sanción, para el evento de haber estipulado que la suma de dinero representativa de la pena devengará un interés que excede al máximo convencional, consistirá en rebajar dicho interés, pero no al interés corriente, sino que al referido máximo convencional.

3° *En las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado*: en ellas, la ley no ha podido fijar un máximo hasta el cual pueda llegar la pena, y de ahí que haya dejado entregado a la prudencia del juez rebajar la pena, cuando según las circunstancias, la pena parezca enorme. Decir “a la prudencia del juez”, es lo mismo que afirmar que el juez podrá fallar conforme a la equidad natural.¹³⁴ En una antigua sentencia de la Corte de Talca, se aplicó la norma, en un caso en que un abogado había estipulado que si se le revocaba el poder en un juicio, el cliente pagaría como pena la mitad de la herencia por la cual se pleiteaba. La Corte de Talca la rebajó a \$1.000.- de la época, por encontrarla enorme. En otros casos, se aplicó a la obligación del arrendador de entregar la cosa objeto del contrato, obligación que es de valor inapreciable.¹³⁵ En un fallo de la Corte Suprema de octubre de 1990, se concluye que si la renta de arrendamiento quedó fijada en \$300.000.-, y la multa por cada día de atraso en la restitución del inmueble se estableció, a partir del sexto día, en \$ 160.000.-, sin perjuicio de continuarse con el pago de aquélla, no hay duda de que se trata de una cláusula penal enorme. Esta cláusula, por su naturaleza, no puede ser aceptada, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, siendo procedente aplicar a su respecto la norma del art. 1544 del Código Civil que permite al tribunal morigerar sus efectos mitigándola prudencialmente y dejando salvada la existencia de una sanción que las partes quisieron establecer, para el evento de retardo en la restitución del inmueble arrendado.

En otra sentencia del máximo tribunal, de agosto de 1986, se subraya que una multa por el incumplimiento de un contrato que resulta igual a la suma que debería pagarse por su cumplimiento es sin duda excesiva y, dada la naturaleza del contrato, debe reducirse de acuerdo con el último inciso del art. 1544 del Código Civil.

En cuanto a la forma de alegar la rebaja de la pena, la Corte Suprema, en un fallo de mayo de 1964, afirma que el derecho otorgado por el art. 1544 al deudor no puede hacerse valer dentro de las excepciones del art. 464 del Código de Procedimiento Civil, como se desprende del texto de dicho artículo. Por consiguiente, es indispensable que el perjudicado con una pena que estima desproporcionada deduzca la acción correspondiente en contra del acreedor. Creemos que podría hacerlo mediante una demanda reconventional, si la acción del acreedor fuere ordinaria. En caso de no haber demandado el acreedor, será el deudor quien deberá hacerlo, para obtener la aludida rebaja de la pena.

La jurisprudencia también ha puntualizado que el derecho a pedir la reducción de la pena es *irrenunciable*, porque el art. 1544 no consulta el interés individual de los deudores sino un objeto de conveniencia pública. De otra forma, no se cumpliría el propósito perseguido por la ley, si se aceptara esa renuncia, que podría exigirse y ser fácilmente aceptada al constituirse la obligación¹³⁶.

Finalmente, en el citado fallo de la Corte Suprema de octubre de 1994, se destaca que la ley no ha prohibido que la indemnización por daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos: por el contrario, los arts. 544 (responsabilidad de los

¹³⁴ Cfr. nuestro apunte de “Teoría de la Ley”, en www.juanandresorrego.cl, cuando ahí tratamos de la interpretación de la ley, y dentro de la misma, nos referimos a la equidad natural.

¹³⁵ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., p. 905.

¹³⁶ El mismo criterio consagra el Código Civil a propósito de la acción por lesión enorme, y su irrenunciabilidad.

tutores o curadores), en relación con el 539 y el 1544, todos del Código Civil, posibilitan esa clase de reparaciones de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en el área de las convenciones. La pena, por ende, podría ser representativa de un daño moral que sufra el contratante afectado.

9.7. Los derechos auxiliares del acreedor.

a) Objetivos y enumeración.

Todos los bienes del deudor, con excepción de los inembargables, están afectos al derecho de prenda general del acreedor. Ello explica el interés que tienen los acreedores, en orden a que el patrimonio del deudor no sufra menoscabo y que, por el contrario, se acreciente en lo posible, mientras pende el cumplimiento de la obligación.

Los medios de que el acreedor está premunido para velar por la integridad del patrimonio del deudor, son los llamados “derechos auxiliares del acreedor”.

El objeto de tales derechos es conservar intacto e incrementar el patrimonio del deudor, lograr que el derecho de prenda general pueda hacerse efectivo sobre una materialidad, que el derecho principal de pedir el cumplimiento de la obligación y el derecho secundario de exigir la indemnización de perjuicios, no se tornen facultades puramente teóricas.

Una doble finalidad persiguen entonces los derechos auxiliares:

1° Mantener la integridad del patrimonio del deudor, evitar que los bienes que lo integran puedan reducirse en términos tales de no hacerlo apto para responder al cumplimiento de la obligación.

2° Acrecentar o aumentar el patrimonio del deudor, sea mediante la incorporación de nuevos bienes, sea reintegrando aquellos que el deudor hizo salir en fraude y con perjuicio de sus acreedores.

Los derechos auxiliares del acreedor son cuatro:

1° Medidas conservativas o de precaución.

2° La acción oblicua o subrogatoria.

3° La acción pauliana o revocatoria.

4° El beneficio de separación de patrimonios.

b) Las medidas conservativas o de precaución.

b.1) Objeto.

Buscan mantener intacto el patrimonio del deudor, impidiendo que los bienes que lo integran se pierdan, deterioren o enajenen, para asegurar así derechos principales del acreedor.

El Código Civil no ha establecido un principio general que consigne el derecho del acreedor a impetrar medidas conservativas ni consigna tampoco una regla general que señale los casos en que este derecho procede. Pero lo anterior no significa que el acreedor carezca del mismo, porque dicho derecho se desprende de diversas disposiciones del Código Civil, del Código de Comercio y del Código de Procedimiento Civil.

b.2) Algunos casos de medidas conservativas:

i.- Art. 1222: guarda y aposición de sellos.

- ii.- Art. 1240: declaración de herencia yacente.
- iii.- Art. 1255: facción de inventario.
- iv.- Arts. 761, 1078 y 1492: el fideicomisario, el asignatario por causa de muerte y el acreedor condicional pueden impetrar medidas conservativas.
- v.- Arts. 914, 1826, 1937, 1942, 2162 y 2401: el embargo y el derecho legal de retención que compete al poseedor vencido, al vendedor, al arrendatario, al arrendador, al mandatario y al acreedor prendario.
- vi.- En las normas del procedimiento concursal de liquidación, el desasimio del deudor, es decir la privación impuesta al deudor de administrar sus bienes, facultad que asume el liquidador que se designe, en representación de la masa de acreedores (Ley N° 20.720).
- vii.- Arts. 273 y 290 del Código de Procedimiento Civil: medidas prejudiciales y precautorias.

c) La acción oblicua o subrogatoria.

c.1) Objeto.

Consiste en el ejercicio por los acreedores de acciones y derechos que competen al deudor para incorporar al patrimonio de éste, bienes en qué hacer efectivos sus créditos.

Entre los bienes que forman el patrimonio del deudor, se encuentran los derechos y acciones, que aunque son cosas incorporales, no por ello dejan de ser bienes; ahora bien, como los arts. 2465 y 2469 no distinguen entre bienes corporales e incorporales, éstos últimos también se ven afectados por el derecho de prenda general de los acreedores.

En el evento que el deudor no quiera ejercer voluntariamente determinadas o ninguna de las acciones y derechos de que es titular, la ley permite a los acreedores ejercerlas: art. 2466.

El objeto de este derecho auxiliar es, entonces, obtener que el acreedor se subrogue en el lugar del deudor para ejercitar a nombre de éste las acciones o los derechos que le corresponden al deudor y que éste, por negligencia o con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, no quiere ejercer, imposibilitando incorporar a su patrimonio determinados bienes.¹³⁷

La ley chilena sólo autoriza la subrogación del deudor por el acreedor en aquellos derechos y acciones del primero que se refieren a bienes embargables. Por ello, no tiene lugar respecto a derechos extrapatrimoniales, como los de familia, ni en general sobre aquellos derechos que no pueden ser objeto de persecución por el acreedor.

c.2) Necesidad de texto legal.

Nuestro Derecho no contiene una disposición de carácter general, que autorice a los acreedores para ejercitar las acciones y derechos que le competen al deudor. Se concluye entonces que el ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria sólo es posible en los casos que la ley expresamente señala. Tales casos son:

- i.- Art. 2466: “Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores. / Podrán asimismo subrogarse en los

¹³⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 145.

derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968. / Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre o madre sobre los bienes del hijo sujeto a patria potestad, ni los derechos reales de uso o de habitación”.

El alcance de este artículo en su primera parte, referida a los derechos reales de que es titular el deudor, ha suscitado dudas en la doctrina. Para algunos autores, se trata de subrogarse los acreedores en *el ejercicio del derecho real*. Para otros autores, se trata de que los acreedores puedan *embargar el respectivo derecho real y luego pedir su venta forzada*. Para esta segunda posición, no habría en realidad verdadera acción oblicua o indirecta. Seguidamente, veremos ambas posiciones doctrinarias.

