

La trayectoria de René Abeliuk como especialista en Derecho Civil y la enriquecedora experiencia adquirida durante años dedicados al servicio público y al ejercicio de la abogacía, se plasman en su obra *Las Obligaciones*, cuya tercera edición actualizada presentamos.

En un lenguaje directo y de fácil comprensión, la obra se desarrolla fluidamente, dividida en dos volúmenes y clasificada en seis partes. El primer volumen estudia las siguientes materias: "Concepto y Nociones Fundamentales", "Teoría General de las Fuentes de las Obligaciones" y "Clasificación de las Obligaciones". El segundo volumen analiza los siguientes temas: "Efectos de las Obligaciones", "Modificación de la Obligación" y "Extinción de las Obligaciones".

La obra ha sido puesta al día incorporándole las modificaciones legales más recientes, en particular aquellas relativas a las operaciones de crédito de dinero y la reajustabilidad de las obligaciones, introducidas principalmente por la Ley N° 18.840 de 1989. La excelente sistematización y el análisis exhaustivo, y a la vez sencillo, de las complejas materias contenidas en el Libro IV del Código Civil, las que se estudian a la luz de las corrientes doctrinarias más importantes y de la jurisprudencia, hacen de este título una obra clásica de obligada consulta para abogados y estudiantes.

**Editorial Jurídica de Chile**

**René Abeliuk M.**

**Tomo II**

**LAS OBLIGACIONES**

**René  
Abeliuk  
Manasevich**

# **LAS OBLIGACIONES**

**Tomo II**

**Editorial Jurídica de Chile**

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

RENE ABELIUK MANASEVICH

# LAS OBLIGACIONES

Tomo II

© RENE ABELIUK MANASEVICH

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Inscripción N° 85.833

Se terminó de imprimir esta tercera edición  
de 1.800 ejemplares en el mes de septiembre de 1993

IMPRESORES: Editorial Nomos

IMPRESO EN COLOMBIA / PRINTED IN COLOMBIA

ISBN 956-10-1021-6

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

ABREVIATURAS  
LAS MAS FRECUENTEMENTE USADAS EN ESTA OBRA

Art.	artículo
C.	Código
C.C.	Código Civil <sup>1</sup>
C. Co.	Código de Comercio
C.O.T.	Código Orgánico de Tribunales
C.P.	Código Penal
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil
C.P.P.	Código de Procedimiento Penal
C. del T.	Código del Trabajo
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
F.M.	Fallos del mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales <sup>2</sup>
M.P. o M. de P.	Memoria de Prueba (tesis de licenciado)
Nº	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia <sup>2</sup>
Rep. o Repertorio	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas <sup>3</sup>
Sec.	Sección
Sem.	Semestre
Sigte(s)	Siguiente(s)
T.	Tomo
Vol.	Volumen.

<sup>1</sup> Salvo mención expresa en contrario, toda referencia a un Código se entiende a los chilenos; un artículo mencionado sin expresar ley o Código, corresponde a nuestro Código Civil.

<sup>2</sup> La G. T. y RDJ. se han refundido actualmente en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Todo fallo citado por su publicación en esta Revista se entiende referido a la Segunda Parte de la misma, que es la destinada a jurisprudencia.

<sup>3</sup> Véase Bibliografía.

## INDEMNIZACION DE PERJUICIOS O RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

811. *Pauta.* Al estudiar las fuentes de las obligaciones vimos que la responsabilidad civil es la obligación que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios a otra ocasionados, y se la ha dividido tradicionalmente en contractual y extracontractual, según si previamente unía a las partes un vínculo convencional o no (Nº 205).

El segundo de los derechos que la ley concede al acreedor para obtener el cumplimiento, si no en naturaleza de la obligación, cuando menos por equivalencia, es justamente la indemnización de perjuicios o responsabilidad contractual del deudor.

Dividiremos su interesante estudio en cinco secciones: una primera destinada a fijar su concepción; y las siguientes para los requisitos. Los Capítulos 4º y 5º tratan de la evaluación de los perjuicios, y las relaciones entre ambas responsabilidades civiles, contractual y extracontractual respectivamente.

### *Sección primera*

#### CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES

812. *Concepto.* En el capítulo anterior, al tratar del cumplimiento compulsivo o ejecución forzada, vimos que en numerosas oportunidades no será posible obtener el pago de la obligación tal como ella está establecida, y que en tal caso al acreedor no le queda otro camino que solicitar la indemnización de perjuicios. Además, aun cuando pueda obtenerse el cumplimiento forzado, siempre deberá indemnizarse al acreedor el perjuicio experimentado por el atraso, ya que nunca será igual que la obligación se cumpla en el momento oportuno o con posterioridad.

La indemnización de perjuicios tiende a obtener un cumplimiento de la obligación por equivalencia, o sea, que el acreedor obtenga económicamente tanto como le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación; por ello debemos definirla como la cantidad de dinero que debe pagar el deudor al acreedor y que equivalga o represente lo que éste habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación.

Decimos que es una obligación de dinero la de indemnizar perjuicios, pero el punto se ha discutido,<sup>746</sup> sosteniéndose la posibilidad de una reparación en especie, que establece, por ejemplo, el Código alemán. Volveremos sobre el punto al hablar de otras formas de reparación.

813. *Fundamentos de la indemnización de perjuicios.* Varias son las razones que han llevado al legislador a establecerla:

1º Que, según decíamos en el Nº 798, el incumplimiento importa una violación al sistema jurídico, además del daño a una persona determinada. En el Derecho actual ésta no puede repararlo por sí misma, pues está prácticamente desterrada la autotutela: la indemnización de perjuicios es el principal medio establecido por la organización jurídica a fin de que el lesionado obtenga su resarcimiento en todos aquéllos casos en que la protección del Estado es importante para obtener el cumplimiento mismo;

2º Por la misma razón, la indemnización de perjuicios constituye una sanción civil al acto ilícito, violatorio de la norma jurídica, que lleva envuelto el incumplimiento, y

3º La indemnización de perjuicios tiende por ello mismo a forzar al deudor a cumplir, a fin de evitarse tener que pagarla.

814. *Otras formas de reparación.* Las características fundamentales de la indemnización de perjuicios son: que tiende a reparar el perjuicio sufrido por el acreedor por el incumplimiento imputable del deudor, y que no implica un cumplimiento igual al que debió prestarse.

Existen, como lo veíamos en las obligaciones de hacer y no hacer, mecanismos que tampoco equivalen al cumplimiento en naturaleza (como si se hace deshacer lo hecho, o ejecutar lo debido por un tercero a expensas del deudor), pero tienden a imitarlo, y por ello son casos de cumplimiento forzado y no de indemnización; es por esta razón que hemos sostenido que ella es siempre obligación de dinero, porque todas las otras formas de reparación en especie procuran un cumplimiento por analogía y no por equivalencia.

<sup>746</sup> Véase Gatica, ob. cit., Nº 8, pág. 16.

Existen también otros medios legales que la ley franquea al acreedor para obtener la reparación de los perjuicios sufridos, siempre que concurren los requisitos propios de ellos, pero no constituyen propiamente una indemnización de perjuicios al no encuadrar exactamente en el concepto dado; pero en todo caso permiten al acreedor remediar el daño que ha experimentado.

Son principalmente la resolución y la nulidad.

Con la acción resolutoria, el acreedor recupera lo dado o pagado por el contrato bilateral no cumplido por el deudor, o se abstiene de hacerlo, con lo cual obtiene su satisfacción. Pero, además, según el Art. 1.489, puede pedir la indemnización de perjuicios, lo que confirma que no es una acción indemnizatoria.

Mediante la nulidad, el que ha sufrido perjuicios con el acto nulo, por ejemplo, por haber incurrido en error, fuerza o dolo al contratar, hace cesar con efecto retroactivo el acto o contrato; mediante la nulidad el perjudicado hace desaparecer el acto que lo dañaba.

815. *Naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar los perjuicios.* Existen discusiones en la doctrina al respecto.

Para la mayoría de los autores la de indemnizar los perjuicios es la misma obligación que dejó de cumplirse, y que ante el incumplimiento cambia el objeto: en vez de perseguirse el cumplimiento de la obligación tal como ella se originó, se pretende una suma de dinero que represente al acreedor lo mismo que le habría significado a su patrimonio obtener el cumplimiento fiel de aquélla.

Este cambio de objeto no constituye una novación, pues ésta supone la extinción de la obligación anterior y su reemplazo por la de indemnizar los perjuicios; en cambio, para esta doctrina es la misma obligación primitiva la que se persigue bajo la forma de indemnización.

Habría una modificación objetiva de la obligación, por disposición de la ley y fundada en la imposibilidad de cumplimiento en naturaleza, que obliga al cumplimiento equivalente, pero más propio es decir que se produce una subrogación real; en la relación jurídica la de indemnizar los perjuicios pasa a ocupar el mismo lugar que tenía la obligación no cumplida; la reemplaza para todos sus efectos legales.

En cambio, para algunos autores modernos la obligación de indemnizar es una nueva obligación que nace del hecho ilícito del incumplimiento, en todo análoga a la que origina cualquier otro hecho ilícito. Son principalmente los sostenedores de la teoría de la unidad de la responsabilidad civil quienes así piensan, y por ello volveremos sobre el punto al tratar de ella (Nº 937).

En nuestro concepto adelantaremos, eso sí, que doctrinariamente la indemnización de perjuicios, si varía en ella un elemento esencial de la obligación como es su contenido, es evidentemente una nueva

obligación, pero que por disposición de la ley y por su propia finalidad se subroga a la anterior incumplida.

Nuestro Código evidentemente acoge la interpretación clásica; es la misma obligación la que subsiste. Lo dice así el Art. 1.672 inc. 1º para un caso de incumplimiento imputable: "si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". Así se confirma con el inc. 1º del Art. 1.555 ya estudiado, según el cual "toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho". Ambos preceptos dan a entender que es la misma obligación que se transforma. Así se ha resuelto: el contrato no se extingue por el incumplimiento, y la indemnización reemplaza a la obligación que cambia de objeto: la prestación que el deudor se obligó a efectuar es sustituida por la indemnización.<sup>747</sup>

La importancia que tiene resolver que es la misma obligación anterior, o en todo caso la subroga, es que todas las garantías de la obligación incumplida cubren la de indemnización, y todo aquello que afectaba al vínculo de que aquélla provino como una nulidad, afecta igualmente a la obligación de indemnizar.<sup>748</sup>

Desde otro punto de vista la obligación de indemnizar es subsidiaria y eventual en relación a la convenida y que no se cumple; lo primero justamente porque aparece sólo con el incumplimiento, y porque, según veremos, por regla general sólo puede recurrir a ella el deudor, si el cumplimiento no es ya posible, y es eventual, pues, para que nazca, es indispensable que ocurra un hecho jurídico: el mencionado incumplimiento, que está suspendiendo el nacimiento de la obligación, pero es esencial para que tenga lugar. No nos parece acertado decir que esté sujeto a la condición suspensiva de no cumplirse la obligación, justamente porque el incumplimiento es esencial para la indemnización, además de los restantes requisitos legales (Nº 452, 3º).

816. *Clases de indemnización.* Según ya lo hemos enunciado en varias oportunidades, la indemnización de perjuicios puede ser de dos clases: compensatoria y moratoria.

La primera es la suma de dinero que debe el deudor al acreedor y que equivale a lo que habría obtenido el primero con el cumplimiento efectivo e íntegro de la obligación. Por ejemplo, se debe la entrega de un automóvil para el 1º de marzo próximo, y el deudor

destruye culpablemente el vehículo; el precio de éste es la indemnización compensatoria.

La indemnización moratoria, en cambio, reemplaza al cumplimiento oportuno de la obligación; es la suma de dinero que el acreedor exige al deudor como equivalente al atraso en el cumplimiento; el mismo ejemplo anterior, pero el deudor entregó el vehículo no el 1º de marzo, sino el de mayo; le debe al acreedor el daño que le provocó el atraso de 2 meses.

Ya hemos visto que el Código donde más claramente efectúa la distinción es en el Art. 1.553 en el incumplimiento de las obligaciones de hacer (Nº 806), y en su inc. 1º faculta al acreedor a pedir "junto con la indemnización de la mora" tres cosas diversas a su elección, siendo la tercera la indemnización de perjuicios. Como el inc. 1º se había ya referido a la moratoria, no cabe duda que este Nº 3º contempla la compensatoria.

817. I. *La indemnización compensatoria.* En las secciones siguientes veremos los requisitos que deben concurrir para hacer procedente la indemnización de perjuicios; la primera circunstancia es obviamente el incumplimiento.

De las tres situaciones en que éste se presenta de acuerdo al Art. 1.556: no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente, y haberse retardado el cumplimiento, la indemnización compensatoria abarca las dos primeras, esto es:

1º El incumplimiento es total y definitivo; la obligación no se cumple en manera alguna y, en consecuencia, la indemnización compensatoria abarca el valor íntegro de la obligación, y

2º El incumplimiento es parcial, porque la obligación se cumple imperfectamente, como si por ejemplo la cosa debida es entregada con deterioros (Nº 617); la indemnización compensatoria representa el valor de dichos desperfectos.

Dos problemas se presentan principalmente en relación a la indemnización compensatoria:

1º Si el acreedor puede demandarla a su arbitrio, o únicamente si el cumplimiento en naturaleza es imposible, y

2º Su acumulabilidad con el cumplimiento forzado.

Veremos su solución en los números siguientes.

818. A. *Por regla general la indemnización compensatoria sólo procede ante la imposibilidad del cumplimiento forzado.* Como lo hemos ya estudiado, el problema está expresamente resuelto para las obligaciones de hacer en que el acreedor elige entre exigir el cumplimiento por alguna de las vías señaladas por el Art. 1.553, o la indemnización compensatoria, y en las de no hacer, en que el Art. 1.555 distingue según si puede o no deshacerse lo hecho (Nº 808).

<sup>747</sup> RDJ, T. 50, sec. 1ª, pág. 21.

<sup>748</sup> Véase Gatica, ob. cit., Nº 10 pág. 20 y los autores citados por él.

La discusión queda reducida a las obligaciones de dar; en nuestro país, la conclusión más aceptada es que el acreedor no tiene derecho a escoger: si el deudor no cumple, pero aún es posible el cumplimiento forzado, el acreedor no está facultado para pedir derechamente la indemnización compensatoria, sin antes haber intentado la ejecución coactiva.<sup>749</sup> En la doctrina extranjera se suele, en cambio, reconocer al acreedor un derecho alternativo ante el incumplimiento: exigir el pago forzado, o la indemnización de perjuicios.

El argumento de texto legal con que se rechaza entre nosotros esta facultad optativa del acreedor es el Art. 1.537, que justamente autoriza al acreedor en la cláusula penal, una vez constituido el deudor en mora, para exigir a su arbitrio el cumplimiento de la obligación principal o la pena, esto es, la indemnización de perjuicios preconvenida (Nº 917). Se dice que si el legislador lo toleró expresamente en la cláusula penal, es porque la regla general es la contraria, y se justifica la excepción en aquélla por su carácter de caución.

Estamos de acuerdo con esta opinión, y la conclusión es, en consecuencia, que el acreedor en las obligaciones de dar deberá agotar los medios de cumplimiento en naturaleza, y probando que él es imposible, tendrá derecho a indemnización compensatoria.

819. B. *Inacumulabilidad de la indemnización compensatoria y el cumplimiento.* Por regla general, el acreedor no puede cobrar la obligación principal y la indemnización compensatoria; la razón es obvia: de no ser así estaría recibiendo un doble pago, y un enriquecimiento injustificado. El acreedor exigirá el cumplimiento forzado, y si no es posible, la compensación del mismo, pero no ambas cosas.

Frente a un incumplimiento parcial podrá obviamente pedir la compensación por la parte no cumplida.

La excepción a este principio se presenta en la cláusula penal, en que en ciertos casos puede pedirse la obligación principal y la pena, y ello es posible únicamente por el carácter de caución que además del de indemnización tiene aquélla (Nº 918).

820. II. *Indemnización moratoria.* Si la compensatoria repara el perjuicio que significa el incumplimiento en sí mismo, la moratoria indemniza el atraso en el cumplimiento.

Por ello no hay inconveniente alguno en acumular el cumplimiento forzado o equivalente y la indemnización moratoria. Dicho de otra

<sup>749</sup> Por vía de ejemplo, Alessandri, ob. cit., pág. 61; Fueyo, ob. cit., T. 1º, pág. 252; Gatica, ob. cit., pág. 31.

manera, el acreedor puede exigir la ejecución forzada y la indemnización moratoria; también puede cobrar la indemnización compensatoria y la moratoria. Así lo señala muy claramente el Art. 1.553, que permite en las obligaciones de hacer, además de los perjuicios por la mora, solicitar la indemnización compensatoria (Nº 806).

821. *Requisitos de la indemnización de perjuicios. Enunciación.* Los autores enuncian de distintas formas los presupuestos de la indemnización de perjuicios, pero en definitiva y con las ligeras variantes que destacamos, son los mismos de la responsabilidad extracontractual (Nº 215). Se les puede expresar así:

1º El incumplimiento de la obligación, que equivale a la acción u omisión del autor del hecho ilícito. Como ya hemos hablado de él en los Nros. 790 y siguientes, nos remitimos a lo dicho;

2º La existencia de perjuicios;

3º La relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios;

4º La imputabilidad del perjuicio, esto es, la culpa o dolo del deudor;

5º Que no concurra una causal de exención de responsabilidad del deudor, y

6º La mora del deudor.

Esta es la gran diferencia con la responsabilidad extracontractual en que no opera este requisito;<sup>750</sup> tampoco hay nada especial que decir en cuanto a la capacidad, que se rige por las normas generales.

En las secciones siguientes analizaremos estos requisitos, en cuanto difieren a sus corresponsales en los hechos ilícitos; en los demás nos remitiremos a lo ya dicho.

### Sección segunda

#### EXISTENCIA DE PERJUICIOS Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

822. *Existencia de perjuicios.* Toda acción de perjuicios supone la existencia de éstos; no puede repararse lo que no existe.

Ya hemos dicho que en nuestra legislación daño y perjuicio son términos sinónimos, y que se pueden definir como todo detrimento que sufre una persona, ya sea en su patrimonio material o moral (Nº 247).

En materia contractual, más propiamente es el detrimento que sufre una persona en su patrimonio, sea una disminución real y

<sup>750</sup> Véase Nota 153.

efectiva que constituye el daño emergente, sea que se la prive de una ganancia futura, lo que constituye el lucro cesante (Nº 893). O sea, se limita a daños al patrimonio, porque en materia contractual, aunque se discute actualmente (Nº 892), no se indemniza el daño moral, por regla general.

Los requisitos de los perjuicios contractuales son los mismos de los extracontractuales, por lo que nos remitimos a lo dicho en los Nºs 249 y siguientes.

En cuanto a su clasificación, nos referiremos a ella en la evaluación de los perjuicios (Nº 891); destaquemos que entonces se verá un caso de excepción en que hay indemnización, aun cuando no se produzcan perjuicios: la cláusula penal, y ello por la calidad de caución que ésta tiene (Nº 907).

823. *Prueba de los perjuicios.* De acuerdo a la regla general tantas veces citada del Art. 1.698, corresponde probar la obligación a quien la alega; en consecuencia, es el acreedor el que debe probar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la indemnización de perjuicios, salvo aquellos que la ley presume, como la culpa. En consecuencia, le corresponde acreditar el daño sufrido.

El principio tiene dos excepciones legales:

1º En la cláusula penal, porque, según dijimos, no es necesaria la existencia de perjuicios (Art. 1.542), en consecuencia, el acreedor no está obligado a probarlos, y aún más, el deudor no se exime de pagarla aun probando la falta de ellos (Nº 913), y

2º En las obligaciones de dinero, si el acreedor sólo cobra intereses, no está obligado a probar perjuicios (Art. 1.559) (Nº 900).

Pero ocurre, además, que hay daños evidentes, como es éste de los intereses en las obligaciones de dinero, cuya existencia se prueba por sí misma; así ocurre en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, si éste se destruye el precio de la cosa es un daño evidente. Basta establecerlo y la concurrencia de los demás requisitos legales, y por ello el Art. 1.672, inc. 1º, si el cuerpo cierto perece por culpa del deudor, obliga a éste al precio y a la indemnización de perjuicios (Nº 1.191).

824. *La relación de causalidad en materia contractual.* Entre el incumplimiento y el daño debe existir una relación de causa a efecto, en los mismos términos que entre el hecho ilícito y el daño en la responsabilidad extracontractual, y en ambas lleva a la eliminación de los perjuicios indirectos de entre los indemnizables (Nºs. 255 y siguientes).

Las únicas diferencias estriban en que el legislador lo dijo así en la contractual y calló en los delitos civiles, sin que ello sea obstáculo

para llegar a igual conclusión, y que las partes pueden alterar la regla por una convención anterior al incumplimiento (Nº 863).

En cuanto a lo primero, el Art. 1.556 señala que los daños deben haber provenido de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento, para que se tenga derecho a que ellos indemnicen, pero más claramente lo establece aún el Art. 1.558, en cuya virtud, aunque exista dolo, los perjuicios se limitan a los "fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

Hay un ejemplo clásico en materia contractual para distinguir una y otra clase de perjuicios: el del agricultor que compra unas vacas y resultan enfermas, contagiando al resto del ganado. La pérdida de éste va conduciendo en sucesivas calamidades al agricultor a no poder explotar el fundo hasta llegar a la quiebra y el suicidio. En este dramático ejemplo, el perjuicio directo es de las vacas enfermas y el contagio; todos los restantes no eran consecuencia necesaria del cumplimiento imperfecto del deudor, y pudieron ser evitados.<sup>751</sup>

Nuestros tribunales han decidido reiteradamente la no indemnización del daño indirecto en materia contractual.<sup>752</sup>

### Sección tercera

#### EL INCUMPLIMIENTO DEBE SER IMPUTABLE AL DEUDOR

825. *Concepto.* Como señalábamos al hablar del incumplimiento, no siempre éste da lugar a responsabilidades para el deudor, porque hay casos en que éste deja de cumplir sin que por ello deba indemnización.

Dentro de la concepción de la responsabilidad subjetiva es preciso que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor, y lo es, cuando de su parte hay dolo, o sea, intención de no pagar, o culpa, esto es, falta de diligencia o cuidado.

No le será imputable en los casos liberatorios de responsabilidad, de los cuales el más importante es el caso fortuito, y que estudiaremos en la sección siguiente.

En párrafos separados trataremos del dolo y la culpa contractuales.

<sup>751</sup> Citado por Alessandri, ob. cit., pág. 92.

<sup>752</sup> La sentencia más categórica en tal sentido se publica en la RDJ, T. 48, sec. 1ª, pág. 252. Son directos los que derivan necesariamente de la obligación misma y tienen íntima relación con ella: RDJ, T. 23, sec. 1ª, pág. 273. Véase también RDJ, T. 25, sec. 1ª, pág. 472.



## Párrafo 1º

*El dolo contractual*

826. *Concepto: la teoría unitaria del dolo.* Ya hemos hablado del dolo en materia de responsabilidad extracontractual, donde carece de mayor importancia, porque no altera los efectos del hecho ilícito (Nº 216): constituye el delito civil que no difiere del cuasidelito, en que hay culpa.

En cambio, la tiene en materia contractual, según lo veremos.

El dolo está definido en el Título Preliminar del Código como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (Art. 44); en consecuencia, el incumplimiento doloso es un incumplimiento intencional para dañar al acreedor. Y en tal caso se transforma en un agravante de la responsabilidad del deudor, principalmente porque lo obliga a responder aun de los perjuicios imprevistos.

Además de elemento de la responsabilidad contractual y extracontractual, el dolo puede constituir también un vicio del consentimiento, siendo entonces las maquinaciones fraudulentas ejecutadas por una persona a fin de que otra otorgue su consentimiento para la celebración de un acto o contrato; en tal caso el dolo, si se reúnen los requisitos legales de ser principal e inductivo, acarrea la nulidad del acto o contrato.

En la doctrina se ha abierto paso la concepción de que el dolo, aun cuando se presente en situaciones diversas: delito civil, agravante de la responsabilidad contractual, y vicio del consentimiento, y en este último caso tenga sanción diferente, es siempre uno solo: "la voluntad consciente de producir un resultado injusto y dañoso", como dice Fernando Fueyo.<sup>753</sup> Es la llamada teoría unitaria del dolo, que aún suele llegar más lejos, al afirmar que siempre en él hay un verdadero delito civil, ya que constituye una acción u omisión de una persona con intención de dañar a otra.

Esta doctrina se funda principalmente:

1º En que la definición del Art. 44, dada en el Título Preliminar, cuadra perfectamente en todas las situaciones en que el dolo se presenta porque hay la misma intención positiva de inferir daño a otro al obtener su consentimiento para un acto o contrato, al dejar de cumplir una obligación y al cometer un delito civil;

2º Porque el dolo obliga siempre a restablecer la situación anterior a él; ya vimos que en un sentido amplio la nulidad es la reparación máxima porque borra retroactivamente el acto y el perjuicio ocasionado por él; en la indemnización de perjuicios por el incumpli-

miento y hecho ilícito también se restablece el patrimonio del acreedor con el pago por el deudor de todos los perjuicios directos. Podemos decir, pues, que en todo caso de dolo la víctima debe ser integralmente reparada, y

3º Porque las reglas que gobiernan el dolo son siempre las mismas; podemos citar las siguientes soluciones legislativas idénticas para todo caso de dolo:

A. Cuando el dolo, vicio del consentimiento, no es obra de la contraparte, sólo da acción de perjuicios, contra los que lo fraguaron, por el total de ellos, y contra los que se aprovechan de él hasta concurrencia del beneficio que han reportado del dolo (Art. 1.458, inc. 2º).

La misma solución da el Art. 2.316 en materia de responsabilidad extracontractual (Nº 299, 3º); el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice de él, sólo es obligado hasta concurrencia del beneficio que obtiene.

O sea, los que han participado en el dolo deben siempre todos los perjuicios; lo que sin actuar reciben provecho de él, responden hasta el monto de éste, y

B. El dolo no se presume, como lo pasamos a ver en el número siguiente.

827. *Prueba del dolo.* En el dolo, vicio del consentimiento, dijo expresamente el Art. 1.459 que "el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás, debe probarse".

Aunque no haya disposición tan categórica, la misma solución debe darse en todos los casos en que aparece el dolo: debe probarlo quien lo invoca. Los argumentos que así lo demuestran son varios; quien afirma dolo, invoca la obligación de indemnización, y ya hemos dicho que debe ésta probarla el acreedor (Art. 1.698). En seguida, la buena fe se presume, y el dolo equivale a la mala fe; si la buena fe se presume, su ausencia, que es la mala fe, debe establecerla quien la alega. Finalmente, es un principio inconcuso en las legislaciones y doctrina.

En materia contractual, ello es más claro aún, porque, según veremos, la ley presume la culpa no habiendo dicho lo mismo respecto del dolo, y como éste agrava la responsabilidad del deudor, corresponderá al acreedor probarlo.

Y la prueba del dolo es difícil, porque hay que acreditar un elemento psicológico como es la intención del hechor; por ello el acreedor sólo lo invocará cuando quiera hacer efectivos algunos de los efectos especiales de él, que veremos en el número siguiente; en caso contrario, se asilará en la culpa que no tiene que probar, pues se presume.

En todo caso, la probanza del dolo es libre y puede efectuarse

<sup>753</sup> Ob. cit., T. 1º, pág. 291.

por todos los medios que la ley franquea, testigos, presunciones,<sup>754</sup> etc., ya que se trata de demostrar un hecho.

Excepcionalmente y por expresa disposición de la ley que no hace sino confirmar que la regla general es la contraria, el dolo se presume en algunos casos, como ser:

1º Albacea.

El Art. 1.301 prohíbe al ejecutor testamentario llevar a efecto ninguna disposición del causante contraria a las leyes, so pena de nulidad y de considerársele responsable de dolo;

2º Ocultación del testamento.

De acuerdo al Art. 968, regla 5ª, se presume el dolo por el mero hecho de detener u ocultar un testamento;

3º Apuesta.

Según el Art. 2.261, hay dolo en el que hace una apuesta si sabe de cierto que se ha de verificar o se ha verificado el hecho de que se trata;

4º Medidas prejudiciales.

En virtud del Art. 280 del C.P.C., si se ha solicitado una medida prejudicial y no se entabla demanda en el plazo fijado por la ley, se considera doloso el procedimiento.

5º Infracción al Art. 22 de la Ley 7.498 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques:

Ya hemos hablado del delito que sanciona dicho precepto (Nº 580), en el caso de girarse un cheque que resulte protestado por alguna de las causales mencionadas en el precepto, y no se consignen fondos para pagarlo, con sus costas, dentro de 3º día de notificado judicialmente el protesto. El inc. 3º agrega: "en todo caso será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor"; se considera que hay dolo en el solo hecho de girar un cheque sin tener fondos disponibles o contra cuenta cerrada o inexistente, y en revocarlo por causales no autorizadas por la ley.