Primera posición doctrinaria: los acreedores pueden subrogarse al deudor, *en el ejercicio de los derechos reales* de usufructo, prenda, hipoteca, etc. Escapan de ésta regla los derechos de uso y habitación y los usufructos legales, atendido a que se trata de derechos inembargables y personalísimos.¹³⁸

Revisemos dentro de esta primera hipótesis, los planteamientos formulados por el profesor Enrique Alcalde Rodríguez:

i) Derecho de prenda: “El hecho de que un acreedor pueda subrogarse en los derechos de que goza su deudor como acreedor prendario, implica que aquél pasará a ocupar, jurídicamente, el lugar de éste en lo que dice relación con el vínculo originado con ocasión del contrato de prenda. En concreto, significa que el acreedor podrá retener la cosa pignorada hasta que no se le satisfaga íntegramente el crédito (...) y que, en el evento de incumplimiento, estará facultado para vender el bien y pagarse preferentemente con su producido. Con el objeto de apreciar la utilidad que en estos casos presenta la subrogación, pensemos en un ejemplo: A debe a B una cierta cantidad de dinero. Por su parte, A es acreedor de C por otra suma determinada, hallándose, este último crédito, garantizado con prenda, supongamos una valiosa pintura, la cual se encuentra en poder de A. Agreguemos que, en el ejemplo, A es renuente a cumplir su obligación con B y que el único bien que tiene en su patrimonio es el crédito en contra de C. En la hipótesis, A no manifiesta interés alguno en exigir de su deudor el cumplimiento de la obligación pues, una vez que le sea entregado el dinero, éste será embargado por B. En el presente caso, fácilmente se advierte la utilidad que tiene para B ejercitar la facultad que le concede el artículo 2466 toda vez que, subrogando a A, podrá substituirse en los derechos que le competen como acreedor prendario, entre ellos, el de retener en su poder la cosa empeñada; lo que obviamente constituye una medida de presión para obtener que C cumpla la obligación y, si así no lo hiciera, tendrá aún la posibilidad de vender el bien y pagarse con el producto de la realización”.¹³⁹

ii) Derecho de usufructo: “¿qué sentido tiene la norma del artículo 2466, en cuya virtud pueden los acreedores subrogarse en el derecho que posea el deudor como usufructuario? Creemos que las ventajas que de ello se derivan son manifiestas, desde el momento que, substituyendo al deudor titular del derecho real de usufructo, los acreedores podrán hacerse dueños de los frutos, sean naturales o civiles, que produzca el bien y, mediante ellos, satisfacer sus correspondientes créditos. De otra parte, y para el caso que el deudor tuviere créditos en contra del nudo propietario por concepto de reembolsos o indemnizaciones, los

¹³⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 147; Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 450, pp. 323 y 324.

¹³⁹ Alcalde Rodríguez, Enrique, *La Responsabilidad Contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones*, Santiago de Chile, Ediciones UC, 2018, p. 713.

acreedores estarán facultados para retener en su poder la cosa fructuaria hasta que las respectivas obligaciones sean cumplidas”.¹⁴⁰

A propósito de este derecho de usufructo, Alcalde alude a la siguiente nota de Bello, hecha al art. 2659 del “Proyecto Inédito” del Código Civil, que corresponde al art. 2466 del Código vigente: “El usufructuario insolvente conserva el derecho de usufructo en este sentido: que la facultad de percibir los frutos, en la cual se subroga el concurso, no puede durar más tiempo que el derecho mismo: si el usufructo fuese vitalicio, los frutos dejarían de pertenecer al concurso luego que falleciere el deudor”.¹⁴¹ De esta nota, Alcalde extrae la siguiente conclusión: “Como fácilmente se puede apreciar, esta observación deja de manifiesto que la atribución otorgada a los acreedores no consiste –como creen algunos- en el embargo y posterior venta del derecho que posee el deudor como usufructuario, sino que en la posibilidad que se concede al acreedor para ejercer, en lugar y a nombre de la persona obligada, una facultad que a ésta pertenece”.¹⁴²

iii) Derechos de dominio y de hipoteca: cabe advertir que el art. 2466 no los menciona, pero parte de la doctrina concluye que también quedan comprendido en sus términos. Refiere al respecto Alcalde: “Si bien es cierto el art. 2466 no hace una referencia expresa a los derechos de dominio e hipoteca, ello no implica (...) que no sea procedente la subrogación a su respecto. Pensamos que la razón que llevó al legislador a no mencionarlos se debe, simplemente, a la forma en que fue redactado el precepto. En este sentido, cabe señalar que la norma citada supone que hay un deudor insolvente que mantiene en su poder una especie perteneciente a un tercero y faculta, a los acreedores del primero, para subrogarse en sus derechos y acciones, respetando, en todo caso, el derecho del respectivo dueño. Por tal motivo, era lógico que la ley no hiciera referencia al dominio que tiene el deudor, como asimismo al derecho real de hipoteca, pues, en este último, si bien el deudor posee el derecho, la especie sobre que recae, sin embargo, no se encuentra en su poder, a diferencia de lo que ocurre con la prenda, el usufructo y la retención. De otro lado, es menester recordar, en relación con el dominio, que el propio Bello formula ejemplos que permiten sostener, inequívocamente, que en este ámbito admite el ejercicio de la acción indirecta”.¹⁴³

Segunda posición doctrinaria: los acreedores pueden embargar los derechos reales y obtener seguidamente su venta forzada y pagarse con el producto de la misma. Estaríamos entonces ante *una modalidad de la acción ejecutiva* y no ante una acción propiamente oblicua. René Abeliuk adhiere a esta tesis, expresando al efecto, después de citar el art. 2466: “Leído superficialmente el precepto, parece dar la razón a quienes sostienen que otorga a los acreedores el derecho a sustituirse al deudor en el ejercicio de tales derechos, máxime si el propio legislador habló de ‘subrogarse’. Sin embargo, y aunque el uso de esta expresión y la oscuridad misma de la disposición hacen discutible el punto, pareciera más bien que el legislador continuara reglamentando el derecho de ejecución que fluye de la garantía general establecida en los Arts. 2465 y 2469. En efecto, el Art. 2465 permite efectuar la ejecución de todos los bienes del deudor, los que a él pertenecen. Pero puede ocurrir que en el patrimonio del deudor existan otros bienes de que él no es dueño, sino que corresponden a otras personas. El inc. 1º del Art. 2466 deja bien en claro que estas personas conservarán su dominio; lo que es evidente, y si se llegaran a embargar, deducirían la

¹⁴⁰ Alcalde Rodríguez, Enrique, ob. cit., p. 714.

¹⁴¹ *Obras Completas de don Andrés Bello*, Volumen XIII, “Proyecto inédito de Código Civil”, Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890, p. 609.

¹⁴² Alcalde Rodríguez, Enrique, ob. cit., p. 710.

¹⁴³ Alcalde Rodríguez, Enrique, ob. cit., p. 722.

correspondiente tercería de dominio. Dicho de otra manera, los acreedores no pueden perseguir los bienes mismos, no los pueden embargar y sacar a remate. Pero en estos bienes el deudor puede tener ciertos derechos reales, como prenda y usufructo que el Código menciona expresamente; o puede tener el derecho de retenerlos hasta que no se le paguen ciertas indemnizaciones, como ocurre en el derecho legal de retención. Respecto del bien mismo, el deudor es mero tenedor, pero dueño de su derecho de prenda, usufructo, etc. Tales derechos son perfectamente embargables por los acreedores, y así, por ejemplo, los acreedores podrían embargar y rematar el derecho de usufructo y hacerse pago con el producto del remate; lo que no pueden hacer es embargar y rematar el bien mismo, ya que debe respetarse la nuda propiedad ajena. En cuanto a la prenda, querría decir que el acreedor ejecutante embargaría el crédito garantizado con ella, y lo sacaría a remate, como cualquier otro bien del deudor. Lo mismo haría con el crédito con derecho de retención: embargar el crédito que tiene el deudor contra el dueño de la cosa, y sacarlo a remate con el derecho incluido. Todo ello no escapa hasta aquí a las reglas normales de la ejecución, y el legislador tenía necesidad de decirlo expresamente, pues se había referido en el Art. 2465 únicamente a los bienes de que el deudor es dueño. En cambio, la acción oblicua produce otros efectos muy diversos: en el usufructo querría decir que pasarían a gozar de éste los acreedores por cuenta del deudor, que podrían cobrar los créditos garantizados con prenda, o sobre los que se ejerce el derecho legal de retención directamente. El punto resulta bastante discutible por la redacción del precepto [art. 2466]; sin embargo, los incisos 2º y 3º parecen confirmar la idea de que se está refiriendo al embargo de los derechos del deudor”. Agrega Abeliuk que en el inciso 3º, “el legislador fue bien claro: se trata también de bienes como en el caso del inc. 1º en que el deudor no es dueño pero que figuran en su patrimonio en virtud de los usufructos legales, o los derechos reales personalísimos de uso y habitación; tales bienes no pueden ser perseguidos por los acreedores por ser ajenos, y el derecho del deudor tampoco es susceptible de persecución, porque es inembargable. La expresión ‘sin embargo’ con que comienza el precepto revela que se trata de casos análogos a los anteriores (...). Ello permite sostener, lo que por otra parte parece más lógico, que se está reglamentando una modalidad de la acción ejecutiva de los bienes de que el deudor no es dueño, y no estableciendo una acción oblicua”.¹⁴⁴

ii.- Pueden también subrogarse los acreedores *en el ejercicio del derecho legal de retención* que pueda corresponderle al deudor en ciertos casos, como arrendatario, depositario, mandatario, comodatario, usufructuario, etc. (art. 2466).

Señala al efecto Enrique Alcalde: “El efecto característico y principal del derecho [legal de retención] lo constituye la circunstancia de que el retencionario podrá negarse a restituir la cosa mientras el crédito no sea satisfecho en todas sus partes. Sin embargo, no menos importante que aquél son también los derechos que otorga la retención legal declarada judicialmente, en el sentido que habilita para realizar el bien sobre que recae y pagarse preferentemente con el producto de la venta, facultades éstas a las que alude el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, el artículo 2466 permite a los acreedores subrogarse en el derecho legal de retención de que sea titular el deudor. Para entender cómo opera, en estos casos, la referida substitución, pensemos en el siguiente supuesto de hecho: B obró como mandatario de A e incurrió en cuantiosos gastos para ejecutar el encargo, los cuales aún no le han sido reembolsados. No obstante, en el ejercicio del mandato recibió, a nombre de su mandante, diversos bienes que conserva en su poder.

¹⁴⁴ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 766, pp. 769 y 770.

De conformidad con el artículo 2162, el mandatario está facultado para retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte. Agreguemos que B es, a su vez, deudor de C y que tiene en su patrimonio sólo bienes inembargables, con excepción del crédito en contra de A, el cual, por razones obvias, no desea cobrar. En esta hipótesis, podría C, eventualmente, subrogar a B y, en tal calidad, retener la cosa recibida al ejecutar el mandato; ello con el fin, por una parte, de impedir que ésta le sea entregada al mandante sin esperar que cumpla con su obligación de reembolso y, por otra, como una forma de presionar a este último para que pague las cantidades que adeuda”.¹⁴⁵

iii.- Art. 1677, derecho a subrogarse el acreedor en el ejercicio y en la interposición de los *derechos y acciones que tenga el deudor en contra de los terceros* por cuyo hecho o culpa suya haya perecido la cosa.