828. *Efectos del dolo.* El dolo en el incumplimiento de la obligación produce los siguientes efectos:

1º Da lugar a la indemnización.

Como ya lo hemos señalado, concurriendo los demás requisitos legales, el dolo hace imputable el incumplimiento del deudor, por lo cual deberá éste indemnizar los perjuicios correspondientes al acreedor; en ello no hay más diferencias con la culpa que las señaladas a continuación;

2º Agrava la responsabilidad del deudor.

Ello ocurre en dos sentidos: porque, según dijimos y volveremos sobre ello, lo hace responder aun de los perjuicios imprevistos (Nº 894), y en seguida, porque, de acuerdo al Art. 1.680, si la cosa debida se destruye durante la mora del acreedor en recibirla, el deudor sólo responde del dolo y su equivalencia, la culpa grave (Nº 881);

3º Origina responsabilidad solidaria.

Al tratar de la responsabilidad extracontractual (Nº 299), estudiamos el inc. 1º del Art. 2.317 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, como lo probaremos al tratar el carácter solidario o indivisible de la acción de perjuicios (Nº 889), y

4º Renuncia del dolo.

También trataremos más adelante, la posibilidad de renunciar al dolo, al hablar de las cláusulas modificatorias de responsabilidad (Nº 866).

Párrafo 2º

*La culpa contractual*

829. *Concepto. Referencias.* Al igual que en materia extracontractual, la culpa tiene mayor aplicación que el dolo, por la misma razón, aun cuando más drástica: allá porque es de más fácil prueba; acá la facilidad es todavía mayor: se presume.

Al tratar de la culpa como elemento del cuasidelito civil dijimos que consistía en la falta de diligencia de una persona en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho (Nº 217); si incide en el cumplimiento de una deuda, estamos frente a una culpa contractual, si en la ejecución de un hecho, ante una extracontractual, cuasidelictual o aquiliana.

Estudiamos igualmente la teoría de la responsabilidad sin culpa u objetiva (Nº 223); las dos concepciones de la culpa (Nº 218), una que la aprecia en concreto, según la actitud del deudor, sus condiciones personales, y otra que la considera en abstracto, comparándola con un sujeto ideal: el buen padre de familia en nuestra legislación, en la francesa y en la mayoría de las inspiradas en ésta, o el leal comerciante, del Código alemán; dijimos también que en nuestra legislación, de acuerdo al Art. 44, no hay duda que se sigue la doctrina objetiva que

<sup>754</sup> RDJ, T. 21, sec. 1ª, pág. 947.

compara la actuación del deudor con la que habría tenido un sujeto prudente en iguales circunstancias.<sup>755</sup>

A fin de evitar repeticiones inútiles, nos limitaremos a señalar los aspectos en que la culpa contractual difiere de la extracontractual, además de aquél que por obvio no requiere mayor comentario: que la primera supone un vínculo jurídico previo, mientras la segunda contribuye, en cambio, a crearlo (Nº 927, 3º). Nos referiremos, pues, en los números siguientes:

- 1º A los grados de culpa, y
- 2º A la presunción de culpabilidad.

830. I. *Grados de culpabilidad.* Es un punto muy debatido en doctrina, y en que nuestro Código mantiene una posición aparentemente distinta de la predominante en las legislaciones.

Lo estudiaremos a través de los siguientes aspectos en los números que continúan a éste:

- 1º Historia y derecho comparado;
- 2º La graduación en nuestro Código, y
- 3º Su importancia.

831. A. *Historia y derecho comparado.* Desde los tiempos del Derecho Romano se distinguen fundamentalmente dos categorías de culpa: la grave o lata, que consiste en la máxima negligencia, y por ello se asimila al dolo (culpa lata dolo aequiparatur), y la leve, que es la responsabilidad general del deudor por el incumplimiento.

El antiguo Derecho francés precisó una tercera categoría: la levísima, de que se hablaba en Roma para la responsabilidad extracontractual (Nº 219), y en que se hizo responder al deudor hasta de la más mínima negligencia, y se aplicó en los contratos que a él beneficiaban. Pothier acogió esta doctrina tripartita de la culpa, pero no fue seguido por el Código francés que, por regla general, hace responder al deudor de la culpa leve, sin perjuicio de las reglas especiales que se dan para ciertos contratos (en que en cierto modo renace la teoría tripartita) y de la asimilación de la culpa grave al dolo.

En general, es la misma la solución del Código alemán, italiano y de casi todas las legislaciones, siendo excepcional que se mantenga esta distinción en tres grados de culpa.

Y la verdad es que ella carece de toda justificación lógica, y si en definición, como se verá al estudiar nuestro Art. 44, puede aparecer muy clara y nítida, en la práctica resulta muy sutil y difícil de determinar. La apreciación de la culpa es siempre un problema de criterio en

que entran a jugar numerosos factores, siendo uno de ellos la naturaleza del contrato que puede imponer al deudor una conducta más o menos vigilante.

Parece, pues, más conveniente dejar la calificación al criterio del juez, señalando la ley únicamente los elementos que él debe tomar en cuenta como la comparación al sujeto ideal, que es el buen padre de familia, las normas especiales para ciertos y determinados contratos, etc.

Por mucho que nuestro Código haya tratado de precisar la culpa, ella es siempre un concepto relativo, y en la práctica entre nosotros también ocurre que el tribunal la aprecia.

Y aunque en materia extracontractual se sostiene que hasta la más leve negligencia hace responsable al hechor, también queda en la realidad al criterio judicial su establecimiento; sería exclusivamente uno de los casos de calificación más estricto (Nº 234).

832. B. *Los grados de culpa en nuestro Código.* Este se apartó del francés para irse directamente a Pothier y al antiguo derecho español, de donde prácticamente tradujo la norma del Art. 44 que distingue la culpa grave o lata, la leve y la levísima. Enunciándolo, el inc. 1º, dice que "la ley distingue tres especies de culpa o descuido":

- 1º Culpa grave, negligencia grave o culpa lata.

"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" (inc. 2º del Art. 44).

Esta clase de culpa es la que impone un cuidado menor al deudor; ella se da únicamente en caso de máxima negligencia, tan grosera que el legislador considera dolosa la actitud del deudor, según insistiremos más adelante. Sería el caso, por ejemplo, del que arroja un objeto encendido en un lugar en que existen materias inflamables.

- 2º Culpa leve, descuido leve o descuido ligero.

Es el término medio de negligencia, y la única que, según hemos dicho, contemplan la mayoría de las legislaciones; aun en la nuestra, es la regla general, y por ello el inc. 3º del Art. 44 declara que "culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve", y agrega: "el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa" (inc. 4º).

El mismo inciso da su concepto: "es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios". Si la ley ordena una diligencia o cuidado ordinario o mediano, de esta clase de culpa se responde.

- 3º Culpa o descuido levísimo.

Es la que impone el máximo de responsabilidad, ya que para no

<sup>755</sup> Un fallo reciente que así lo declaró en materia contractual, en la RDJ, T. 60, sec. 1ª, pág. 59.

incurrir en ella el deudor necesita emplear la mayor diligencia. Así se desprende del inc. 5º del Art. 44, que la define como: "la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

833. C. *Importancia de la clasificación de la culpa.* Tiene una doble trascendencia precisar la culpa para:

1º Determinar si ella impone responsabilidad al deudor, según el contrato de que se trate, y

2º Por sus efectos, ya que la culpa grave se equipara al dolo.

Así lo veremos en los números siguientes.

834. C.1. *Culpa de que se responde en los distintos contratos.* Precisamente para señalar distintas responsabilidades según la naturaleza de los contratos, fue que se estableció la división tripartita de la culpa.

Así lo dispone el Art. 1.547: según a quien beneficia el contrato, diverso es el grado de responsabilidad del deudor, y así tenemos:

1º Contratos en beneficio del acreedor.

En los contratos que por su naturaleza son útiles únicamente al acreedor, el deudor responde únicamente de la culpa grave, o sea, su responsabilidad es mínima, pues incurre en ella si su negligencia raya en la mala fe; se justifica que se le imponga tan poco cuidado o diligencia, pues no obtiene beneficio del contrato. Por ejemplo, el depósito (Art. 2.222).<sup>756</sup>

2º Contrato en beneficio de ambas partes.

El deudor "es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes"; así ocurre en la compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad, etc.

Es la responsabilidad en que incurren también quienes administran bienes ajenos (Art. 250 para el padre de familia, 391 para los guardadores, 1.299 para el albacea, 2.129 para el mandatario, etc.).

3º Contratos en beneficio del deudor.

El deudor "es responsable de la culpa levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio"; ejemplo característico es el comodato o préstamo de uso que por ser gratuito beneficia exclusivamente al deudor, a quien se le presta la cosa.

<sup>756</sup> Se aprecia la importancia que tiene en el caso citado en el Nº 82 y en la nota 52 calificar de innominado el arrendamiento de un estacionamiento para vehículos. Si fuere depósito, se habría respondido sólo de la culpa grave. Como mezcla con arrendamiento, se hizo responder de la leve.

Estas normas son supletorias de las especiales que la propia ley o la convención de las partes pueden dar para contratos o casos particulares. Así lo señala el inc. final del precepto: "todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes".

Hay casos en que la propia ley altera las normas señaladas, y al tratar las convenciones modificatorias de la responsabilidad, veremos la estipulación de las partes (Nº 862 y siguientes).

835. C.2. *La culpa grave equivale al dolo.* Así lo señala la parte final del inc. 2 del Art. 44: en materias civiles la culpa, cuando es grave, equivale al dolo. No lo es, pero como hay tanta negligencia es como si el deudor intencionalmente hubiera causado el daño.

Esta equiparación trae como consecuencia que todos los efectos civiles del dolo señalados en el Nº 828 también se producen cuando la culpa es lata, y por tanto:

1º Se agrava la responsabilidad del deudor, que responde de los perjuicios imprevistos (Nº 894) y aun de la destrucción de la cosa durante la mora del acreedor en recibirla (Nº 883);

2º Si hay culpa grave de varios deudores, la responsabilidad es solidaria entre ellos (Nº 889);

3º Como veremos, el dolo futuro no puede condonarse (Nº 866), y en consecuencia también la culpa grave es irrenunciable de antemano;

4º ¿Se presume la culpa grave?

El signo interrogativo se debe a que el punto es controvertido y controvertible.

Dicho está que el dolo no se presume y debe probarlo quien lo alega (Nº 827); en el número que sigue quedará igualmente establecido que la culpa sí se presume: su ausencia debe probarla el deudor para quedar libre de responsabilidad.

El problema estriba en determinar si la asimilación de los efectos de la culpa grave a los del dolo alcanza también al onus probandi, y en consecuencia si el acreedor que la invoca está eximido de acreditarla, como toda culpa contractual, o por aplicarse la misma regla del dolo está obligado a establecerla en el juicio.

Predomina entre los autores<sup>757</sup> y en la jurisprudencia<sup>758</sup> 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

<sup>757</sup> Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.070, pág. 525; Alessandri, ob. cit., pág. 75; Fuyo, ob. cit., T. 1º, Nº 298, pág. 296, etc.

<sup>758</sup> RDJ, T. 19, sec. 1ª, pág. 415, con nota de Claro Solar que critica la invocación del Art. 1.459.

materia rige el Art. 1.547, pues no distingue entre las clases de culpa, y no el Art. 1.459, 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.

Creemos que ambas posiciones tienen una parte, pero no toda la razón y se impone una precisión en los conceptos:

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. 1.547 dice que corresponde al deudor probar la diligencia que debió observarse.

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. 1.698.

836. II. *La culpa contractual se presume.* No lo ha dicho la ley exactamente en tales términos, pero sí con claridad más que suficiente. En efecto, el inciso 3º del Art. 1.547 dispone: "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". Por su parte, el Art. 1.671 establece: "siempre que la cosa perezca en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya".

Si el deudor, como lo dice el Art. 1.547, debe probar la diligencia, es porque la falta de ella se presume; el acreedor no está obligado a acreditar la culpa, sino el deudor debe establecer que no incurrió en ella probando el debido cuidado o diligencia empleado en el cumplimiento.

El inc. final del Art. 2.158 contiene una excepción a este principio en el mandato; el precepto establece las obligaciones del mandante para con el mandatario, de las que no puede dispensarse alegando que el negocio encargado no tuvo éxito o pudo desempeñarse a menor costo, "salvo que le pruebe culpa". Se trata de una situación muy especial, ya que el mandatario es el acreedor, y el mandante pretende eximirse de su obligación por la culpa de aquél, y lógicamente debe probarla.

La Corte Suprema ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si ha habido o no culpa,<sup>759</sup> lo que no hace sino confirmar la relación de las clasificaciones y definiciones.

<sup>759</sup> Principalmente, RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 533. En la misma idea, RDJ, Ts. 17, sec. 1ª, pág. 161; 21, sec. 1ª, pág. 283; 35, sec. 1ª, pág. 461, y 46, sec. 1ª, pág. 495.

Amén del problema ya examinado de si la presunción de culpa rige también para la grave en cuanto se pretenda asimilarse al dolo, el precepto presenta también el de determinar cómo destruye esta presunción el deudor: si le basta probar que empleó la debida diligencia y cuidado, o debe acreditar el caso fortuito. Daremos su solución al estudiar las causales de exención de responsabilidad del deudor (Nº 849).

#### Sección cuarta

#### LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ALTERAN O ELIMINAN LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

837. *Enunciación.* Con el dolo o culpa del deudor, su incumplimiento de la obligación le resulta imputable; existen otros hechos que lo hacen inimputable.

Algunos de ellos, como el caso fortuito, eliminan la culpa o el dolo; son nociones totalmente opuestas. Otros, en cambio, como las cláusulas de irresponsabilidad, eximen de ella aun habiendo culpa.

Los hay también que son propios de la indemnización de perjuicios, eximen de ella, y otros van más allá extinguiendo la obligación misma, por lo cual resulta improcedente aun el cumplimiento forzado; cabrían aquí en un sentido amplio todos los modos liberatorios de extinción de las obligaciones (Nº 1.171, 2º).

Por ello es que hemos señalado como un requisito de la responsabilidad contractual, tal como la extracontractual, que no haya una circunstancia que exima de ella.

Finalmente, digamos que estos hechos que influyen en la responsabilidad admiten una triple clasificación en los que la eliminan, los que la agravan y los que la alteran aliviándola.

Hemos preferido agrupar en esta sección todas estas circunstancias que no son tratadas en otra parte de esta obra. Dicho a modo de enumeración, son ellas:

1º El dolo, ya estudiado y que hace responder incluso de los perjuicios imprevistos, agravando la responsabilidad normal;

2º La ausencia de culpa, que es una noción discutible en cuanto a la alteración que ella produce en la responsabilidad;

3º El caso fortuito o fuerza mayor; es la más clásica de las exenciones de responsabilidad;

4º El estado de necesidad;

5º El hecho o culpa del acreedor, que preferimos estudiar al tratar de la mora de éste (Nº 880);

6º La teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad en la prestación;

866. *La condonación del dolo y culpa grave futuros no valen.* No puede estipularse que el deudor no responderá en caso de dolo, y en consecuencia, la convención de irresponsabilidad, por amplia que sea, no lo exime de la indemnización si ha tenido la intención de producir el daño.

Así lo señala el Art. 1.465 a propósito del objeto ilícito, en una disposición bastante confusa, pues va desde una situación particular a una regla general. Dice el precepto: "el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale".

Hay que distinguir, pues, dos situaciones:

1º El dolo no producido aún, o sea, el dolo futuro.

Hay objeto ilícito en su renuncia, porque de no ser así quedaría al arbitrio del deudor cumplir o no la obligación; sería como una condición meramente potestativa dependiente de su sola voluntad, que es igualmente nula (Nº 489).

2º Los efectos del dolo ya producido.

Ello son perfectamente renunciables, porque equivalen a declarar la indemnización de perjuicios, lo que ya hemos dicho es perfectamente lícito; pero el Art. 1.465, a propósito de la aprobación de la cuenta, exige que esta renuncia sea expresa, esto es, a sabiendas del dolo que ella contiene; si se otorga finiquito en términos generales, no por ello se renuncia al dolo a menos que se le condone expresamente.

Como en materia civil la culpa grave equivale al dolo (Nº 835), tampoco la cláusula de irresponsabilidad exime al deudor de indemnizar los daños provenientes de culpas latas en que puede incurrir.

### Sección Quinta

#### LA MORA

867. *Mora del deudor y del acreedor.* Aunque son muy diferentes en sus efectos, ya que la mora del deudor es un requisito para que proceda la indemnización, y la del acreedor puede reducirla o eliminarla, nos parece conveniente su tratamiento conjunto, destinando un párrafo para cada una de ellas.

#### Párrafo 1º

##### *La mora del deudor*

868. *Concepto y aplicación.* Para que el deudor deba indemnizar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, debe ser colocado en mora; así lo señala el Art. 1.557: "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora..." El Art. 1.538 lo exige también para cobrar la cláusula penal (Nº 913).

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

En cuanto a la aplicación del requisito de la mora para la indemnización de perjuicios, conviene tener presentes dos cosas:

1º Que no tiene lugar en las obligaciones de no hacer.

De acuerdo al Art. 1.557 "se debe a la indemnización de perjuicios... si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención". En consecuencia, la mora es un requisito de la indemnización de perjuicios en las obligaciones de dar y hacer; en las de no hacer basta el no cumplimiento.

2º Procede tanto para la indemnización compensatoria y moratoria.

En Francia, con una disposición muy semejante a nuestro Art. 1.557 (Art. 1.146 del Cód. francés), buena parte de la doctrina y jurisprudencia sostienen que la constitución en mora sólo es necesaria para la indemnización moratoria, porque ésta se funda justamente en el retardo del cumplimiento.

Esta opinión fue recogida entre nosotros por don Alfredo Barros Errázuriz, pero es rechazada por todo el resto de la doctrina,<sup>795</sup> por dos razones principales. Primero, porque ninguno de los preceptos que se refieren a la mora hace distinción entre una y otra indemnización, y en seguida, porque el Art. 1.553, según sabemos, declara que ante la infracción de una obligación de hacer, si el deudor se constituye en mora, el acreedor, además del derecho a cobrar perjuicios por la mora, puede cobrar los perjuicios derivados del incumplimiento (Nº 806); en consecuencia, sólo cuando el deudor está en mora pueden cobrarse perjuicios compensatorios.

<sup>795</sup> Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.227, pág. 731; Alessandri, ob. cit., pág. 79; Fuyo, ob. cit., T. 1º, Nº 305, pág. 300.

Doctrinariamente, sin embargo, parece mucho más lógico limitar la necesidad de interpelación al deudor por los perjuicios moratorios; los compensatorios existirán cuando haya incumplimiento total o parcial definitivo; no se ve qué tiene que hacer en esto la actividad del acreedor. En cambio, por el requerimiento el acreedor hace saber al deudor que lo considera retardado en el cumplimiento, y este atraso le causa perjuicios; ellos son los moratorios, y los compensatorios aparecen únicamente cuando el incumplimiento es definitivo.

En las obligaciones de dinero la mora sí que tiene lugar únicamente para cobrar perjuicios moratorios (Art. 1.559), pero la razón es muy simple: en ellas no existe indemnización compensatoria, pues siempre es posible obtener el cumplimiento en naturaleza embargando bienes suficientes del deudor y sacándolos a remate.<sup>796</sup>

869. *Requisitos de la mora. Enunciación.* Para que el deudor quede colocado en mora, es necesario:

- 1º El retardo imputable en el cumplimiento de la obligación;
  - 2º La interpelación del acreedor, y
  - 3º Que éste haya cumplido su obligación o esté pronto a hacerlo.
- Los veremos en los números siguientes.

870. I. *Retardo imputable.* En relación con el incumplimiento de la obligación es necesario distinguir tres etapas: la exigibilidad de la obligación, el retardo y la mora.

La obligación es exigible en los momentos que hemos señalado al hablar del pago (Nº 622); si no se cumple en esa época, pasará a haber retardo, pero normalmente no habrá mora, porque ésta requiere, además del atraso, la interpelación del acreedor, o sea, una actividad de parte de éste haciendo saber al deudor que considera que hay retardo, y éste le está generando perjuicios.

Para la exigibilidad de la obligación no se requiere, a la inversa, constitución en mora del deudor;<sup>797</sup> ella es necesaria para la indemnización, y presupone que la obligación sea exigible.

Cuando esto ocurre y no se cumple, pasa a haber retardo; éste es la antesala de la mora; toda mora supone que lo hay, pero no todo atraso en el cumplimiento es mora, porque, según decíamos, hace falta la actividad del acreedor.<sup>798</sup>

Por ejemplo el Art. 1826 señala que, a falta de plazo, el vendedor debe entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato; en consecuencia, sólo corre el plazo tácito, necesario para cumplir la

<sup>796</sup> RDJ, T. 43, sec. 1ª, pág. 26.

<sup>797</sup> RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 689, con comentario de don Arturo Alessandri Rodríguez, T. 29, sec. 1ª, pág. 115.

<sup>798</sup> G.T. de 1897, T. 1ª, Nº 2.018, pág. 1.301; G.T. de 1898, T. 1ª, Nº 454, pág. 293.

entrega. Pasado éste, la obligación se hace exigible, y si no se ha efectuado la entrega en ese momento, ya hay retardo pero aún no hay mora.

Esta distinción entre simple retardo y mora la consagra claramente el Art. 1.537 en la cláusula penal (Nº 918, 1ª); señala el precepto que constituido el deudor en mora, el acreedor puede pedir a su arbitrio el cumplimiento de la obligación principal o la pena, "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo", etc.

La jurisprudencia ha exigido, además del retardo para que el deudor quede en mora, la liquidez de la obligación, principalmente en relación a las obligaciones de dinero,<sup>799</sup> salvo que la falla de ella sea imputable al deudor;<sup>800</sup> han fundado su posición los tribunales en que mal puede quedar en mora el deudor si ni siquiera sabe lo que debe, concepción más que discutible.

Finalmente, para que el retardo pueda traducirse en mora e indemnización de perjuicios, es necesario que concurren los demás requisitos de ésta, y en consecuencia que el retardo sea imputable al deudor, esto es, debido a culpa o dolo suyos.

Así lo señala el inc. 2º del Art. 1.558, y se ha fallado.<sup>801</sup>

De acuerdo al precepto: "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios". El lenguaje legal es, por demás, impropio, porque si hay caso fortuito no puede haber mora, pues éste extingue la obligación. Ello ha permitido sostener que habría lugar a la mora aun ante un incumplimiento originado por fuerza mayor, y únicamente el deudor quedaría exento de la indemnización de perjuicios, pero sujeto a los demás efectos de la mora;<sup>802</sup> semejante opinión es insostenible, porque el Art. 1.547 exime de toda responsabilidad al deudor por el caso fortuito.

Porque el retardo debe ser imputable al deudor, se ha resuelto su falta de responsabilidad si éste no cumple en virtud de un

<sup>799</sup> G.T. de 1878, T. 2ª, Nº 3.702, pág. 1.537; de 1881, Nº 933, pág. 571; de 1883, pág. 1.911, Nº 3.393; de 1887, T. 2ª, Nº 2.908, pág. 1.927 y Nº 3.070, pág. 2.074; de 1888, T. 1ª, Nº 1.019, pág. 836 y T. 2ª, pág. 921, Nº 2.861; de 1890, T. 2ª, Nº 363, pág. 693; de 1891, Nº 917, pág. 429; de 1898, T. 2ª, Nº 58, pág. 77; Nº 101, pág. 115; Nº 674, pág. 475, y T. 3ª, Nº 2.487, pág. 1947; de 1896, T. 3ª, Nº 4.294, pág. 18; de 1899, T. 1ª, pág. 102, Nº 128 y T. 2ª, Nº 1.002, pág. 805; de 1902, T. 1ª, Nº 862, pág. 865 y T. 2ª, Nº 2.805, pág. 1159; de 1903, T. 1ª, Nº 1474, pág. 1.555; de 1.909, T. 1ª, Nº 136, pág. 202; de 1922, 2ª sem., Nº 286; pág. 1.180; RDJ, Ts. 6, sec. 1ª, pág. 194; 9, sec. 1ª, págs. 285 y 358; 20, sec. 1ª, pág. 68; 23, sec. 2ª, pág. 15; 29, sec. 1ª, pág. 267; 28, sec. 1ª, pág. 747; 37, sec. 1ª, pág. 473; 52, sec. 1ª, pág. 444.

Véase al respecto Gatica, ob. cit., Nº 191, págs. 257 y siguientes.

<sup>800</sup> RDJ, T. 9ª, sec. 1ª, págs. 293 y 312.

<sup>801</sup> RDJ, Ts. 7ª, sec. 1ª, pág. 381; 23, sec. 1ª, pág. 273; 25, sec. 1ª, pág. 65, y 28, sec. 1ª, pág. 655.

<sup>802</sup> Véase Alessandri, ob. cit., pág. 81.

decreto judicial que ordena retener la especie o dinero debido en su poder.<sup>803</sup>

El contrato de promesa de celebrar contrato da lugar a problemas en relación a la mora, porque el deudor no puede cumplir sin la colaboración del acreedor que concurra a celebrar el contrato prometido. Por ello se ha resuelto que para evitar la mora no es necesario que el deudor cumpla, pues basta que esté llano a hacerlo en el tiempo y forma debidos. Volveremos sobre el punto en la mora del acreedor (Nº 880).<sup>804</sup>

871. II. *Interpelación del acreedor.* La interpelación es el acto por el cual el acreedor hace saber a su deudor que considera que hay retardo en el cumplimiento, y que éste le está ocasionando perjuicios; por la interpelación el acreedor requiere a su deudor, manifestándole que hay incumplimiento.

Supone una actividad del acreedor que transforma el mero retardo en mora; el primero se produce, como decíamos, sin su intervención, por el solo hecho de pasar a ser exigible la obligación y no cumplirse en ese momento; cuando interviene el acreedor interpelando al deudor, pasa a haber mora.

No hay inconveniente alguno que por estipulación previa de las partes se elimine el requerimiento y se convenga en que la mora se produce por el solo retardo.<sup>805</sup>

Se ha resuelto que el Art. 1.551, que establece la exigencia de la interpelación, sólo se aplica en las obligaciones voluntarias, y no en las tributarias.<sup>806</sup>

De acuerdo al precepto señalado, hay tres clases de interpelación a las cuales se van refiriendo sucesivamente los tres números del artículo 1.551:

1º La judicial (Nº 3º del Art. 1.551);

2º La llamada contractual expresa (Nº 1º del precepto), y

3º La llamada contractual tácita (Nº 2º del Art. 1.551).

Las examinaremos en el orden señalado.

872. A. *Interpelación judicial.* Se la llama también extracontractual porque no deriva del contrato mismo sino de la demanda del acreedor ante el incumplimiento del deudor.

<sup>803</sup> Para especies o cuerpos ciertos retenidos: G.T. de 1897, Nº 1.584, pág. 963 y RDJ, T. 4º, sec. 1ª, pág. 341; para un precio retenido judicialmente: RDJ, T. 33, sec. 1ª, pág. 486, véase Nº 605.

<sup>804</sup> RDJ, T. 62, sec. 1ª, pág. 388.

<sup>805</sup> RDJ, T. 40, sec. 2ª, pág. 8.

<sup>806</sup> RDJ, T. 59, sec. 1ª, pág. 112. El Código Tributario en su Art. 53 cometió el error de hablar de mora en vez de retardo, y no procede aplicar el Nº 1º del Art. 1.551, porque no hay plazo estipulado, sino fijado por ley.

De acuerdo al Art. 1.551, "El deudor está en mora: 3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Esta es la regla general en materia de interpelación,<sup>807</sup> aunque el legislador la haya colocado en tercer lugar; la expresión "en los demás casos" es decidora. En consecuencia, cualquier situación no comprendida en los números 1º y 2º necesita para la constitución en mora del deudor el requerimiento judicial; si no, no hay mora.<sup>808</sup>

Nuestro Código fue muy estricto, porque apartándose del francés, y de la tendencia general en las legislaciones, exigió la reconvencción judicial; cualquier requerimiento extrajudicial, por enérgico que sea, ya se efectúe por carta certificada, telegrama, avisos por diarios, requerimiento por notario, y aun el reconocimiento del deudor de estar en retardo, no colocan al deudor en mora. Seguramente el legislador quiso evitar discusiones posteriores, pero la solución resulta francamente injustificable; no se ve el objeto de obligar siempre al acreedor a recurrir a los tribunales y, por otro lado, se ha otorgado una preciosa herramienta para los deudores incumplidores, sobre todo en épocas de mayor inflación, en que cualquier demora significa en definitiva pagar menos, por la desvalorización monetaria. Creemos que toda la institución de la mora debe ser revisada.