Sostiene Alessandri que “Otro caso de subrogación lo tenemos en el artículo 1677 del C. Civil, que dispone: ‘Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa’”.¹⁴⁶

Meza Barros, por su parte, también incluye este caso entre aquellos en que se admite acción oblicua: “De acuerdo con el art. 1677, aunque se extinga la obligación por la pérdida de la cosa debida, podrán los acreedores exigir que se les cedan los derechos y acciones que el deudor tenga en contra de los terceros por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa”.¹⁴⁷

Aquí, sin embargo, tanto René Abeliuk como Enrique Alcalde no ven un caso de acción oblicua. Decía Abeliuk, después de aludir al tenor del art. 1677: “Se ha solido sostener que habría ejercicio de la acción oblicua porque el deudor sería sustituido en sus derechos contra el o los terceros por el acreedor, pero la verdad es que en este caso se trata de una manera de expresarse del legislador, porque el deudor carece normalmente de toda acción o derecho contra el autor del daño. En efecto, es requisito esencial de la indemnización de perjuicios la existencia de estos últimos, y el deudor normalmente no los ha sufrido. Y así, por ejemplo, si debía un caballo a A, y éste peca atropellado culpablemente por C, el deudor no ha tenido daño alguno, porque su obligación se extinguió por caso fortuito, sin ulterior responsabilidad para él. El que ha sufrido el daño es el acreedor, y él cobrará los perjuicios directamente al tercero. En otros casos, el deudor tendrá acciones, como si por ejemplo ha dejado la cosa en depósito, bajo una cláusula penal, que no requiere probar perjuicios para cobrarla y se destruye por culpa del depositario. En tal caso, debe ceder sus acciones a la cláusula penal al acreedor suyo, pero no hay acción oblicua, sino un caso de cesión legal de derechos”.¹⁴⁸

Alcalde, con similares argumentos, también considera que no estamos ante una acción oblicua, sino que más bien ante un caso en el que el acreedor tiene acción directa en contra del responsable de la destrucción de la cosa. Afirma al efecto: “La mayoría de los autores consideran como una hipótesis de ejercicio de la acción subrogatoria, la norma contenida en el artículo 1677, según el cual (...). Para afirmar lo anterior, se fundan en la circunstancia que, de acuerdo con el precepto aludido, el acreedor estaría facultado para substituir al deudor, ejercitando, en lugar y a nombre de éste, los derechos que tenga contra

¹⁴⁵ Alcalde Rodríguez, Enrique, ob. cit., p. 715.

¹⁴⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 147.

¹⁴⁷ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 450, p. 324.

¹⁴⁸ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 768, p. 772.

un tercero. En nuestra opinión, tal criterio resulta equivocado. Si derivado del dolo o culpa de un tercero parece la especie o cuerpo cierto que el deudor estaba obligado a dar o entregar, su obligación se extingue por el modo denominado ‘pérdida de la cosa que se debe’, constituyendo la intervención del sujeto ajeno al contrato o convención, un caso fortuito que libera de responsabilidad al deudor. Luego, por regla general, el deudor no tendrá ningún derecho que ceder a su acreedor, toda vez que carece de acción contra el tercero. Ello por cuanto, en tales casos, no puede decirse que ha sido víctima de un daño, requisito esencial, como es sabido, para demandar perjuicios; incluso más, en este evento ha quedado libre de toda responsabilidad frente a su acreedor. Sin embargo, no cabe duda de que el titular del crédito ha sufrido un perjuicio al ser dañado, en la práctica, su derecho personal para exigir la entrega de la especie debida, la cual ha perecido sin ulterior responsabilidad para la persona obligada a entregarla. En consecuencia, será el acreedor quien legítimamente se halla habilitado para entablar la acción indemnizatoria, la que podrá ejercer *directamente y a nombre propio* en contra del autor de los perjuicios. No obstante, cabe tener presente que en ciertas oportunidades tendrá aplicación el precepto en análisis, pero no como una modalidad de la acción oblicua, sino como un caso de cesión legal de derechos. Así, por ejemplo, si la persona obligada a dar la especie o cuerpo cierto la tenía entregada en depósito, existiendo una cláusula penal para el evento de no cumplirse con la restitución, y la especie perece por culpa del depositario, el acreedor podría exigir que el deudor le ceda sus acciones para reclamar la pena, lo cual, obviamente, le reporta ventajas si se recuerda que no le sería necesario probar perjuicios”.¹⁴⁹

iv.- Arts. 1965 y 1968, relativos al *arrendamiento*. En el primer caso, los acreedores se subrogarán en el crédito que el arrendador tenga en contra del arrendatario por las rentas impagas; en el segundo caso, los acreedores se subrogarán en el derecho del arrendatario a mantener vigente el contrato de arrendamiento.

Dispone el art. 1965: “Si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo en la cosa arrendada, subsistirá el arriendo, y se substituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador. / Si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1962”.

Enrique Alcalde Rodríguez comenta lo siguiente respecto a este precepto: “... a través de esta figura, los acreedores quedan facultados para percibir la renta de arrendamiento a que tiene derecho el deudor [arrendador], en la cual podrían, a su vez, hacer efectivos sus créditos; todo ello considerando el deber que pesa sobre los mismos en el sentido de respetar y cumplir las obligaciones que del contrato emanan para el arrendador. Lo recién señalado se justifica plenamente si se recuerda que los acreedores que hacen uso de la subrogación pasan a ‘representar’ al deudor en la relación jurídica que lo vincula con el tercero. Ahora bien, el interés que en esta materia cabría atribuir a la acción indirecta puede ser graficado con el siguiente ejemplo: A debe a B una cierta suma de dinero. Por otra parte, A es dueño de una propiedad –único bien de su patrimonio- la que tiene dada en arriendo a C. En este caso, B podría embargar y vender la cosa sobre la cual recae el contrato, para, con su producido, obtener la satisfacción de su obligación. Hasta el momento, el artículo 1965 no presenta ninguna novedad, pues lo mismo podría ocurrir, de acuerdo con las normas generales que regulan el procedimiento ejecutivo, si esta disposición no existiera. Sin embargo, agreguemos en el ejemplo que, atendidas las condiciones vigentes en el mercado, el precio que se podría obtener por la enajenación del

¹⁴⁹ Alcalde Rodríguez, Enrique, ob. cit., p. 719.

bien resultaría muy reducido y que, por otro lado, la renta de la propiedad es altamente conveniente para el arrendador. En la hipótesis planteada, la norma en comentario permitiría a B subrogar a A en el contrato de arrendamiento y, de esta manera, percibir, en lugar y a nombre suyo la renta a que está obligado C, con el fin de hacer efectivo en ella el importe de sus créditos”.¹⁵⁰

René Abeliuk, por su parte, señala: “el Art. 1965 se pone en el caso de que los acreedores del arrendador traben embargo en la cosa arrendada. En ello no hay nada excepcional: el hecho de estar arrendado un objeto del dominio del deudor, no impide la ejecución de los acreedores del arrendador. El embargo no tiene por qué poner término por sí solo al arriendo, pero sí que coloca el bien embargado fuera del comercio jurídico (Nº 802). El propietario queda inhibido de efectuar actos de disposición, y el o los acreedores ejecutantes ‘se sustituirán en los derechos y obligaciones del arrendador’. O sea, toman la calidad de contratante, reemplazan al arrendador mientras dure el embargo. En tal sentido, se asemeja a la acción oblicua, pero verdaderamente lo que ocurre es que hay un traspaso legal del contrato, a consecuencia del embargo (Nº 1.166), y como modalidad de la ejecución. Tanto es así que esta sustitución sólo beneficia a los acreedores que intentaron el embargo, y no a la masa, como ocurre con la acción oblicua. Ahora bien, el embargo es una medida provisional; si el deudor paga la deuda, el embargo se alzaría y recuperaría su calidad de arrendador, pero si la ejecución sigue su curso y se saca a remate la cosa arrendada terminará igualmente la sustitución del deudor, porque también concluye el dominio de éste”.¹⁵¹

Por su parte, el art. 1968 del Código Civil se pone en el caso inverso, es decir, el insolvente es el arrendatario, y dispone al efecto que “La insolvencia declarada del arrendatario no pone necesariamente fin al arriendo. / El acreedor o acreedores podrán substituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador / No siendo así, el arrendador tendrá derecho para dar por concluido el arrendamiento; y le competará acción de perjuicios contra el arrendatario según las reglas generales”.

Como puede apreciarse, este artículo se refiere a los acreedores del arrendatario, que podrían mantener subsistente el arrendamiento. Así, por ejemplo, podría suceder que el arrendatario desarrolle una industria o comercio en un local arrendado, y genere ingresos que a su vez permitirían a sus acreedores obtener el pago de sus acreencias, de manera que a ellos les interesa que subsista el arrendamiento. Para ello, prestarán “fianza a satisfacción del arrendador”.

Señala al respecto Enrique Alcalde: “De conformidad con el precepto aludido, la insolvencia del arrendatario, aun cuando se halle declarada, no produce la terminación del arrendamiento, siempre que los acreedores opten por ejercer el derecho que en él se contempla, esto es, substituir al deudor prestando fianza estimada como suficiente por el arrendador. En este caso, y a la inversa de lo que ocurría al analizar el artículo 1965, se trata de la subrogación por los acreedores del arrendatario, los cuales pueden, también, tener un legítimo interés en mantener vigente el contrato. Así, por ejemplo, supongamos que A es un deudor comerciante declarado insolvente y que, en el giro de su negocio, ha contraído obligaciones respecto de B, su proveedor. Agreguemos que A arrienda a C un establecimiento en el cual realiza su comercio. Para B no existen prácticamente

¹⁵⁰ Alcalde Rodríguez, Enrique, “La acción subrogatoria”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 14, Nº 2/3, mayo-dic. 1987, p. 374; y *La Responsabilidad Contractual*, ob. cit., pp. 717 y 718.

¹⁵¹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., Nº 767, p. 771.

expectativas en el sentido que serán pagados sus créditos en el corto plazo y, menos aun cuando C, sabedor de la insolvencia de A, pretende poner fin al arrendamiento. Sin embargo, hay posibilidades de que, a futuro, A pueda recuperar su situación económica, para lo que le es imprescindible continuar arrendando el bien. Con tal objeto, B opta por subrogar al deudor en su relación contractual, constituyendo al efecto fianza en beneficio de C, en la esperanza de que, continuando A con la explotación de su giro, podrá finalmente cumplir sus compromisos”.¹⁵²

En el caso del art. 1968, Abeliuk concluye que la figura –a diferencia de lo que opina respecto de la establecida en el art. 1965- tiene mucho de acción oblicua: “Lo que ocurre es que los acreedores del arrendatario pueden tener interés en mantener el arriendo porque, por ejemplo, allí tiene su explotación el deudor, con cuyo producto podrá quizás pagarles sus créditos; para evitar la pérdida de esta expectativa, la ley les da el derecho de sustituirse en el contrato, dando fianza. Aunque también participa de otros caracteres, y especialmente de la cesión legal de contrato (Nº 1.166), no hay duda de que tiene mucho de acción oblicua”.¹⁵³

v.- Arts. 1238, caso de la *repudiación de una herencia o legado*. Los acreedores podrán aceptar la asignación por causa de muerte por su deudor.

Dispone este precepto: “Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste”.

Abeliuk, refiriéndose a este artículo y también al art. 1394, al que aludimos en el siguiente literal, afirma que tienen un carácter “mixto”, pues contienen elementos tanto de una acción oblicua como de una acción pauliana: “La figura, que es reconocida por casi todas las legislaciones, tiene un carácter mixto. Tiene mucho de acción oblicua, y tanto es así que el Art. 1394 (...) habla de ‘sustitución’ del deudor; ello porque se ejerce un derecho de éste. Pero también tiene bastante de acción pauliana, y tanto que el Art. 1238 utiliza la expresión ‘rescisión’ tan erróneamente a nuestro juicio, como lo hace en el Art. 2468 para la acción pauliana; en efecto, se deja sin efecto un acto ya ejecutado y en perjuicio de los acreedores. No se exige, en cambio, el fraude pauliano que identifica esta institución y que es de más difícil prueba que el mero perjuicio a los acreedores que exigen los Arts. 1238 y 1394”.¹⁵⁴

Enrique Alcalde, por su lado, también concluye que estaríamos (en los arts. 1238 y 1394) ante figuras de naturaleza mixta: “la lectura de ambas disposiciones ha llevado a que la mayoría de la doctrina estimen que se trataría de casos en los cuales se reconoce expresamente la acción subrogatoria, máxime cuando el artículo 1394 utiliza la expresión ‘sustituirse’. Otros, en cambio, piensan que en estas hipótesis la ley reglamentó una modalidad especial de la acción pauliana, ya que el fin perseguido consistiría en obtener la revocación de un acto ya ejecutado (el repudio) que irroga perjuicio para los acreedores. Por último, una tercera posición –a la cual adherimos- se inclina por sostener que la figura que comentamos tiene una naturaleza mixta, que participa de los caracteres de la acción oblicua y revocatoria. En efecto, para lograr el objeto pretendido, los acreedores deben

¹⁵² Alcalde Rodríguez, Enrique, “La acción subrogatoria”, ob. cit., pp. 374 y 375; y *La Responsabilidad Contractual*, ob. cit., p. 718.

¹⁵³ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., Nº 767, pp. 771 y 772.

¹⁵⁴ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., Nº 769, p. 773.

llevar a cabo una gestión que, desde un punto de vista abstracto, se compone de dos actuaciones jurídicas perfectamente diferenciables. En primer lugar, obtener que se deje sin efecto el repudio, es decir, el acto ejecutado en perjuicio de sus derechos, sin que pueda afirmarse que ello constituye, propiamente, el ejercicio de la acción revocatoria pues faltaría uno de sus elementos esenciales, cual es, el fraude pauliano, requisito que no exige el precepto que comentamos. En segundo término, los acreedores deben ocurrir al tribunal a fin de que los autorice para substituir al deudor que ha repudiado y, de esta manera, aceptar la asignación o donación hasta concurrencia de sus créditos. Como puede apreciarse, tampoco se puede sostener de un modo categórico que en tales casos se dé el ejercicio de la acción indirecta, ya que la subrogación tendría lugar después de revocado el acto, exigiéndose, además, la autorización judicial, requisito que según vimos no es necesario que concorra para intentar esta vía. De otro lado, cabe hacer notar que el perjuicio a que aluden los preceptos citados, y que debe sufrir el acreedor para que prospere su acción, es un elemento común a las dos instituciones a que se ha hecho referencia. Así pues la revocatoria podrá entablarse en la medida que el acto impugnado haya causado un daño al demandante y, y la subrogatoria, siempre que la circunstancia de no haber ejercitado el deudor su correspondiente facultad desvanezca la posibilidad de que el acreedor satisfaga su crédito. Para los efectos de apreciar el beneficio que reportan para el acreedor las facultades contenidas en los artículos 1238 y 1394, pensemos en el siguiente ejemplo: B debe 50 a C y no tiene en su patrimonio bien alguno para satisfacer al acreedor. Con posterioridad, B recibe de A una herencia cuyo monto asciende a 100. No obstante, B la repudia considerando que, una vez ingresado el dinero a su haber, éste será embargado por C. En este caso, obviamente el acreedor sufrirá un perjuicio ya que se lo habrá privado de la posibilidad de hacer efectiva la obligación en la respectiva herencia. Por tal motivo, C solicita al juez que revoque el repudio hasta 50, suma que representa el total de su crédito y que, además, se lo autorice para substituir al deudor a fin de que, en tal calidad, acepte la asignación hasta por una cantidad igual a la recién indicada”.¹⁵⁵

vi.- Artículo 1394, caso de *repudiación de una donación*.

Su tenor es el siguiente: “No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero. / Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para substituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero”.

Los acreedores, en este caso, podrán aceptar la donación por su deudor. Las ideas expresadas para el caso anterior, también aplican para éste.

Para una parte de la doctrina, a los casos anteriores, cabe agregar otros, entre ellos, la posibilidad de que el acreedor pueda ejercitar la *acción reivindicatoria* que le compete al deudor, en el contexto de una declaración previa de nulidad absoluta. Enrique Alcalde plantea al respecto las siguientes ideas: “En nuestro concepto, entre las disposiciones legales que regulan los efectos de la nulidad es posible encontrar una hipótesis de subrogación por los acreedores. Como es sabido, la nulidad judicialmente declarada opera con efecto retroactivo y en consecuencia, una vez anulado un determinado acto jurídico, se reputa que jamás existió, siendo por lo tanto necesario volver a las partes al estado en que se encontraban antes de su celebración. Para tal objeto, se deberá realizar una serie de restituciones mutuas, aplicándose, a este respecto, las reglas que da el Código en materia de

¹⁵⁵ Alcalde Rodríguez, Enrique, ob. cit., pp. 720-722.

reivindicación. Con la finalidad indicada, el artículo 1689 dispone (...). Para entender cómo opera la norma transcrita y determinar el alcance que atribuimos a la misma, pensemos en el siguiente ejemplo: A celebró un contrato de compraventa con B, en cuya virtud transfirió a éste la propiedad de un bien raíz, a cambio de un cierto precio. Supongamos que el contrato no fue otorgado por escritura pública, razón por la cual adolece de un vicio de nulidad absoluta. Agreguemos que, en el ejemplo, A es deudor de C y que el único bien que tenía en su patrimonio para responder por el cumplimiento de su obligación era aquel que transfirió a B. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1683 puede solicitar la declaración de nulidad absoluta cualquiera que tenga interés en ello. En la hipótesis planteada, obviamente C estará interesado en que se declare nula la compraventa celebrada entre A y B, ya que una vez que ello ocurra, A podrá reivindicar el bien y obtener que reingrese a su patrimonio. Con tal propósito, C solicita y obtiene la correspondiente declaración de nulidad. Sin embargo, en este caso, A no demuestra intención alguna de reivindicar puesto que, ingresado que sea el bien a su haber, éste será embargado por C. Frente a la inacción del deudor, C opta entonces por ejercer la facultad que el otorga el artículo 1689 y entabla la acción reivindicatoria que pertenece a A. De esta manera, el acreedor estaría ejerciendo un derecho que corresponde al deudor, ya que en su calidad de tal no podría reivindicar por no haber sido nunca dueño ni poseedor de la cosa sobre que recae la acción. En otras palabras, la disposición en análisis permitiría ejercer la sustitución e intentar la reivindicación subrogando a quien es el primitivo titular del derecho”. Advierte sin embargo Alcalde que “el acreedor que demanda la nulidad no puede sustraerse de las consecuencias jurídicas que le son propias, en especial, de las prestaciones mutuas que sería menester realizar. Así pues, al declararse nulo el contrato celebrado entre A y B, el vendedor deberá restituir el precio a cambio de la devolución del bien a que estaría obligado el comprador. Sin embargo, en el ejemplo, A no ha entablado la acción de nulidad. Luego, ¿podría, no obstante ello, ser compelido a restituir el precio recibido de B como condición para que fructifique la reivindicación?, ¿qué ocurriría, en el caso propuesto, si A no dispone de medios para proceder a la restitución?, ¿en qué situación quedaría entonces C, titular de la subrogatoria? Para solucionar el problema y conseguir que, en definitiva, prospere la reivindicatoria que se intente ejercitando la acción oblicua, C deberá restituir, a nombre de A –deudor substituido- el precio de la compraventa y, posteriormente, una vez efectuada la devolución del bien, hacer efectivo en él no sólo su crédito sino que también el monto del precio. De esta manera, quedan asegurados los derechos del tercero (B) en lo relativo a las prestaciones que puede exigir del vendedor quien, a su vez, no se verá, en el hecho, favorecido por la declaración de nulidad ya que el bien ingresará sólo un instante a su patrimonio siendo, después, objeto de embargo y ejecución por el acreedor. Finalmente, cabe señalar que de no atribuirse al artículo 1689 el alcance que aquí proponemos, no tendría razón de ser y justificación alguna la norma que habilita para solicitar la nulidad a todo el que manifiesta interés en ello, toda vez que, para efectos prácticos, tal iniciativa a nada conduciría y, por lo mismo, la mencionada facultad sólo constituiría un caso de letra muerta en la ley”.¹⁵⁶

- c.3) Condiciones requeridas para el ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria:
i.- Que el crédito sea cierto, que realmente se tenga la calidad de acreedor.