Pero si bien el requerimiento judicial es ineludible, basta en nuestro concepto cualquiera interpelación judicial; el legislador no ha definido lo que entiende por reconvencción judicial, pero evidentemente no es necesario que el acreedor efectúe una gestión judicial específica destinada a colocar al deudor en mora. Cualquier actividad judicial cuya que indique su intención de reclamar del retardo basta, y así si se persigue el cumplimiento de la obligación,<sup>809</sup> si demanda indemnización de perjuicios, si alega la resolución del contrato bilateral<sup>810</sup>, etc., el deudor quedará colocado en mora.

En nuestro concepto, la preparación de la vía ejecutiva es una reconvencción judicial suficiente, como también si el acreedor efectúa su reclamo ante tribunal incompetente; sin embargo, la Corte Suprema ha declarado lo contrario,<sup>811</sup> siendo más reprochable la resolución porque el mismo tribunal ha reconocido a la demanda ante tribunal incompetente el efecto de interrumpir civilmente la prescripción (Nº 1.250). Tanto la interrupción civil como la mora suponen que ha

<sup>807</sup> RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 159.

<sup>808</sup> RDJ, Ts. 5º, sec. 1ª, pág. 194; 7º, sec. 1ª, pág. 449; 6º, sec. 1ª, pág. 247; 10º, sec. 1ª, pág. 183; 12, sec. 1ª, pág. 376; 21, sec. 1ª, pág. 651 (para las reconvencciones a que se refiere el Art. 1.977, en caso de no pago de las rentas de arrendamientos, ellas deben ser judiciales), etc.

<sup>809</sup> RDJ, T. 6º, sec. 1ª, pág. 86.

<sup>810</sup> RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 71; G.T. de 1926, 2º bimestre, Nº 41, pág. 151.

<sup>811</sup> RDJ, T. 9, sec. 1ª, pág. 79.



cesado la inactividad del acreedor, que éste manifiesta su voluntad poniendo fin a su silencio; la exigencia de intervención judicial sólo puede justificarse para eliminar toda duda en la manifestación de voluntad, y el mismo fin cumplen tanto la efectuada ante tribunal competente como incompetente.<sup>812</sup>

Finalmente, aunque el punto se ha discutido,<sup>813</sup> nos parece igualmente claro que la colocación del deudor en mora se produce por la sola notificación judicial de la demanda del acreedor, sin que sea menester esperar el transcurso del término de emplazamiento, ni menos la contestación del demandado.

873. B. *La interpelación contractual expresa.* De acuerdo al Nº 1º del Art. 1.551, "el deudor está en mora 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 la llama 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 Nº 2º del precepto en que la hay tácitamente.

Es una aplicación parcial del principio o aforismo de que el día requiere por el hombre,<sup>814</sup> parcial, porque no se aplica a todo plazo, sino únicamente a los convencionales.<sup>815</sup>

En consecuencia, no opera por el cumplimiento de una condición,<sup>816</sup> ni tampoco en los plazos legales,<sup>817</sup> ni judiciales, ni si el térmi-

<sup>812</sup> La jurisprudencia no ha tenido un criterio liberal en la materia que atempera los inconvenientes de la desmesurada exigencia legal, y así se ha resuelto:

Que si se rechaza la demanda ejecutiva, aunque sea por falta de mérito ejecutivo y la obligación sea reconocida, no queda en mora el demandado (G.T. de 1926, 1º bimestre, Nº 59, pág. 240).

Que tampoco lo constituye en mora la petición de notificación del comprador para que le entregue la propiedad dentro de 3º día: RDJ, T. 2º, sec. 1ª, pág. 53.

Que tampoco consigue ese objetivo la petición de nombramiento de árbitro: RDJ, T. 2º, sec. 1ª, pág. 150.

<sup>813</sup> Véase Repertorio, Ts. 4º, 2ª edición, pág. 201; 44, I y II.

<sup>814</sup> Así se ha resuelto: RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 434. Véase Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.230, págs. 734 y siguientes sobre el origen y desarrollo de esta noción.

<sup>815</sup> RDJ, T. 2º, sec. 1ª, pág. 5.

<sup>816</sup> G.T. de 1898, T. 1º, Nº 454; cometiendo un evidente error, consideró moroso a un empleador que no reincorporó a un empleado, habiéndose ello convenido para cuando éste mejorara de salud: RDJ, T. 26, sec. 1ª, pág. 209.

<sup>817</sup> G.T. de 1897, T. 1º, Nº 2.018, pág. 1.301 y de 1898, T. 1º, Nº 454, pág. 293. Véase la nota 806.

no ha sido fijado por el testamento,<sup>818</sup> y así, por ejemplo, si el causante impone a sus herederos la obligación de pagar un legado dentro del término de un año contado del fallecimiento, el legatario debe requerir a los herederos para colocarlos en mora, porque el término no es "estipulado", sino impuesto unilateralmente por el testador.

Se ha resuelto que si el acreedor acepta el pago tardío, el deudor no está en mora.<sup>819</sup> No parece acertado el planteamiento, porque la mora se produce de pleno derecho; lo único que podría haber sería una renuncia a la indemnización moratoria.

También se ha discutido el caso del fraccionamiento de una obligación en cuotas pagaderas en distintos plazos, y se ha reconocido la mora para cada uno de ellos si no se cumple la obligación que corresponde<sup>820</sup> y la mora por el total en caso de caducidad convencional (Nº 473), esto es, cuando se ha convenido que el no pago de una cuota haga exigible el total de la obligación.<sup>821</sup>

Finalmente, aun tratándose de un plazo estipulado no operará la interpelación contractual si el legislador ha exigido el requerimiento del deudor, como ocurre a título de ejemplo con la obligación de pagar las rentas de arrendamiento de las casas, almacenes u otros edificios, en que el Art. 1.977 exige una doble reconvencción al arrendatario, debiendo entre ellas mediar a lo menos cuatro días.<sup>822</sup>

Aunque el precepto no lo dice expresamente, creemos que también será necesario el requerimiento, si así lo han convenido las partes.

874. C. *Interpelación contractual tácita.* La contempla el Nº 2º del Art. 1.551, al decir que "el deudor está en mora 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".

Se dice que la interpelación es contractual tácita porque hay un verdadero plazo no expresado, pero que se desprende de la forma como las partes han convenido el cumplimiento, de manera que éste sólo le es útil al acreedor en determinada oportunidad y no en otra. El daño aparece de manifiesto si así no se hace.

Los ejemplos son múltiples, y todos referidos a determinadas actividades, como sería el encargo de una construcción por un indus-

<sup>818</sup> RDJ, T. 2º, sec. 1ª, pág. 5 y G.T. de 1921, 2º sem., Nº 232, pág. 949.

<sup>819</sup> RDJ, T. 4º, sec. 1ª, pág. 344, y 13, sec. 2ª, pág. 30.

<sup>820</sup> G.T. de 1907, T. 1º, Nº 32, pág. 49, declaró que aunque pague todo al final ha habido mora en el incumplimiento de cada cuota, doctrina contraria a la de la nota anterior. G.T. de 1921, 1º sem., Nº 212, pág. 895 y RDJ, T. 41, sec. 2ª, pág. 65.

<sup>821</sup> RDJ, T. 27, sec. 1ª, pág. 55.

<sup>822</sup> Véase en la nota 808 fallo que exige que estas reconvencciones sean judiciales.

trial para una exposición, que de nada serviría al acreedor si se le pretende entregar una vez que ella ha transcurrido, etc.<sup>823</sup>

Se ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si el deudor cumplió cuando era oportuno.<sup>824</sup>

875. III. *El acreedor no debe estar en mora. Referencia.* En el contrato con prestaciones recíprocas ninguna de las partes está en mora si la otra no cumple o se allana a cumplir su propia obligación del contrato no cumplido, de la que es una manifestación. Nos remitimos a los N.ºs. 941 y siguientes, pero debe tenerse presente que el cumplimiento del acreedor en el contrato bilateral es requisito de la mora del deudor, ya que el precepto señala que no la hay en caso contrario.

876. *Efectos de la mora. Enunciación.* Cumplidos los requisitos ya señalados, el deudor queda colocado en mora, y ella produce los siguientes efectos principales:

- 1º Da al acreedor derecho a reclamar indemnización de perjuicios;
- 2º Hace responder al deudor del caso fortuito, y
- 3º El riesgo pasa a ser del deudor.

Veremos estas situaciones en los números siguientes.

877. I. *Derecho a reclamar indemnización de perjuicios.* El ya citado Art. 1.557 dispone que "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora".

¿Qué significa la disposición? ¿La mora es un requisito para que nazca la obligación de indemnización, o debe cumplirse para que ella pueda exigirse? El profesor Fueyo sostiene que se deben los perjuicios producidos antes de la mora, pero no pueden reclamarse sin ella.<sup>825</sup>

En nuestro concepto parece forzoso distinguir los compensatorios de los moratorios.

Los primeros se habrán siempre producido antes de la constitución de la mora por el solo incumplimiento del deudor. Lo prueba así el Art. 1.672, según el cual si la cosa perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste y varía de objeto: "el deudor

<sup>823</sup> Forzando un poco la disposición, pero con el ánimo muy plausible de evitar al acreedor el requerimiento judicial, se ha aplicado para una obligación de entregar trigo, porque es uso que se haga en el año agrícola: RDJ, T. 29, sec. 1ª, pág. 195, y en una obligación de entregar unas películas para exhibición, en que por haberlas entregado el deudor primero a otros, ya de nada servía su cumplimiento: RDJ, T. 36, sec. 1ª, pág. 402.

<sup>824</sup> RDJ, Ts. 12, sec. 1ª, pág. 483; 21, sec. 1ª, pág. 651, y 23, sec. 1ª, pág. 273.

<sup>825</sup> Ob. cit., N.º 311, pág. 303.

es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". El precio de la cosa es evidentemente indemnización compensatoria.

Para los moratorios, aunque el punto dista de ser claro, es necesaria la mora para que ellos se devenguen. Así parece revelarlo el Art. 1.559, N.º 1º, en las obligaciones de dinero (N.º 898); en su inc. 1º exige la mora del deudor, y en el número señalado declara que si la deuda no devengaba intereses "empiezan a deberse los legales", esto es, comienzan con la mora.

En consecuencia, la mora suspende la exigibilidad de los perjuicios compensatorios, y da nacimiento a los moratorios, nueva confirmación de la errónea concepción de la institución de que adolece nuestro Código.

878. II. *Responsabilidad del deudor por el caso fortuito.* La mora agrava la responsabilidad del deudor, porque le hace responder, con ciertas limitaciones, del caso fortuito.

Las normas legales que así lo declaran pueden sintetizarse en la siguiente forma:

1º Por regla general, el deudor moroso responde del caso fortuito.

2º Salvo que éste hubiese sobrevenido, no obstante haberse cumplido oportunamente la obligación.

Varios preceptos lo establecen así; desde luego el inc. 2º del Art. 1.547: "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)".

El inc. 2º del Art. 1.672 dispone: "si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora".

Finalmente, sabemos que el Art. 1.590 impone al acreedor la obligación de recibir la especie debida en el estado en que se encuentre, "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" (N.º 617).

La doctrina de estos artículos es reiterativa, y puede extenderse a otra clase de obligaciones, como las de hacer:

3º El deudor de todos modos deberá los perjuicios por la mora, como lo señala el Art. 1.672, esto es, los moratorios.

4º El deudor a quien corresponde probar el caso fortuito deberá también establecer que la obligación se hubiere visto expuesta igualmente al caso fortuito aun si se hubiere cumplido. Lo señala así

el Art. 1.674: "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".

Se va produciendo así un traspaso del onus probandi; por ejemplo, se debe la entrega de un automóvil y el acreedor la reclama, a él toca establecer la obligación; el deudor contesta que el vehículo se destruyó por caso fortuito; a él corresponde probar éste; el acreedor replica que el caso fortuito ocurrió durante la mora del deudor, él debe acreditarla, y finalmente, si duplica el demandado que el automóvil se habría destruido igual en poder del acreedor, la demostración de su aserto le corresponde.

879. III. *El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, pasa a ser del deudor. Referencia.* Por regla general, de acuerdo al Art. 1.550, en nuestra legislación el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe es del acreedor, salvo las excepciones, que examinaremos al analizar la teoría del riesgo, entre las que figura que el deudor esté colocado en mora, en cuyo caso "será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega" (Nº 1.212, 1º).

#### Párrafo 2º

#### LA MORA DEL ACREEDOR

880. *Concepto.* Las legislaciones por regla general no han reglamentado ni se han preocupado de las situaciones en que la actuación del acreedor sea o la causa única del incumplimiento, haya contribuido a él, o a hacer más gravosos los perjuicios.

En materia extracontractual vimos que el juez puede rebajar la indemnización si la víctima se ha expuesto imprudentemente al daño (Nº 239). En materia contractual no existe una norma igual, pero por aplicación de los principios generales debe llegarse a igual conclusión.<sup>826</sup>

Los Códigos se preocupaban específicamente de una situación particular: la negativa del acreedor a recibir el cumplimiento de la obligación, y aun de ella referida sólo a las obligaciones de entregar una especie o cuerpo cierto. Es lo que tradicionalmente se ha llama-

<sup>826</sup> Si hubo negligencia del acreedor, se rebaja la indemnización: RDJ, T. 40, sec. 2ª, pág. 77; Gatica, ob. cit., Nº 129 y sigtes., págs. 187 y sigtes.

do mora del acreedor o mora accipiendi, concepto que hoy en día tiende a ampliarse, según lo diremos.

Podemos reconocer una triple graduación de la intervención del acreedor en el incumplimiento:

1º Que éste se deba en todo o parte a dolo o culpa del acreedor.

Es decir, el acreedor intencionalmente o por negligencia ha hecho imposible el cumplimiento, o ha provocado que éste no sea íntegro. En tal caso, desde luego debe considerarse al deudor exento de responsabilidad por los daños sufridos por él, y además podría cobrarle al acreedor los perjuicios que haya sufrido por la acción culpable o dolosa de éste.

Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de transporte si hay vicios en la carga; el acarreador no responde de la destrucción o deterioro de ella (Art. 2.015, inc. 2º), y además tiene derecho al flete y al resarcimiento de daños ocasionados por el vicio de la carga (Art. 2.018).

A la situación en que la actuación imputable del acreedor se une a la del deudor para provocar el incumplimiento o cumplimiento imperfecto, ya nos referimos al compararla con la situación extracontractual.