¹⁵⁶ Alcalde Rodríguez, Enrique, ob. cit., pp. 726 y 727.

ii.- Que el crédito no esté *sujeto a condición suspensiva*, porque en tal caso, el acreedor sólo tiene derecho a impetrar medidas conservativas.

En cuanto al crédito *sujeto a plazo suspensivo*, hay discusión en la doctrina: según algunos, el acreedor a plazo podría ejercitar la acción subrogatoria, porque tiene interés evidente en que la obligación se cumpla (Alessandri¹⁵⁷ y René Jorquera); otros, le niegan este derecho, atendido el supuesto de que debe tratarse no sólo de un crédito cierto, sino también actualmente exigible (Claro Solar, Meza Barros, Abeliuk y Ramos Pazos). Claro Solar señala al respecto: “es preciso que el crédito del acreedor que quiere entablar la acción indirecta sea actualmente exigible. El ejercicio por los acreedores de los derechos de su deudor es más que un acto conservatorio. Los actos de esta última clase suponen, como su nombre lo indica, el mantenimiento del *statu quo*; excluyen toda idea de transformación; mientras que el ejercicio de una acción del deudor produce un cambio en el patrimonio de éste, puesto que substituye un valor realizado a un valor realizable”.¹⁵⁸ René Abeliuk expresa por su parte: “*Requisitos del crédito del acreedor que ejerce la acción oblicua*. En buena síntesis, podemos decir que el acreedor, en principio debe ser puro y simple, y que se exige que su crédito sea cierto y exigible. La certidumbre y exigibilidad eliminan al acreedor condicional suspensivo que no tiene derechos y sólo puede impetrar medidas conservativas, y el plazo obsta a la exigibilidad, a menos que se trate de un caso de notoria insolvencia que, según sabemos, hace caducar el plazo”.¹⁵⁹

iii.- Que el deudor no quiera ejercer las acciones o derechos de que se trate. Si el deudor actúa por sí mismo, los acreedores carecen de interés para accionar a su vez.

iv.- Que la negativa o desidia del deudor perjudique a los acreedores. Si el deudor posee bienes suficientes para satisfacer íntegramente sus obligaciones, no habrá perjuicio.

c.4) Forma como los acreedores pueden ejercer la acción oblicua o subrogatoria.

En principio, los acreedores no necesitan autorización judicial previa para intentar ejercer las acciones y derechos del deudor. Se dice que la autorización arranca de la ley, de manera que resulta inoficiosa la autorización judicial.

Excepcionalmente, en los casos de los arts. 1238 y 1394, es necesario que el juez autorice al acreedor para aceptar por el deudor la asignación por causa de muerte o la donación. Se explica la necesidad de obtener autorización judicial, porque en estos casos el deudor ha manifestado su voluntad de no incorporar a su patrimonio la herencia, el bien legado o la cosa donada.

c.5) Efectos de la acción oblicua o subrogatoria.

Los acreedores ejercen derechos o acciones del deudor y no actúan por ende a nombre propio, sino a nombre y en representación del deudor; por eso se dice que ejercen una acción “oblicua” o indirecta. Los bienes que se obtengan no ingresan directamente al patrimonio de los acreedores sino que al patrimonio del deudor, de manera que queden afectos al derecho de prenda general de los acreedores. La acción oblicua o subrogatoria beneficia por ende a todos los acreedores, puesto que una vez incorporados los bienes al patrimonio del deudor, pueden ser objeto de acciones de todos los acreedores, de acuerdo a los arts. 2465 y 2469.

¹⁵⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 148.

¹⁵⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 11, N° 1117, p. 586.

¹⁵⁹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 761, p. 766.

d) La acción pauliana o revocatoria.

d.1) Finalidad.

Los bienes que el deudor hace salir de su patrimonio escapan a la persecución de los acreedores. Para evitar el daño que por ello puede ocasionárseles, los acreedores disponen de la acción pauliana o revocatoria. Mediante su ejercicio pueden obtener que se dejen sin efecto las enajenaciones hechas por el deudor y que se reintegren a su patrimonio los bienes enajenados.

De tal forma, la finalidad ulterior de la acción pauliana o revocatoria es la misma de la acción oblicua o subrogatoria: incorporar bienes al patrimonio del deudor.

Se refiere a ella el art. 2468. Se llama “revocatoria”, porque mediante ella se obtiene la revocación de los actos ejecutados por el deudor, y se llama “pauliana” porque fue el pretor Paulo el que la introdujo en el Derecho romano.

d.2) Fundamento.

Tiene por tal el acto fraudulento ejecutado por el deudor, es decir, cometido con el propósito de perjudicar a los acreedores. De lo expuesto se desprende que la acción pauliana, a diferencia de la oblicua, corresponde a los acreedores personalmente, es una acción que les es propia, es una acción directa, que está en el patrimonio de los acreedores; les pertenece, en su condición de víctimas de un hecho ilícito del deudor, que exige reparar el daño causado y que da acción para ello.

d.3) Diferencias entre la acción oblicua y la pauliana.

A pesar de que ambas conducen a un mismo fin, la incorporación de bienes en el patrimonio del deudor, hay diferencias entre una y otra:

i) En la acción oblicua o subrogatoria, el antecedente es un actuar negligente del deudor, que no ha hecho ingresar en su patrimonio ciertos bienes (hay culpa, por ende); en cambio, en la acción pauliana, es un acto fraudulento del deudor, que hizo salir bienes de su patrimonio, el fundamento de la acción (hay fraude, entonces, que para algunos es una especie de dolo; el deudor comete un delito civil).

ii) Cuando se ejerce una acción oblicua, generalmente se trata de hacer ingresar bienes que nunca han estado en el patrimonio del deudor, como el caso de una herencia o donación que el deudor se niega a aceptar; por su parte, la acción pauliana busca reincorporar bienes que el deudor hizo salir fraudulentamente de su patrimonio.

iii) Los bienes obtenidos en virtud de la acción oblicua aprovechan a todos los acreedores del deudor; en cambio, la acción pauliana sólo aprovecha a los acreedores que la han ejercitado.

iv) La acción pauliana es una acción directa, que pertenece por derecho propio a los acreedores, como consecuencia del ilícito civil que el deudor ha cometido; en cambio, en la acción oblicua o subrogatoria, los acreedores están ejerciendo una acción que compete al deudor, actúan en su nombre y representación.

v) En cuanto a la prescripción de las acciones, la acción pauliana prescribe en el plazo de un año, contado desde el acto o contrato; en el caso de la acción subrogatoria, no hay una sola regla, pues la prescripción será la que corresponda en cada uno de los casos en que la ley admite la acción oblicua.

vi) Según vimos, parte de la doctrina considera que no es posible deducir la acción oblicua si el crédito no fuere actualmente exigible. Tratándose de la acción pauliana, puede intentar la acción el acreedor a plazo, pues la insolvencia del deudor, hará caducar el plazo (art. 1496, N° 1).

d.4) Oportunidad en que la acción pauliana puede ejercitarse.

¿Es necesario que el deudor esté sometido al procedimiento concursal de liquidación o haya hecho cesión de bienes para ejercer la acción?

No es necesario que nos encontremos ante los hechos mencionados. La circunstancia de que el art. 2468 se refiera a los actos ejecutados antes del concurso o de la cesión de bienes, tiene por objeto señalar o demostrar la diferente situación jurídica que ante el Derecho, tienen los actos ejecutados por el deudor antes y después de la resolución de liquidación. Pero el art. 2468 no ha pretendido decir que sólo puede intentarse la acción pauliana cuando el deudor está sujeto al procedimiento concursal de liquidación o haya hecho cesión de bienes, debido a que el fundamento de la acción es el fraude o perjuicio a los acreedores, y este igualmente podría producirse no obstante no haber resolución de liquidación o cesión de bienes.

d.5) Actos jurídicos revocables por la acción pauliana.

Para determinarlos, es necesario distinguir, como se desprende de los arts. 2467 y 2468, entre los actos ejecutados por el deudor antes de la cesión de bienes o de la resolución de liquidación, y los ejecutados con posterioridad, porque los últimos son nulos, por expresa disposición del art. 2467.

Los actos susceptibles de revocarse por el ejercicio de la acción pauliana son los anteriores a la cesión o a la resolución de liquidación, cuando el deudor tenía la libre administración de sus bienes, y a los cuales se refiere el art. 2468.

De lo expuesto, resulta necesario que concurren dos requisitos para revocar los actos aludidos, uno objetivo y otro subjetivo:

i.- La existencia del *perjuicio*, expresamente exigido en los números 1 y 2 del art. 2468. Un acto causa perjuicio a los acreedores, en este contexto, cuando ocasiona la “insolvencia” del deudor o aumenta una insolvencia preexistente. En otros términos, cuando se produce una disminución en el patrimonio del deudor, en forma tal que los demás bienes que quedan en poder del deudor son insuficientes para hacer pago al acreedor o acreedores. En efecto, “insolvente”, según el Diccionario de la Lengua Española, es aquél que no tiene con qué pagar sus deudas.

Dos requisitos se exigen a su vez respecto de la insolvencia:

i) Debe ser contemporánea con el ejercicio de la acción pauliana. Por lo tanto, no serán atacables por medio de esta acción, los actos del deudor, si a pesar de la enajenación, conserva bienes suficientes para satisfacer sus obligaciones.

ii) La insolvencia debe provenir total o parcialmente del acto ejecutado por el deudor, que se intenta revocar.

Corresponde al acreedor probar la insolvencia del deudor, y por ello se afirma que la acción pauliana es subsidiaria, los acreedores sólo pueden recurrir a ella cuando les sea imposible obtener el pago de sus créditos por otros medios. Atendiendo al primer requisito, se concluye también que no son susceptibles de acción pauliana los actos que únicamente dejen de enriquecer al deudor, ya que en realidad dichos actos no suponen una disminución del patrimonio, sino que dejan de incrementarlo. Serían objeto de acción oblicua.

Tampoco pueden ser atacados por esta acción, los actos que recaigan sobre bienes inembargables, porque aquí no hay perjuicio al derecho de prenda general de los acreedores.