2º Que el acreedor se niegue a recibir el cumplimiento, que según hemos señalado es la única situación que habitualmente se considera como mora del acreedor.

Como hemos dicho, el deudor tiene el derecho a cumplir y liberarse de su prestación; así lo destacamos al hablar del pago por consignación (Nºs 627 y siguientes).

Pero no debe confundirse, aunque estén muy relacionados, el pago por consignación y la mora del acreedor; cuando el deudor recurre al primero, paga, o sea, extingue la obligación y se libera de ella; la mora del acreedor no libera al deudor sino que disminuye su responsabilidad, según lo veremos al examinar las disposiciones de nuestro Código.

En la mora del acreedor no juega la culpa o dolo de éste; basta que la negativa a recibir el pago haya sido injustificada. Y será así si el pago que se le ha ofrecido cumple todos los requisitos legales, y no obstante el acreedor lo rechaza.

Se ha solido también confundir la mora del acreedor con la excepción del contrato no cumplido (Nº 941); no cabe la equivocación, porque ésta se aplica en los contratos bilaterales cuando el acreedor que demanda su crédito, en cuanto deudor de la prestación recíproca, no ha cumplido o estado llano a cumplir ésta. En la mora accipiendi no hay incumplimiento del acreedor a una obligación suya, sino que resistencia ilegítima al cumplimiento del deudor.

3º Hay obligaciones que no pueden cumplirse sin la colaboración del acreedor; es ésta una situación no prevista expresamente por

las legislaciones clásicas y la nuestra, pero que recogen los Códigos modernos.<sup>827</sup>

Por ejemplo, el acreedor debe concurrir al lugar en que debe hacerse el pago (Nº 623) y por ello se ha fallado que si éste, según la convención, debía cobrar en el domicilio del deudor y no prueba haberlo hecho, no hay mora para el deudor.<sup>828</sup> Agregó la sentencia que el acreedor debe hacer todo lo necesario según el contrato o la ley, a fin de que el deudor pueda cumplir sus obligaciones, y si no lo hace, el retardo le sería imputable a él y no al deudor.

En el contrato de promesa de celebrar un contrato es indispensable la cooperación de ambas partes para la celebración del contrato definitivo. Es imposible que el prometiente contratante, en cuanto deudor, cumpla si a su vez la contraparte, acreedora y deudora al mismo tiempo, no cumple su obligación. Pero ello ocurre porque ambas partes invisten el carácter recíproco de deudor y acreedor, y lo que interesa es determinar cuál de los deudores cumplió todo lo necesario para la celebración del contrato, y éste no se efectuó por la falta de cooperación, que es un incumplimiento en sí misma, de la contraparte. Esta será la morosa.<sup>829</sup>

881. *Reglamentación de la mora del acreedor en nuestro Código.* Ya decíamos que nuestro Código no ha hecho una reglamentación completa de la mora del acreedor, sino que se ha referido a ella en disposiciones aisladas.

Según una sentencia de nuestros tribunales que estudia la institución, se referirían a ella los Arts. 1.548, 1.552, 1.558, 1.604, 1.680 y 1.827.<sup>830</sup>

Hemos rechazado que el Art. 1.552 se refiera a la mora del acreedor en cuanto a tal; se trata de la mora suya en cuanto deudor de la prestación recíproca (Nº 945).

En el Art. 1.558 indirectamente puede basarse la defensa del deudor en caso de mora del acreedor, pues dicho precepto sólo lo hace responsable de los perjuicios que son una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (Nº 894). Si hay mora del acreedor, los perjuicios derivan de la actuación de éste.

<sup>827</sup> El Código italiano trata en los Art. 1:206 y sigtes. la mora del acreedor confundida con el pago por consignación. Según ese precepto, ella se produce cuando sin motivo legítimo el acreedor no recibe el pago "o no cumple cuando es necesario, a fin de que el deudor pueda dar cumplimiento a la obligación".

<sup>828</sup> RDJ, T. 5º, sec. 1ª, pág. 194. Véase Fueyo, ob. cit., T. 1º, Nº 326, pág. 317.

<sup>829</sup> Véase además la nota 804.

<sup>830</sup> RDJ, T. 58, sec. 1ª, pág. 293.

El Art. 1.604 hace recaer sobre el acreedor las expensas del pago por consignación (Nº 647).

Son los Arts. 1.548, 1.680 y 1.827 los que se refieren directamente a la mora accipiendi, en la forma limitada antes señalada.

De acuerdo al primero, el deudor de una especie o cuerpo cierto debe conservarla hasta la entrega (Nº 352), "so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir". Este precepto habla de mora.

Según el Art. 1.680 "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". Aquí, en cambio, se ha hablado de retardo.

El Art. 1.827 es una aplicación de los anteriores a la compraventa: "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 el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o culpa grave". La situación es la misma prevista en el Art. 1.680 y el legislador volvió a hablar de mora; la conclusión es obvia: para estos efectos mora y retardo es lo mismo, porque ya ha habido actividad del deudor, que pretende cumplir. Esto tiene importancia para el problema que se verá a continuación.

882. *Desde cuándo está en mora el acreedor.* No ha señalado el legislador cuándo se produce la mora del acreedor; desde luego son requisitos para ella que el deudor haya manifestado de algún modo al acreedor su intención de pagarle, y además es necesario que el pago ofrecido cumpla todos los requisitos legales, y así no habrá mora accipiendi si el acreedor es incapaz o se le ha prohibido judicialmente recibir el pago, etc.

Pero en cuanto a la forma en que el deudor debe manifestar su intención de pagarle al acreedor, se han dado tres soluciones posibles:

1º Hay quienes sostienen que el legislador ha establecido un procedimiento para que el deudor cumpla su obligación ante la negativa del acreedor, y que es el pago por consignación; si el legislador reglamentó específicamente una forma de pago en caso de negativa del acreedor, es lógico concluir que cuando a ella se recurra, éste quedará en mora.<sup>831</sup> Ya hemos dicho que esta posición es sumamente criticable, porque confunde dos cosas: la consignación es un pago, extingue la obligación, mientras la mora del acreedor influye en la responsabilidad del deudor.

<sup>831</sup> G.T. de 1898, T. 1º, Nº 2.499, pág. 1.963.

2º Otra opinión que se ha sostenido es que ante el silencio del legislador cabe aplicar por analogía el Nº 3º del Art. 1.551: en consecuencia, exigen un requerimiento judicial. Posición también insostenible, porque las solemnidades no se pueden aplicar analógicamente, por lo que se dirá a continuación, y porque finalmente destacamos en el número anterior que para el acreedor mora y retardo es lo mismo.

3º La opinión que cuenta con más adeptos en la doctrina<sup>832</sup> y jurisprudencia<sup>833</sup> es que basta cualquier ofrecimiento del deudor, aun extrajudicial, para colocar en mora al acreedor, ya que el Art. 1.680 habla: "después que (la especie o cuerpo cierto) ha sido ofrecida al acreedor", y no exige ninguna calidad especial a la notificación.

Creemos por nuestra parte que se imponen algunos distinguos:

La entrega de especie o cuerpo cierto está reglamentada por el legislador; puede bastar de acuerdo al Art. 1.680 cualquier ofrecimiento, pero no estando definida la materia por la ley, al intérprete le corresponderá resolver según los hechos de la causa, si realmente ha habido por el deudor intención seria de cumplir en la forma prometida, y del acreedor una negativa injustificada a recibir.

En todas las demás obligaciones, a falta de reglamentación legal, mayor libertad queda aún al intérprete para definir la conducta de las partes: si el deudor ha puesto realmente todo de su parte para cumplir o se ha limitado a una cómoda actitud pasiva; si el acreedor, cuando ella es necesaria, ha estado llano a prestar su colaboración, etcétera. Y en las obligaciones de dinero, lisa y llanamente el deudor debe proceder a la oferta y depósito, porque en dicho tipo de deudas tal procedimiento no es ni engorroso ni caro, y cualquier otra actitud del deudor no revela un afán decidido de cumplir. Así lo entendió en parte la Corte Suprema en un caso de deudas tributarias: declaró suficiente la oferta del pago por consignación, aunque no necesaria la consignación.<sup>834</sup> Creemos indispensable esta última (no la calificación del pago), pues lo contrario es agregar una vía más al deudor para eludir sus responsabilidades por el incumplimiento: alegar, y probar por testigos, que trató de pagar.

<sup>832</sup> Claro Solar, ob. cit., Nº 1.242, pág. 750, quien incluso niega que sea mora; Alessandri, ob. cit., pág. 89; Fueyo, ob. cit., T. 1º, Nº 327, pág. 319.

<sup>833</sup> G.T. de 1893, Nº 2.481, pág. 1.377 y de 1941, Nº 53, pág. 301 (la mora del acreedor es el ofrecimiento que hace el deudor de una cosa, y el rechazo de aquél de recibirla); RDJ, Ts. 35, sec. 1ª, pág. 400, y 41, sec. 1ª, pág. 461.

<sup>834</sup> RDJ, T. 58, sec. 1ª, pág. 293.

883. *Efectos de la mora accipiendi.* De acuerdo a las disposiciones citadas son dos:

1º Disminuye la responsabilidad del deudor.

El cuidado que debe prestar a la cosa es menor, pues como lo señalan los Arts. 1.680 y 1.827, sólo responderá del dolo y su equivalente civil la culpa grave; deja de responder de la leve y levisima si estaba afecto a ellas. Además, le evitará en todo caso los perjuicios moratorios.

2º El acreedor debe indemnizar los perjuicios.

Así se desprende del Art. 1.827, que lo hace responder de los gastos en que el deudor debió incurrir para la conservación de la cosa.

## JUICIO INDEMNIZATORIO Y AVALUACION DE PERJUICIOS

884. *Enunciación.* Dados los requisitos antes estudiados, procederá la indemnización de perjuicios.

Las partes pueden componer entre ellas, según hemos dicho, libremente el modo, forma, cuantía y demás accidentes de ella, pero será más bien raro, pues si el deudor se negó a cumplir la obligación misma, es dable presumir que tampoco se allanará buenamente al pago de los perjuicios.

El acreedor deberá entonces deducir la acción de perjuicios, y en el juicio se determinarán y avaluarán éstos.

La evaluación puede ser de tres clases: judicial, que efectúan los tribunales con los elementos probatorios que se le proporcionen; legal, que hace la ley directamente en las obligaciones de dinero; y convencional anticipada, que las partes han efectuado antes del incumplimiento por medio de una cláusula penal.

En una primera sección estudiaremos las particularidades más relevantes de la acción de perjuicios, y en las siguientes, sucesivamente, cada una de las clases de evaluación señaladas.

### Sección primera

#### LA ACCIÓN DE PERJUICIOS

884 bis. *Referencia y enunciación.* La pretensión del acreedor de cobrar perjuicios se rige en general por las mismas reglas que en materia extracontractual. Nos remitimos, pues, a los N<sup>os</sup> 295 y siguientes, con las salvedades que mencionamos:

1<sup>o</sup> Prescripción;

2<sup>o</sup> Competencia y procedimiento;

3<sup>o</sup> Naturaleza jurídica de la obligación de indemnización, y

4<sup>o</sup> Determinación de los perjuicios.

Esto último lo trataremos en la sección que sigue, como evaluación de ellos; en los números que continúan veremos los otros tres aspectos en que difiere la acción de perjuicios contractual de la proveniente de los hechos ilícitos.

885. I. *Prescripción.* La ley, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual (N<sup>o</sup> 296), no ha fijado plazo especial de prescripción para la acción de perjuicios en materia contractual. En consecuencia, ella se regirá por las reglas generales (Art. 2.515).

Por regla casi universal la acción de perjuicios proveniente del incumplimiento de una obligación será ordinaria, porque requiere que se pruebe aquél; por excepción será ejecutiva la indemnización moratoria en las obligaciones de dinero, cuando el acreedor se limita a cobrar intereses y el título de aquéllas es ejecutivo. Esta durará tres años como tal, y dos más como ordinaria; pero normalmente la acción de perjuicios prescribe como ésta en cinco años, contados desde que la obligación se hizo exigible (N<sup>os</sup> 1.239 y 1.240).

886. II. *Competencia y procedimiento.* En este aspecto hay varias diferencias con la responsabilidad extracontractual, porque la indemnización contractual es siempre materia civil (salvo, según opinión dominante, que el incumplimiento constituya al mismo tiempo un hecho penado criminalmente: (N<sup>o</sup> 935) y entregada a las reglas generales en materia de competencia y procedimiento.

Este será, según queda dicho, el ordinario, salvo el caso excepcional de las obligaciones de dinero, ya citado.

La acción de perjuicios puede ejercerse conjuntamente con la de cumplimiento o resolución en el caso del Art. 1.489; se ha fallado que no puede solicitarse únicamente la indemnización que autoriza dicho precepto, si no se pide conjuntamente el cumplimiento o resolución.<sup>835</sup> No nos parece correcta la solución.

De acuerdo al Art. 173 del C.P.C. la especie y monto de los perjuicios pueden ser fijados en el mismo juicio en que se establezca la obligación de indemnizarlos, pero puede también reservarse su discusión para la ejecución del fallo o en juicio diverso, siempre que a lo menos estén acreditadas las bases que deben servir para su liquidación.<sup>836</sup>

<sup>835</sup> RDJ, T. 30, sec. 1<sup>a</sup>, pág. 495; la misma posición se adoptó en el caso del Art. 1.861 respecto a los vicios redhibitorios: RDJ, T. 42, sec. 1<sup>a</sup>, pág. 25.

<sup>836</sup> Este precepto ha dado lugar a arduas discusiones sobre qué debe entenderse por especie y bases de los perjuicios, para determinar cuándo es posible reservar su liquidación. Véase un estudio en Gatica, ob. cit., N<sup>o</sup> 115 y sigtes. y págs. 157 y sigtes., y Repertorio, C.P.C., T. 1<sup>o</sup>, jurisprudencia del Art. 173, págs. 227 y sigtes., y RDJ, T. 63, sec. 1<sup>a</sup>, pág. 443.

Una jurisprudencia reiterada de los tribunales ha declarado que esta disposición no se aplica en materia extracontractual, donde, en consecuencia, tanto las bases, la especie y el monto de los perjuicios deben quedar fijados en el mismo juicio en que se discute la procedencia de la indemnización, y no puede reservarse parte alguna para la ejecución u otro juicio.<sup>837</sup>

887. III. *Naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar perjuicios.* Si hay varios deudores e incumplimiento imputable, nace el problema de determinar quién está obligado a pagar los perjuicios, y en consecuencia es legitimado pasivo en el juicio indemnizatorio. Dicho de otra manera, si la obligación indemnizatoria es conjunta, solidaria o indivisible.<sup>838</sup>

Es necesario efectuar varios distinguos, primero que nada si el incumplimiento se debe al hecho o culpa de uno de los deudores, o de dos o más de ellos, y en este último caso, entre la culpa grave y el dolo por un lado y las otras clases de culpa por el otro.

888. A. *Hecho o culpa de uno de los deudores.* Si el incumplimiento es imputable a uno solo de los deudores, ya sea la obligación infringida conjunta, solidaria o indivisible, por regla general, solamente es responsable de los perjuicios el culpable.

Esta es la solución que el Código da en varios preceptos que se refieren a la solidaridad, conjunción e indivisibilidad.

1º El más general de todos es el Nº 3º del Art. 1.526, establecido como una indivisión de pago, o excepción a la divisibilidad (Nº 441); según él, "aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor".

El precepto no distingue si la obligación es conjunta, solidaria o indivisible, pero para algunos aspectos de éstas hay disposiciones especiales;

2º En efecto, en la solidaridad, el Art. 1.521 se pone en el caso de que la cosa debida perezca por culpa de uno de los deudores solidarios, y distingue, según sabemos, entre el precio que se debe solidariamente por todos los codeudores, y la indemnización por la

<sup>837</sup> Véase Repertorio, C.P.C., T. 1º, jurisprudencia del Art. 173, Nº IV, pág. 228; Alessandri, *Responsabilidad Extracontractual*, ob. cit., Nº 483, pág. 577, y Gatica, ob. cit., pág. 57.

<sup>838</sup> Que sepamos, el problema no ha tenido un desarrollo general entre nosotros, sino que cada disposición es analizada aisladamente en la parte correspondiente. El profesor don Manuel Somarriva hacía en sus clases una exposición orgánica en que se fundan nuestras apreciaciones. Ahora se encuentra tratado con detalle, pero sin enfocarlo en la forma del texto, en Gatica, ob. cit., Nº 43 y sigtes., págs. 47 y sigtes.

que responde únicamente el culpable (Nº 411). Hay aquí una excepción al principio general en cuanto al precio (indemnización compensatoria) en que se mantiene la solidaridad;

3º En cambio, en la indivisibilidad impera la regla general en todo su poder, porque, según el inc. 2º del Art. 1.533, "si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ése sólo será responsable de todos los perjuicios".

Y el Art. 1.534 se pone en otro caso de incumplimiento: el de una obligación de hacer que deba efectuarse en común por dos o más codeudores: si el uno está pronto a cumplirla y el otro la rehúsa o retarda, "éste sólo será responsable de los perjuicios que de la enajenación o retardo del hecho resultaren al acreedor".

Todos estos preceptos que se ponen en casos especiales de incumplimiento y la regla general del Art. 1.526, Nº 3º, confirman que únicamente responde de los perjuicios del incumplimiento el deudor doloso o culpable, con la excepción ya señalada del precio de la cosa en la solidaridad, y otra que estudiaremos más adelante en la cláusula penal (Nº 920).

De acuerdo al Art. 1.540, por regla general, sólo el deudor infractor responde por su cuota en la pena, y los demás no tienen responsabilidad alguna; es decir, hasta ahí se mantiene la regla general. La excepción está en los incs. 2º y 3º: si la cláusula penal va anexa a una obligación indivisible o ha sido puesta con la intención expresa de que no pueda ejecutarse parcialmente el pago, puede exigirse toda la pena al infractor o a los demás su parte o cuota en la pena. Es decir, quedan afectos a una parte de la pena (sin perjuicio de su derecho a repetir contra el culpable).

889. B. *Hecho o culpa de varios deudores.* En la responsabilidad extracontractual el Art. 2.317, inc. 1º, resuelve expresamente el punto: si un hecho ilícito ha sido cometido por dos o más personas, éstas son solidariamente responsables de los perjuicios (Nº 299).

En materia de incumplimiento de la obligación no hay una disposición general, y para resolver el punto cabe distinguir entre el dolo, al cual se asimila la culpa grave, y los demás grados de culpa.

1º Dolo o culpa grave de varios deudores.

El inc. 2º del citado Art. 2.317 dispone: "todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso". Como lo señala el señor Alessandri,<sup>839</sup> el precepto tiene que referirse a la responsabilidad contractual "De lo contrario, habría sido redundante y una repetición innecesaria del inciso 1º, ya que éste, al

<sup>839</sup> *Responsabilidad Extracontractual*, ob. cit., Nº 408, pág. 493.

mentonar el delito, se refiere en forma expresa al dolo extracontractual".

En consecuencia, el incumplimiento doloso de dos o más codeudores, sea la obligación conjunta, solidaria o indivisible, pues el precepto no hace distinciones, da acción solidaria de indemnización de perjuicios contra todos los responsables.

Y lo que se dice del dolo vale igualmente para la culpa grave, que en materias civiles le equivale (Nº 835).

2º Culpa leve o levísima de dos o más deudores.

En los demás casos de infracción, esto es, si no hay dolo ni culpa grave, la obligación de indemnizar los perjuicios es simplemente conjunta, ya sea que la obligación incumplida tenga este carácter, o bien sea solidaria o indivisible.

Nos basamos para pensar así en lo dispuesto en el inc. 1º del Art. 1.533 en las obligaciones indivisibles: "es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa".

Pues bien, si siendo indivisible la obligación infringida, la indemnización es conjunta entre los deudores infractores, con mayor razón si la obligación es divisible responderá cada cual únicamente por su cuota.

A mayor abundamiento, si el legislador lo dijo expresamente en el caso del dolo (que incluye la culpa grave), es porque la solución es la contraria en los demás casos.

Las excepciones a este principio son las ya señaladas, para el caso del hecho o culpa de uno de los deudores: el precio en la solidaridad (Art. 1.526) y en la cláusula penal, si la obligación es indivisible o ha sido puesta la pena con la intención de que no pueda cumplirse por parcialidades.<sup>840</sup>

### Sección segunda

#### AVALUACIÓN JUDICIAL DE LOS PERJUICIOS

890. *Concepto.* Como dejamos señalado, los perjuicios pueden determinarse de tres maneras: por las partes de común acuerdo,

<sup>840</sup> Ciertamente es que los Arts. 1.521 y 1.540 se ponen en el caso de la imputabilidad a uno de los deudores; pero no se divisa razón alguna para aplicar otro criterio si los infractores son dos o más.

producidos ya los perjuicios, o previamente mediante una cláusula penal, por la justicia o disposición legal que los fije.

La determinación de los perjuicios supone tres operaciones:

1º Decidir si procede la indemnización.

Esta etapa existe en cualquiera de las evaluaciones señaladas, y siempre es judicial. Debe establecerse que ha habido incumplimiento imputable y mora del deudor, según lo estudiado en el capítulo anterior;

2º La segunda es determinar qué perjuicios son indemnizable, dentro de las varias categorías que hay de ellos, y

3º Determinar el monto de cada uno de los perjuicios que se deben indemnizar, operación totalmente prudencial de acuerdo a la prueba rendida.

Estas dos últimas etapas existen sólo en la evaluación judicial; en efecto, veremos que en la cláusula penal se ha fijado de antemano por las partes el monto a pagarse por la infracción, de manera que establecida ésta, no hay discusión posible sobre la existencia, naturaleza y monto de los perjuicios (Nº 913, 3º). Tampoco en la legal se discute si ha habido perjuicios, cuáles son ellos, sino que el tribunal se limitará, establecida la procedencia de la indemnización, a aplicar la tasa que corresponde de intereses, según la ley (Nº 898).

Jurídicamente hablando, la regla general es la evaluación judicial; la legal sólo tiene lugar en las obligaciones de dinero, y la convencional, si se ha estipulado cláusula penal; en todo otro caso, si las partes no componen entre sí la indemnización, corresponde al juez evaluar los perjuicios, de acuerdo a las normas que la ley ha fijado y la prueba que las partes le suministren.

891. *Las distintas clases de perjuicios.* Ya nos hemos referido a las distintas categorías de perjuicios, tanto en la indemnización extracontractual como en esta misma parte. Recapitulándolos podemos señalar:

1º Perjuicios compensatorios y moratorios, que corresponden a igual clasificación de la indemnización misma (Nºs. 816 y siguientes);

2º Perjuicios ciertos y eventuales, siendo indemnizables únicamente los primeros: lo cual no excluye a los daños futuros, siempre que sean ciertos (Nº 249);

3º Perjuicios directos e indirectos, de los cuales sólo se indemnizan los primeros (Nºs. 256 y 824);

4º Daños materiales y morales;

5º Daño emergente y lucro cesante, y

6º Perjuicios previstos e imprevistos.

Sólo a estas últimas tres categorías nos referiremos especialmente; nada debemos insistir en las demás. Trataremos igualmente la modificación de las reglas legales por la voluntad de las partes, la doctrina



de la reparación integral y otros aspectos de interés de la evaluación judicial.

892. I. *El daño moral en la indemnización contractual.* En el Nº 253 hemos analizado las concepciones respecto al daño moral y su plena aceptación hoy en día en materia extracontractual.

La polémica continúa aún en materia contractual, pero tiende a imponerse tanto en la doctrina, en las legislaciones y en la jurisprudencia la tesis de que carece de toda razón hacer distinciones en este punto entre las dos clases de responsabilidad. Es absurdo concluir que si un bus atropella a un peatón, éste tendrá derecho a que se le indemnice el daño moral; pero si en un accidente el daño de esta especie lo sufre un pasajero, queda excluido de la posibilidad de exigir reparación (Nº 933).

En nuestro país, la jurisprudencia<sup>841</sup> y doctrina en su mayoría<sup>842</sup> han declarado que en materia contractual no es indemnizable el daño moral.

Se basan para así sostenerlo en que la ley no ha contemplado expresamente la indemnización del daño moral, y no existe en el Título 12 una disposición como el Art. 2.329 en materia extracontractual de que todo daño debe ser reparado.

Antes por el contrario, el Art. 1.556 limita la indemnización al daño emergente y lucro cesante, ambos perjuicios materiales.

Sin embargo, tiende a abrirse paso en la jurisprudencia, aunque limitada al contrato de transporte, donde resulta francamente absurda la exclusión del daño moral, la aceptación de la indemnización de éste.<sup>843</sup>

En nuestro concepto es efectivo que todo el sistema de la indemnización contractual excluye la reparación del daño moral puro, el único que es propiamente tal, esto es, el sufrimiento meramente afectivo; en cambio, nada autoriza a excluir el daño moral con repercusión material, como una incapacidad para el trabajo, por ejemplo, porque éste es evidentemente un daño económico, incluido

<sup>841</sup> RDJ, T. 33, sec. 1ª, pág. 331, y 47, sec. 1ª, pág. 127.

<sup>842</sup> Alessandri, *Responsabilidad Extracontractual*, ob. cit.; Vodanovic, ob. cit., T. 3º, Nº 360, pág. 217; Gatica, ob. cit., Nº 106, pág. 144; Somarriva, *Las obligaciones y los contratos*, etc., ob. cit., Nº 69, pág. 64. Como bien dice Tomasello en su ob. cit., Nº 12, pág. 50, el silencio guardado por autores como Claro Solar, Barros Errázuriz y otros debe entenderse como un rechazo a la indemnización del daño moral en materia contractual.

Tomasello, en cambio, hace una ardiente defensa de la procedencia de ella en nuestra legislación, y cita también en su apoyo la opinión de Fernando Fueyo (págs. 52 y sigtes.). Lamentamos no poderles dar razón.

<sup>843</sup> RDJ, Ts. 48, sec. 1ª, pág. 252 (daño moral con repercusión patrimonial) y 51, sec. 1ª, pág. 74 (daño moral puro).

perfectamente en el daño emergente y lucro cesante de que habla el Art. 1.556.

Juntamente con ello, no podemos dejar de propugnar una revisión legislativa que termine con una discriminación francamente odiosa, pero al mismo tiempo tome los resguardos, a fin de evitar abusos en la materia. Pero desde luego siempre que se involucre un riesgo a la persona humana, la indemnización del daño moral debe ser amplia.

893. II. *Daño emergente y lucro cesante.*<sup>844</sup> Dice el Art. 1.556: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptuándose los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

De manera que por regla general ambos perjuicios son igualmente indemnizables, pero la ley no ha definido uno y otro. La distinción entre ambos deriva de que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del deudor,<sup>845</sup> y el lucro cesante, la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación.<sup>846</sup>

<sup>844</sup> La manera en que está concebido el Art. 1.556 ha llevado a algunos autores y fallos (G.T. de 1933, 1º sem., Nº 82, pág. 334), a decir que se trata de elementos de la indemnización, pero en realidad son dos clases de perjuicios diversos, ambos comprendidos por regla general en la indemnización.

En una ocasión la Corte Suprema rechazó la posibilidad de fundar un recurso de casación en el fondo en la infracción del Art. 1.556; RDJ, T. 59, sec. 1ª, pág. 470, que anteriormente había aceptado: RDJ, T. 11, sec. 1ª, pág. 188. La verdad es que si se acepta un perjuicio que no sea daño emergente ni lucro cesante, o no provenga de los hechos señalados por el precepto, éste resulta infringido.

<sup>845</sup> Daño emergente es la privación que sufre el acreedor al no incorporar a su patrimonio el objeto de la obligación: G.T. 1933, 1º sem., Nº 82, pág. 334; un empobrecimiento efectivo de la persona a quien se indemniza: RDJ, T. 50, sec. 1ª, pág. 21. Equivale, en consecuencia, al enriquecimiento que habría reportado al acreedor por el cumplimiento mismo, representado hasta entonces por el crédito.

Los siguientes casos de indemnización han sido calificados por la jurisprudencia de daños emergentes:

1) La depreciación en el mercado de acciones en garantía en un Banco con respecto a la fecha en que debieron ser restituidas: RDJ, T. 18, sec. 1ª, pág. 62.

2) El valor de los derechos de Aduana en una internación ilegal de mercaderías: RDJ, T. 60, sec. 4ª, pág. 563.

<sup>846</sup> Se ha fallado que el lucro cesante es la privación de las ganancias que podría obtener el acreedor de la prestación una vez incorporada ésta a su patrimonio, mediante el cumplimiento efectivo de la obligación: G.T. de 1933, 1º sem., Nº 82, pág. 334. Destacan los mismos caracteres: fallos de la RDJ, Ts. 22, sec. 1ª, pág. 452, y 50, sec. 1ª, pág. 21.