Este primer requisito tiene un *carácter objetivo*.

ii.- El *fraude* (que es una especie de mala fe): se entiende por tal, en este contexto, el hecho que el deudor celebre el acto jurídico *conociendo* el mal estado de sus negocios. Respecto a los terceros que contraten con el deudor, el fraude o mala fe consiste asimismo en el *conocimiento* por éstos del mal estado de los negocios del deudor.

¿Qué alcance tiene el *fraude pauliano*? ¿Corresponde lisa y llanamente al dolo, definido en el art. 44 del Código Civil o a otro hecho ilícito, de distinto carácter, no asimilable al dolo?

La pregunta es pertinente, porque se observan dos posturas en la doctrina y también en la jurisprudencia:

- *Para algunos, se trata de un dolo, aunque especial, y corresponde por ende aplicarle a esta conducta todas las consecuencias que se derivan de la comisión de tal conducta ilícita.* Alessandri aclara, con toda razón, que “El fraude o mala fe a que este artículo se refiere, no tiene nada de parecido con el dolo en los contratos. El dolo en los contratos son las maquinaciones fraudulentas de que se vale una persona o un tercero para arrancarle el consentimiento a la otra. Aquí no hay nada de eso; aquí se ha celebrado un acto por el deudor con prescindencia absoluta de los acreedores, no ha habido maniobras de ninguna especie para conseguir el consentimiento; hay lisa y llanamente la ejecución de un acto jurídico con el propósito de perjudicar a los acreedores, que quedan al margen de la celebración del acto”.¹⁶⁰ Aclarado el punto, Alessandri discurre sobre la base de que nos encontramos ante un hecho ilícito, y más concretamente, ante un verdadero delito civil: “Tiene la acción pauliana por fundamento el acto fraudulento ejecutado por el deudor, y tiene por objeto la revocación o destrucción de los actos que el deudor ha ejecutado en fraude de los acreedores, es decir, con el propósito de perjudicarlos. Resulta entonces que el fundamento jurídico de la acción pauliana es el acto ilícito cometido por el deudor (...) comete un verdadero acto ilícito, un verdadero delito civil, que en conformidad a los principios estudiados, debe dar a los acreedores la debida reparación del daño (...) De lo dicho se desprende que la acción pauliana (...) corresponde a los acreedores personalmente, es una acción que les es propia (...) les pertenece en su calidad de acreedores lesionados, en su calidad de víctimas de un delito, en su calidad de sujetos pasivos de un hecho ilícito (...) La acción pauliana o revocatoria es una acción directa, que pertenece por derecho propio a los acreedores como consecuencia del delito civil que el deudor ha cometido...”.¹⁶¹ De lo expuesto, no hay duda que para Alessandri, el fraude pauliano, al menos en lo que concierne a la conducta del deudor, supone la comisión de un delito civil, y por ende, de dolo en su actuar, aunque por supuesto se trata de aquél dolo propio del ámbito de la responsabilidad extracontractual.

René Abeliuk, por su parte, a propósito de la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la acción pauliana (punto que veremos más adelante), afirma que “Es efectivo también que en la acción pauliana concurre una forma de dolo, ese dolo especialísimo que toma el nombre de fraude pauliano; pero el dolo como causal de nulidad es un vicio del consentimiento y puede ser invocado por la parte que ha sido perjudicada por él, mientras

¹⁶⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 156.

¹⁶¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pp. 150 y 151.

que la acción revocatoria es un dolo en perjuicio de terceros y que sólo éstos pueden hacer valer (...) Justamente por esta última característica de que hay dolo se ha recurrido a la otra institución en que éste milita: la responsabilidad civil. El fraude pauliano, como acto ilícito que es, daría lugar a la obligación de indemnizar los perjuicios de los que han intervenido en él, sólo que la reparación adopta una forma especial: dejar sin efecto el acto ilícito. Es la tesis de Planiol”.¹⁶²

El carácter “especialísimo” del dolo a que alude Abeliuk, dice relación a que se describe la mala fe de quienes intervienen en el acto jurídico en el art. 2468 en los siguientes términos: “conociendo ambos el mal estado de los negocios” del deudor.

Más adelante, refiriéndose Abeliuk al deudor, señala: “El deudor debe ser fraudulento, esto es, ejecutar o celebrar el acto o contrato con ánimo de perjudicar a sus acreedores; es una especie de dolo o mala fe, pero de carácter especial, ya que según dijimos no es el que vicia el consentimiento, y más se asemeja al que concurre en los actos ilícitos, en el delito civil”.¹⁶³

Acto seguido, se refiere a qué debe probarse en el caso de la acción pauliana: “En Francia, el Código no definió el fraude pauliano, por lo que se discute si basta con que sepa el deudor el mal estado de sus negocios, o se precisa además la intención de perjudicar a los acreedores. En Chile, el N° 1 del Art. 2468 definió el fraude pauliano: consiste en conocer el mal estado de los negocios del deudor. Esta es la circunstancia que deberán probar los acreedores para ganar la revocación”.¹⁶⁴

Este último punto es el que explica –según se verá a continuación- el por qué, para algunos, la figura del art. 2468 no sería propiamente la de un dolo.

● *Para otros, el fraude contenido en la acción pauliana no es la misma figura que conocemos como dolo, sino que otra, de manera que no corresponde aplicarle todos los efectos propios del primero.* Esta tesis se recoge en una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 18 de octubre de 2017, autos Rol N° 18.184-2017,¹⁶⁵ donde se expresa a propósito del “fraude pauliano”: “Si bien el derecho civil define al fraude, en general, como el acto efectuado intencionalmente con la finalidad de perjudicar los derechos o intereses ajenos, el fraude pauliano ‘no exige la intención de perjudicar; para que exista basta el conocimiento o la conciencia del perjuicio que el acto del deudor puede causar al acreedor, y por eso se define como la conciencia o el conocimiento que se tiene del perjuicio que se causa a los acreedores con la celebración del acto jurídico’ (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H., “Tratado de las Obligaciones”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición ampliada y actualizada, año 2004, página 212). DÉCIMO: Que de la lectura del artículo 2468 del Código Civil, en la que se regula el fraude pauliano, se advierte que dicho precepto no requiere la intención de perjudicar a los acreedores, pues limita el fraude al conocimiento del mal estado de los negocios del deudor (...) Respecto del dolo, el artículo 44 del Código Civil lo define como ‘la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro’, de manera que lo determinante para que el acto sea calificado como doloso es la intención precisamente dirigida al daño, en otras palabras, se refiere a la conducta maligna, a la intención de causar el daño. DUODÉCIMO: Que, de lo expuesto en los fundamentos que anteceden, es posible concluir que la mala fe que

¹⁶² Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, pp. 778 y 779.

¹⁶³ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, p. 783.

¹⁶⁴ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, p. 783.

¹⁶⁵ Revisar esta sentencia en “Criterios jurisprudenciales – Obligaciones en general y contratos en particular”, www.juanandresorrego.cl, sentencia N° 25.

requiere la acción pauliana se refiere al conocimiento del mal estado de los negocios del deudor, es decir, a su estado de insolvencia, razón por la que dicho requisito necesariamente difiere de la culpa o del dolo propios de la responsabilidad civil regulada en el artículo 2314 del Código Civil. No es posible asimilar al dolo, presupuesto para un ilícito civil, con la mala fe necesaria para el fraude pauliano, dado que difieren en cuanto a sus elementos y extensión (...) De este modo, el hecho ilícito al que se alude en el artículo 2317 inciso 2° del Código Civil, disposición que establece la solidaridad entre aquellos que han participado en su ejecución, no abarca el denominado fraude pauliano. En consecuencia, en el presente caso no es posible sostener que exista solidaridad entre el deudor y el tercero adquirente, ya que a éstos sólo se les exige el conocimiento del mal estado de los negocios y no la intención de causar daño”.

En esta causa, en la que se había interpuesto una acción pauliana destinada a revocar un contrato de compraventa de inmueble, el Juzgado de Letras y de Garantía de Lebu, en causa Rol N° 165-2014, por sentencia de fecha 4 de agosto de 2016 rechazó la demanda, acogiendo la excepción de prescripción opuesta por uno de los demandados, concretamente el comprador. Una Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por resolución de fecha 31 de marzo de 2017, revocó sin embargo el fallo de primer grado, y en su lugar, decidió no dar lugar a la excepción de prescripción, acogiendo en consecuencia la demanda y revocando el contrato de compraventa. Se expresa en esta sentencia: “16.- Que en la especie, los demandados actuando conjuntamente y de común acuerdo en la celebración del referido contrato, cometieron un ilícito civil, un acto fraudulento en perjuicio del acreedor demandante, como se ha establecido; de manera que conforme a la responsabilidad delictual que en su calidad de contratantes sobre ellos recae y a lo previsto en el artículo 2317 inciso segundo ya citado, dicha responsabilidad es solidaria. 17.- Que establecida la responsabilidad solidaria de los demandados, la interrupción de la prescripción que obró en perjuicio del demandado René (...), el 18 de agosto de 2014, esto es, un día antes que se extinguiera por prescripción la acción intentada, perjudicó también al demandado Emilio (...); por lo que la excepción de prescripción opuesta por éste no ha podido prosperar y, en consecuencia, la sentencia será revocada”.

La Corte Suprema, sin embargo, acogió una casación en el fondo conforme a los argumentos expuestos y anuló el fallo de segunda instancia, confirmando el de primera.

Nótese que el adherir a una u otra de las doctrinas que explican los alcances del “fraude pauliano” tiene importantes consecuencias prácticas, según puede observarse de los distintos criterios sostenidos por la sentencia de segunda instancia y por la sentencia de la Corte Suprema, concretamente en cuanto al entender la primera que había un delito civil cuyo fundamento era el dolo, los contratantes eran solidariamente responsables, y por ende, al notificársele la demanda a uno de ellos, se habría interrumpido también la prescripción respecto del otro (art. 2519 del Código Civil). En cambio, al desestimar el fallo de la Corte Suprema que en la especie hubiere dolo, se concluyó que no existía responsabilidad solidaria entre los demandados, de manera que la notificación practicada a uno de ellos, no interrumpió la prescripción respecto del otro. Siendo así, era procedente acoger la excepción de prescripción deducida por el segundo.

Personalmente, nos inclinamos por la solución recogida en el caso expuesto por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, pero no porque haya dolo, sino que por existir precisamente fraude, y porque éste, al igual que el dolo, origina responsabilidad solidaria. Creemos que efectivamente hay *fraude* en la hipótesis de la acción pauliana, y en consecuencia un delito civil, de manera que se genera responsabilidad solidaria entre

quienes celebraron el acto que se pretende revocar, habida cuenta de lo previsto en el inc. 2º del art. 2317 del Código Civil.

En otras palabras, aunque el dolo y el fraude sean figuras diversas, lo cierto es que, en lo que concierne a la solidaridad, operan de la misma forma: si dos o más personas actuaron dolosa o fraudulentamente, será solidaria la responsabilidad, y se les aplicará entonces el art. 2519, interrumpiéndose la prescripción respecto de todos, con la primera notificación hecha a una de ellas.

Claro Solar señala respecto a este distingo: “El dolo y el fraude tienen en común la mala intención de una persona contra otra; pero el fraude es ejercido por personas que contratan entre sí o por una persona aislada para perjudicar a un tercero; y el dolo tiene como carácter especial el ser ejercido por uno de los contratantes contra el otro. Así el vendedor que engaña al comprador sobre la calidad del objeto vendido comete dolo; y el vendedor que vende sucesivamente la cosa a dos personas comete un fraude respecto del primer comprador. Por ejemplo, un padre de familia autorizado por el juez para vender por cierto precio un inmueble de su hijo, obtiene del comprador un suplemento del precio que, de acuerdo con el comprador, no figura en el contrato y que el padre se apropia: no habría dolo en el contrato, sino fraude contra el hijo”.¹⁶⁶ Tratándose del fraude pauliano, también se observa un contrato en que el acreedor no interviene. La conducta no tiene como propósito arrancarle su voluntad para contratar. No se actúa directamente sobre la voluntad del acreedor. Con todo, el distingo pierde trascendencia en la práctica, como el mismo Claro Solar lo reconoce, pues el Código Civil, aunque contempla el distingo entre fraude y dolo en el art. 2317, los iguala en cuanto a sus efectos. Para el Código, dolo y fraude, al menos en cuanto a sus efectos, son sinónimos: “El fraude considera sobre todo la ejecución de los contratos; el dolo su formación o conclusión. Sin embargo, el Código mismo, en el hecho no los distingue y los usa como sinónimos (art. 2317)”.¹⁶⁷ En efecto, el art. 2317, en su inc. 2º, alude a “Todo fraude o dolo...”, dejando en claro que en uno o en otro caso, habrá responsabilidad solidaria.

Respecto a los distingos entre el dolo y el fraude, ambos como manifestaciones de la mala fe, nos remitimos a lo que hemos expuesto en la “Teoría del Acto Jurídico”, en el estudio de los vicios del consentimiento, y ahí del dolo.

A propósito de este segundo requisito de la acción pauliana, la ley distingue entre *actos a título gratuito* y *a título oneroso*. En uno y otro siempre es necesario que el deudor esté de mala fe para que el acto sea revocado. Distinta es la situación del tercero que contrata con el deudor.

Para la revocación de los *actos a título oneroso*, es necesario que el deudor y el tercero que contrata con él, se encuentren de mala fe (art. 2468, N° 1). La ley usa la expresión “rescindan”, pero en verdad no existe una hipótesis de nulidad: la sanción es otra, la revocación.

Para los *actos a título gratuito*, basta la mala fe del deudor, sin que sea necesario que el beneficiario de la liberalidad sea partícipe del fraude. Si el tercero ha recibido del deudor una liberalidad, la revocación del acto no le causará en realidad una pérdida, sino que le privará de una ganancia. La ley se inclina, en tal caso, en favor de los acreedores: art. 2468, N° 2.

¹⁶⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo XI, p. 223, N° 825.

¹⁶⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo XI, p. 223, N° 825.

El principio general, entonces, es que la acción pauliana no afecta a los terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso. En cambio, sí afectará a los terceros adquirentes de mala fe a título oneroso, y a los adquirentes a título gratuito, sea que hayan adquirido de buena o de mala fe.¹⁶⁸

Este segundo requisito tiene *carácter subjetivo*.

d.6) Acreedores que pueden intentar la acción pauliana.

Sólo los acreedores cuyos créditos sean anteriores al acto que se pretende revocar, pueden intentar la acción pauliana. Los acreedores que tienen un crédito posterior, no pueden invocar el perjuicio, porque este se produce cuando el acto del deudor disminuye los bienes que el acreedor tenía en vista al contratar o los que adquiera su deudor con posterioridad. También puede intentar la acción el liquidador designado en el procedimiento concursal.

Asimismo, puede intentar la acción el acreedor a plazo (art. 1496, N° 1, la insolvencia del deudor es una causal de caducidad del plazo).

d.7) Naturaleza jurídica de la acción pauliana.

Se trata de determinar si es una acción real o personal. En sus orígenes, el pretor Paulo la calificó de personal, pero en las Institutas se la califica de real. La tendencia actual es considerarla personal, en base a su carácter de acción “rescisoria”. Con todo, en realidad estamos ante una acción revocatoria y no rescisoria. No estamos ante un problema de validez del acto, sino que se persigue su ineficacia para mejorar al acreedor las probabilidades de cobrar su crédito. Hay inoponibilidad en realidad, no nulidad. Ahora bien, si esta acción se funda en un hecho ilícito cometido por el deudor, si tiene por objeto reparar los daños causados y si tiende a dejar sin efecto un acto jurídico, estamos ante una acción eminentemente personal, porque sólo puede reclamarse de las personas que por un hecho suyo han contraído las obligaciones correlativas, y porque no hay más acciones reales que las que nacen de los derechos reales y no hay más derechos reales que los taxativamente señalados por la ley, y de ninguno de ellos podríamos derivar la acción pauliana.

Otro argumento para descartar la nulidad, a nuestro juicio, es el siguiente: la acción, según se dirá seguidamente, sólo le corresponde a quienes hayan tenido la calidad de acreedores, en el momento en que se el deudor enajenó. Siendo así, mal podría considerarse que el contrato que sirva de título para dicha enajenación será nulo para tales acreedores y válido para los acreedores posteriores. O es nulo para todos, o no lo es para nadie. En cambio, un contrato sí puede ser inoponible para ciertas personas (los que eran acreedores al tiempo del contrato) y en cambio ser oponible a otras personas (los que adquieran la calidad de acreedores del enajenante después que éste procedió a enajenar).

Dos consecuencias podemos destacar, de la naturaleza personal de la acción:

- i.- Sólo pueden deducirla aquellos que hayan sido acreedores del deudor el tiempo en que éste enajenó; y
- ii.- La acción sólo aprovechará a quién demandó, y no a los restantes acreedores.

¹⁶⁸ La misma solución se aprecia en el art. 2303, inc. 1° (pago de lo no debido). Incluso, es más amplia la protección de los terceros en el caso del art. 976 (indignidades para suceder), pues aquí no se exige que el tercero haya adquirido a título oneroso el bien del heredero indigno.

d.8) Efectos de la acción pauliana respecto de terceros subadquirentes.

Puede suceder que al intentarse la acción pauliana, la cosa enajenada por el deudor se encuentre en manos de un tercero, a quien a su vez aquél que contrató con el deudor se la enajenó. ¿Afectan las consecuencias de la acción pauliana a este subadquirente de la cosa?

No hay unanimidad en la doctrina.

Para Alessandri, la respuesta la obtenemos de lo preceptuado en los arts. 2468 y 1681 y siguientes. Las mismas reglas que rigen la “rescisión” en todos los actos jurídicos, deben ser aplicadas a los terceros subadquirentes, y como la nulidad judicialmente declarada da acción contra terceros poseedores, sin importar si están de buena o mala fe y si el acto es a título gratuito u oneroso, la acción pauliana los afectaría, debiendo restituirse las cosas al mismo estado que tenían antes de la enajenación realizada por el deudor, porque los efectos propios de la acción pauliana serían los de la rescisión.

Meza Barros discrepa de tal interpretación. Señala que deben distinguirse dos situaciones:

i.- El tercero que contrató con el deudor no está afecto a la acción pauliana (porque adquirió de buena fe, tratándose de un acto a título oneroso). En este caso, afirma que sería de toda evidencia que si la acción no procede contra el adquirente, tampoco procede contra el subadquirente.

ii.- Al tercero que contrató con el deudor le afecta la acción pauliana (porque adquirió de mala fe, tratándose de un acto a título oneroso, o porque si el acto fue a título gratuito, se probó la mala fe del deudor). La doctrina romana resolvía la cuestión en los siguientes términos: procede la acción pauliana contra los terceros subadquirentes en los mismos términos que contra los adquirentes de primer grado.¹⁶⁹

De tal forma, la acción pauliana procederá contra el subadquirente a título gratuito, siempre que haya mala fe del deudor y perjuicio a los acreedores; no afectará a los subadquirentes a título oneroso, de buena fe. Tal solución debiera aplicarse en nuestro Derecho, a juicio de Meza Barros. Respecto a la posición de Alessandri, precisa Meza Barros que los términos del art. 2468, cuando alude a las expresiones “rescindan” (Nº 1) y “rescindibles”, son impropios, atendido el carácter de acción revocatoria y no de acción de nulidad, que tiene la pauliana.¹⁷⁰

d.9) Prueba del fraude.

Incumbe al acreedor que intenta la acción pauliana. Todo medio de prueba es admisible, teniendo gran importancia las presunciones.

En las normas de la Ley Nº 20.720, sin embargo, se establecen normas especiales, a las que aludiremos más adelante, que descargan al acreedor de la prueba del fraude, presumiéndose éste.

d.10) Efectos de la acción pauliana.

Si el acreedor obtiene sentencia favorable, se revocará el acto del deudor y se reintegrará a su patrimonio el bien enajenado, recobrando los acreedores, a su respecto, la “prenda”.

Pero la revocación en esta materia, es relativa desde dos puntos de vista:

¹⁶⁹ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, 8ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Nº 461, pp. 331 y 332.

¹⁷⁰ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 332.

i.- No aprovecha al deudor, sino que sólo a los acreedores. No beneficia al deudor a expensas del tercero; entre el deudor y el tercero, el acto subsiste, de manera que si pagado el crédito del acreedor queda un saldo del producido del bien, vendido por ejemplo en subasta, dicho saldo será para el tercero y no para el deudor; de lo contrario, el fraude del deudor se revertiría en su favor, lo que es inadmisibles.

ii.- La revocación no aprovecha a todos los acreedores, sino a los que han sido parte en la instancia (por lo demás, respecto de la nulidad, el art. 1690 consagra el mismo principio). Sin embargo, en caso de procedimiento concursal de liquidación, la solución es diferente: la acción aquí es intentada “en interés de la masa”, en beneficio de todos los acreedores.

d.11) Prescripción de la acción pauliana.

De acuerdo al N° 3 del art. 2468, prescribe en un año, contado desde la fecha del acto o contrato. Como se trata de una prescripción especial de corto tiempo, no se suspende y corre contra toda persona (art. 2524).

d.12) Las acciones revocatorias concursales.

En las disposiciones del capítulo VI de la Ley N° 20.720, que trata “De las acciones revocatorias concursales”, cabe tener presente los artículos 287, 288, 290, 291 y 292. Los dos primeros artículos, aluden a los actos ejecutados o contratos suscritos por Empresas Deudoras (personas jurídicas). El art. 290, a la revocación de los actos ejecutados o de los contratos celebrados por una Persona Deudora (persona natural). El art. 291, es una disposición común para ambos casos, y establece el plazo de prescripción de la acción y el procedimiento aplicable a la acción revocatoria. El art. 292 regula los efectos de la sentencia que acoge la acción pauliana.

El art. 287, *aplicable a ciertos actos*, consagra una hipótesis de “revocabilidad objetiva”, cuyas únicas exigencias son:

i.- Que se trate de actos realizados dentro del año inmediatamente anterior al inicio del respectivo procedimiento concursal de Reorganización o de Liquidación, para los actos jurídicos celebrados a título oneroso, o dentro de los dos años inmediatamente anteriores, si el acto fuere celebrado a título gratuito o con una Persona Relacionada a la Empresa Deudora, y

ii.- Que haya ocasionado perjuicio a la masa de acreedores.

El art. 288, *aplicable a todos los actos*, contempla una hipótesis de “revocabilidad subjetiva”, pues además de haberse realizado el acto jurídico dentro del plazo sospechoso, exige mala fe del tercero que contrata con la Empresa Deudora y que el acto cause un perjuicio a la masa o altere la posición de igualdad que deben tener los acreedores en el concurso. En este caso, el plazo cubierto por la acción revocatoria es mayor: dentro de los dos años, inmediatamente anteriores al inicio del respectivo procedimiento concursal de Reorganización o de Liquidación.

El art. 290, por su parte, se refiere a la revocación de los actos ejecutados o de los contratos celebrados por una Persona Deudora, con antelación a los Procedimientos Concursales de Renegociación o de Liquidación de sus bienes. Tales actos jurídicos susceptibles de ser revocados, son aquellos que se hubieren celebrado dentro del año inmediatamente anterior al inicio de los mencionados procedimientos, o incluso dentro de los dos años anteriores, si lo hubiere celebrado a título gratuito o con Personas Relacionadas a la Persona Deudora. El precepto, en sus tres primeros incisos, establece una especie de “revocabilidad objetiva”, *aplicable a ciertos actos*, y en su inciso final, una

“revocabilidad subjetiva”, *aplicable a todos los actos*, remitiéndose a la acción pauliana del Código Civil, que exige acreditar mala fe del tercero que contrata con el deudor, si se trata de contratos celebrados a título oneroso.

El art. 291, según se expresó, es una disposición común aplicable tanto a los actos y contratos de las Empresas Deudoras como de las Personas Deudoras, señalando el plazo de prescripción de la acción y el procedimiento aplicable a la acción revocatoria: la acción prescribirá en el plazo de un año, contado desde la Resolución de Reorganización, de Liquidación o de Admisibilidad¹⁷¹, según corresponda, y se tramitará con arreglo al procedimiento sumario.¹⁷² Se entablarán en interés de la masa y se deducirán en contra del deudor y el contratante.

Conforme al art. 292, inc. 1º, la sentencia definitiva que acoge la acción pauliana:

- i.- Declarará la revocación del contrato respectivo, que sirvió de títulos a la enajenación.
- ii.- Ordenará la restitución del bien objeto de dicho contrato.
- iii.- Ordenará practicar las inscripciones y cancelaciones que fueren pertinentes (por ejemplo, en el Conservador de Bienes Raíces o en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados).
- iv.- Señalará el monto que el tribunal estime correspondiente a la diferencia de valor entre el acto o contrato revocado y el valor que considere prevaleciente en el mercado bajo similares condiciones a las existentes a la época de dicho acto. Así, por ejemplo, si se revoca un contrato de compraventa de un inmueble, cuyo precio ascendió a cien millones de pesos, el tribunal podrá señalar que el valor de mercado de tal bien raíz ascendía a ciento ochenta millones de pesos.

El inc. 2º se refiere a las actitudes que puede adoptar el condenado a restituir el bien:

- i.- Debe restituir efectivamente la cosa a la masa; en cuyo caso tendrá derecho a la devolución de lo que hubiere pagado con ocasión del acto o contrato (en el ejemplo, a los cien millones de pesos), debiendo verificar ese monto en el Procedimiento Concursal respectivo, quedando pospuesto el pago hasta que se paguen íntegramente los créditos de los acreedores valistas (de ahí que, según señalamos, estamos virtualmente ante un crédito de *sexta* clase);
- ii.- Con todo, el demandado, dentro del plazo de tres días, contado desde la notificación del cumplimiento incidental del fallo, podrá acogerse al beneficio de mantener la cosa en su patrimonio, previo pago de la diferencia señalada en el inc. 1º, debidamente reajustada, incluyendo los intereses prefijados por el juez, desde la fecha de celebración del acto o contrato hasta la fecha del pago efectivo, una vez que la sentencia se encuentre firme o ejecutoriada (en el ejemplo, ochenta millones, más reajustes e intereses). Si el demandado opta por ejercer este beneficio de mantener la cosa en su patrimonio, el tribunal deberá

¹⁷¹ La “Resolución de Admisibilidad” se define como “aquella Resolución Administrativa dictada por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento conforme al artículo 263, que produce los efectos del artículo 264, ambos del Capítulo V” de la Ley N° 20.720 (artículo 2 N° 35 de la Ley). El citado Capítulo, regula los procedimientos concursales de la Persona Deudora. Los artículos 263 y 264, forman parte del Título 1, “Del procedimiento Concursal de Renegociación de la Persona Deudora”. El artículo 263, se refiere a la “Resolución de Admisibilidad” como aquella que declara admisible la solicitud de inicio del Procedimiento Concursal de Renegociación. El artículo 264 regula los efectos de dicha resolución.

¹⁷² En cambio, tratándose de la acción pauliana contemplada en el artículo 2468 del Código Civil, el plazo de prescripción es de un año, contado desde la fecha del acto o contrato. A su vez, el procedimiento aplicable a la acción pauliana del Código Civil es el ordinario, mientras que el que rige la acción revocatoria concursal, es el sumario.

practicar la liquidación de la suma a pagar inmediatamente después de dictarse la resolución que se pronuncia sobre el ejercicio de la opción. El demandado deberá efectuar el pago dentro del plazo de tres días contado desde que el tribunal entregue la referida liquidación (inc. 3°). De alguna manera, este derecho que se confiere al demandado, se asemeja al otorgado por el Código Civil en el art. 1890, en las normas de la lesión enorme, al demandado contra quien se pronuncie la rescisión, pero que opte por perseverar en el contrato.

El demandante no podrá oponerse al ejercicio de este derecho de opción, salvo error de hecho o meramente numérico del tribunal (inc. 4°).

Si la parte condenada no restituyere la cosa o el valor que determine el juez, podrá exigirse el cumplimiento forzado (inc. 5°).

Para los efectos de la valoración de los bienes objeto de la acción, sólo será admisible como prueba el informe de peritos (inc. 6°).

Contra la sentencia definitiva sólo procederá el recurso de apelación, el que deberá interponerse en el plazo de diez días contado desde la notificación del fallo. Dicho recurso será concedido en ambos efectos y tendrá preferencia para su inclusión en la tabla, su vista y su fallo.

e) *El beneficio de separación.*

e.1) Concepto.

El beneficio de separación impide la confusión de los patrimonios del causante y del heredero, y permite a los acreedores hereditarios y testamentarios pagarse con los bienes del causante, con prioridad a los acreedores del heredero: art. 1378.

De no impetrarse este beneficio, el patrimonio del causante y el del heredero pasarán a ser uno solo, con el peligro consiguiente para los acreedores del causante, en el caso que el heredero tenga a su vez demasiadas deudas.

e.2) Quienes pueden invocarlo.

Corresponde el beneficio a los acreedores hereditarios (es decir, los que el causante tenía en vida) y a los acreedores testamentarios (es decir, aquellos cuyo crédito emana del testamento): art. 1097.

Pueden invocar el beneficio incluso los acreedores a plazo o bajo condición (art. 1379).

No pueden pedir este beneficio los acreedores del heredero (art. 1381).

e.3) Efectos del beneficio de separación:

1° Los acreedores hereditarios y testamentarios tienen derecho para pagarse íntegramente sus créditos con los bienes que dejó el causante.

2° Pagados los aludidos créditos, el remanente, si lo hubiere, se agregará a los bienes propios del heredero para satisfacer a sus propios acreedores (art. 1382).

3° Agotados los bienes del causante, los acreedores hereditarios y testamentarios pueden perseguir los saldos de sus créditos en los bienes del heredero del deudor, pero en tal caso, los acreedores del heredero tienen derecho a pagarse antes que los acreedores del causante (art. 1383). Con todo, debe considerarse la posibilidad de que los herederos hayan aceptado la herencia con *beneficio de inventario*. En tal caso, si bien los acreedores del causante, en principio, podrían perseguir los bienes de dichos herederos, ello no será posible si los

herederos beneficiarios no realizaron ningún acto de disposición sobre los bienes dejados por el causante y éstos fueron vendidos a petición de los acreedores del *de cuius*.

e.4) Casos en que no tiene lugar el beneficio de separación: art. 1380.

i.- Cuando el crédito del acreedor prescribió.

ii.- Cuando el acreedor reconoció al heredero como deudor.

iii.- Cuando los bienes de la sucesión ya salieron de manos del heredero o se confundieron con el patrimonio de éste, siendo imposible reconocerlos.

Se estudiará con mayor detalle este beneficio, en Derecho Sucesorio.