Se han calificado de lucro cesante indemnizable:

1) Las remuneraciones de un empleado si no se le hubiere puesto término intempestivamente a sus servicios: RDJ, T. 19, sec. 1ª, pág. 500;

Un ejemplo que permite distinguirlos es clásico en la materia: se contrata a una compañía extranjera para una representación en nuestro país, que posteriormente cancela el viaje. El daño emergente es la totalidad de los gastos en que incurrió el empresario por contratación de un teatro, reservas de pasajes, propaganda, etc., y el lucro cesante, lo que habría ganado con la venta de entradas.

El lucro cesante suele resultar difícil de probar, porque no olvidemos que el daño debe ser cierto, y en el lucro cesante siempre se le alega un hecho que pudo haber pasado o no, una hipótesis de ganancia; queda entregado enteramente al criterio del juez apreciarlo, considerando siempre lo que normalmente habría ocurrido.<sup>847</sup>

El lucro cesante puede ser excluido, según decíamos, por la ley, como lo señala expresamente el Art. 1.556, o por la voluntad de las partes, según se ha resuelto por los tribunales.<sup>848</sup>

Un caso en que la ley limita la indemnización al daño emergente lo encontramos en el arrendamiento cuando el arrendatario es privado o turbado en el goce de la cosa por hechos que el arrendador no podía saber (Arts. 1.930, 1.932 y 1.933).

894. III. *Perjuicios previstos e imprevistos.*<sup>849</sup> De acuerdo al Art. 1.558, perjuicios previstos son los que se previeron o pudieron

2) Lo que un administrador de un fundo dejó de percibir por no haber sido reincorporado como se debía, según sus aptitudes y la remuneración que debía pagársele: RDJ, T. 26, sec. 1ª, pág. 209;

3) Lo que un abogado dejó de percibir por la revocación de su patrocinio en un contrato de iguala (Fallo del Consejo General de Abogados: RDJ, T. 61, sec. 5ª, pág. 1);

4) La diferencia de precio de unas mercaderías entre lo estipulado y el precio actual: RDJ, T. 15, sec. 1ª, pág. 63; G.T. 1880, Nº 1.557, pág. 1.099.

5) En caso de término anticipado de un arrendamiento, la renta de arriendo por el tiempo que le faltaba al contrato para expirar: RDJ, T. 42, sec. 1ª, pág. 145.

Finalmente, digamos que una sentencia publicada en la RDJ, T. 55, sec. 2ª, pág. 123, ha equiparado la indemnización moratoria al lucro cesante; en general coinciden, pero no son una misma cosa.

<sup>847</sup> Por ello se ha resuelto que deben proporcionarse al tribunal antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar la ganancia probable: RDJ, T. 41, sec. 2ª, pág. 41, y que si no es posible establecerlos por medio de una regulación precisa, deben determinarse equitativamente: RDJ, T. 23, sec. 1ª, pág. 273.

Por ello se ha rechazado la indemnización de lo que el demandante podría haber ganado desarrollando otra actividad: RDJ, T. 22, sec. 1ª, pág. 452.

La verdad es que la determinación de los perjuicios es siempre un problema muy relativo, y queda entregado un poco a la casuística. (Véase Gatica, ob. cit., Nº 82, pág. 110).

<sup>848</sup> RDJ, T. 42, sec. 1ª, pág. 145.

<sup>849</sup> La mayoría de los autores señalan que ésta es una división de los perjuicios directos, pues el Art. 1.558, tras señalar que de no mediar dolo sólo se responde de los perjuicios previstos, agrega que habiéndolo, se responde de todos los que sean

preverse al tiempo del contrato; imprevistos serán, pues, los que no están en dicha situación.

En la jurisprudencia italiana hay un caso célebre: un comerciante compró una partida de castañas para venderlas en El Cairo, donde obtendría un precio extraordinario; como no se le entregaron oportunamente, pretendió cobrar como lucro cesante la diferencia de precio que habría obtenido en la venta; los tribunales aceptaron únicamente la ganancia que había obtenido en Italia misma, porque la otra no era previsible ni había sido prevista al tiempo del contrato. Otro ejemplo que también es clásico es el de una persona que viaja con un maletín con objetos valiosos y es hurtado por un empleado de la empresa. El robo del maletín es perjuicio previsto, pero no el valor anormal de los objetos, porque está totalmente al margen de la previsión de la empresa que una persona traslade cosas preciosas sin avisarle para que se tomen las precauciones correspondientes.

Como puede apreciarse, al igual que ocurre con el daño emergente y el lucro cesante es cuestión de las circunstancias de cada caso determinar si los perjuicios son previstos o imprevistos, y queda mucho entregado al criterio del tribunal apreciarlos;<sup>850</sup> por ello se ha fallado que es cuestión de hecho determinar si los perjuicios tienen una u otra calidad.<sup>851</sup>

una consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, o sea, de todos los directos. Lo que pasa es que los indirectos se indemnizan en un solo caso: si las partes lo han estipulado, y si bien normalmente entonces serán imprevistos, porque precisamente no tienen por causa el incumplimiento, las partes pueden haberlos previsto expresamente.

<sup>850</sup> Se ha resuelto al respecto:

1º Que es perjuicio previsto la diferencia entre la renta de arriendo estipulada en el contrato que fue declarado terminado, y la que el arrendador cobró al nuevo arrendatario: RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 461.

2º Que si el contrato estableció como no indemnizables determinados perjuicios, se previó la no responsabilidad (se trataba de una concesión que dejó a salvo los derechos de terceros): RDJ, T. 15, sec. 1ª, pág. 494.

3º Que son perjuicios imprevistos los derivados del objeto a que pensaba destinar el comprador el automóvil comprado, si el vendedor ignoraba esta circunstancia: RDJ, T. 21, sec. 1ª, pág. 172.

4º Que el mayor valor que adquiera la cosa vendida que no se entregó al comprador es perjuicio previsto: RDJ, T. 42, sec. 1ª, pág. 79.

5º A la inversa del anterior, que no lo es el mayor valor que haya adquirido un predio entre el momento de la subasta indebidamente provocada y la demanda indemnizatoria, si no se ha probado que la demandada estuvo en situación de prever ese mayor valor: RDJ, T. 50, sec. 1ª, pág. 502.

6º Que no son perjuicios previstos los que pueden causarse en los demás bienes del acreedor: RDJ, T. 25, sec. 1ª, pág. 472.

<sup>851</sup> RDJ, T. 25, sec. 1ª, pág. 472.

De acuerdo al inc. 1º del Art. 1.558, en principio, el deudor sólo responde de los perjuicios previstos, y de los imprevistos únicamente en dos casos: cuando hay dolo (que incluye la culpa grave),<sup>852</sup> y cuando así se ha estipulado. Esto último está expresamente declarado en el inc. final del precepto, y lo destacaremos en el número siguiente.

895. IV. *Modificación de las reglas legales por las partes.* El juez sólo podrá aceptar la indemnización de los perjuicios que la ley ha señalado como indemnizables, pero las disposiciones correspondientes deben estimarse como meramente supletorias de la voluntad de las partes.

Como decíamos, el inc. final del Art. 1.558, que contempla la división de los perjuicios en directos e indirectos, previstos e imprevistos, lo señala expresamente: "las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

Pero igualmente las partes podrían convenir no sólo que se indemnicen los perjuicios indirectos y los imprevistos, aunque no haya dolo o culpa grave, sino cualquier otra estipulación, como que no se indemnice el lucro cesante, que se reparen los daños meramente morales, y aun los inciertos, etc. No debe olvidarse que las partes han podido prefijar los perjuicios de antemano mediante una cláusula penal; y eliminar toda responsabilidad con ciertas limitaciones (Nº 865). Con mayor razón podrán alterar como estimen conveniente las normas legales.

896. V. *Breve referencia al sistema de reparación integral.* Nuestro sistema indemnizatorio antes descrito se basa en el Código francés, el que, a su vez, se inspiró en los jurisconsultos anteriores a él: Dumoulin, Domat y especialmente Pothier.

Sus inconvenientes han quedado a la vista, pues si hay algo difícil es establecer y probar los perjuicios, quedando muy frecuentemente atrapado el derecho del acreedor en la maraña de las distinciones, facultad judicial y la casuística inevitable antes destacadas.

Por ello, el Código alemán dio acogida a lo que se llama doctrina de la reparación integral, que elimina las distinciones antes señaladas y la influencia del dolo como agravante de la responsabilidad; el perjuicio que nunca se indemniza es el que no tiene relación alguna, ni remota, con el incumplimiento. Dice el Art. 249: "el que responde de daños y perjuicios debe restablecer el estado de cosas que hubiera existido si la circunstancia que obliga a la indemnización no hubiera ocurrido.

<sup>852</sup> Si hay culpa, se responde de los perjuicios previstos, y si dolo, también de los imprevistos: RDJ, Ts. 23, sec. 1ª, pág. 273; 25, sec. 1ª, pág. 472, y 31, sec. 1ª, pág. 157.

Esta doctrina es muy peligrosa por lo amplia, y se acerca mucho a la responsabilidad objetiva; por ello ha sido criticada en la misma Alemania y, no obstante perseguir un fin muy loable, como es asegurar la reparación integral del daño, no ha tenido aceptación en las restantes legislaciones.

897. VI. *Otros aspectos de la evaluación judicial.* La evaluación judicial debe hacerse con criterio subjetivo, considerando la situación específica del acreedor; el daño por él experimentado, sin comparación al que hubiere sufrido un tipo ideal en iguales circunstancias, que es la noción con que se determina la culpa del deudor.

En consecuencia, la indemnización no puede ser objeto de ganancia para el acreedor,<sup>853</sup> y por ello si el incumplimiento junto a los perjuicios le ha producido beneficios, unos y otros deben compensarse.

Se ha resuelto que la fijación del monto de los perjuicios es cuestión de hecho,<sup>854</sup> pero la calificación de los fundamentos jurídicos de la acción de perjuicios es de derecho.<sup>855</sup>

Finalmente, debe tenerse presente lo expresado en materia extracontractual en el Nº 302, con las variantes propias del caso, en cuanto a la reparación del daño, a la variación y revisión del mismo.

### Sección tercera

#### AVALUACIÓN LEGAL DE LOS PERJUICIOS

898. *Concepto y aplicación.* A la evaluación legal de perjuicios se refiere el Art. 1.559, cuyo inc. 1º comienza por decir: "si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicio por la mora está sujeta a las reglas siguientes", y procede a señalar las cuatro que estudiaremos en esta sección.

La evaluación legal, conforme a esto, se limita a las obligaciones de dinero, a ninguna otra clase de ellas, y la razón es doble:

1º En estas obligaciones el perjuicio por el incumplimiento es evidente, dados los múltiples usos que el dinero tiene; cuando menos el dinero es generador de intereses, y por esto es que el legislador, al reglamentar la indemnización, la ha traducido en el pago de ellos al acreedor. En consecuencia, si el acreedor se conforma con cobrar intereses, no tendrá ninguno de los inconvenientes de la evaluación judicial, que destacamos en la sección anterior; y

<sup>853</sup> RDJ, T. 42, sec. 1ª, pág. 179.

<sup>854</sup> RDJ, T. 47, sec. 1ª, pág. 22.

<sup>855</sup> RDJ, T. 25, sec. 1ª, pág. 472.

2º Porque, como ya lo habíamos advertido, en las obligaciones de dinero no existe indemnización compensatoria, por la razón de que ésta es justamente la suma de dinero que equivale al cumplimiento íntegro de la obligación. Si una persona debe dinero y no lo paga, el acreedor lo ejecutará, embargará bienes suyos suficientes, los sacará a remate y se pagará con el producto de la subasta (Nº 801). Esto es, se pagará en dinero, cumpliéndose la obligación misma forzosamente.

En lo demás, fuera de las reglas especiales que estudiaremos y que fundamentalmente tienden a fijar el monto de la indemnización en una determinada tasa de intereses, y a liberar al acreedor de la prueba de los perjuicios si limita su cobro a ellos, se aplican las reglas generales, y por ello, aunque se ha discutido en contrario, el deudor debe ser colocado en mora, el incumplimiento ha de ser imputable, y en general es necesario que concurren todos los requisitos ya estudiados.

Como decíamos en el Nº 870, se ha discutido largamente ante los tribunales si para la mora del deudor es necesario que la deuda sea líquida y determinada,<sup>856</sup> criterio este último muy favorable al deudor, sobre todo cuando hay inflación aguda, en que los intereses a veces no alcanzan ni a emparejar la desvalorización monetaria.

Por ello es que se ha resuelto que si la cantidad de dinero a pagar se determina en fallo declarativo, incluyendo si la obligación es de indemnizar al acreedor, sólo se deben intereses desde que queda ejecutoriada la sentencia.<sup>857</sup>

Las reglas de evaluación contenidas en el Art. 1.559 pueden sintetizarse así:

- 1º La indemnización se traduce en el pago de intereses;
- 2º Si el acreedor cobra únicamente éstos, nada debe probar;
- 3º No se produce anatocismo, y
- 4º Las rentas, cánones y pensiones periódicas no devengan intereses.

Las veremos en los números siguientes.

899. I. *Intereses que debe el deudor.* De acuerdo al Nº 1º del Art. 1.559: "se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en el caso contrario".

En consecuencia, la indemnización moratoria se traduce en el pago de intereses,<sup>858</sup> esa es la reparación que por ley debe el deudor

<sup>856</sup> Véanse las notas 799 y 800, y Repertorio, T. IV, pág. 295, Nº 4º.

<sup>857</sup> RDJ, T. 11, sec. 1ª, pág. 188; T. 29, sec. 2ª, pág. 267; T. 31, sec. 2ª, pág. 23; T. 35, sec. 1ª, pág. 95; T. 50, sec. 1ª, pág. 421. En contra, señalando que se deben desde la notificación de la demanda: G.T. de 1895, T. 1º, Nº 1.151, pág. 852.

Por igual razón se ha señalado que el Art. 1.559 sólo se aplica a las obligaciones de dinero convencionales, y no al pago de lo no debido: RDJ, T. 63, sec. 1ª, pág. 22.

<sup>858</sup> RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 597.

al acreedor. Al tratar de las obligaciones de dinero en los Nºs. 360 y siguientes nos ocupamos de los intereses, por lo que ahora nos referiremos sólo a dos puntos: desde cuándo se deben intereses moratorios, y cuáles son los que debe pagar el deudor.

Respecto de lo primero, los intereses se deberán desde que el deudor quede colocado en mora, o sea, cuando se produzca la interpelación en alguna de las formas señaladas en el Art. 1.551. Ello es muy claro en el precepto, pues el inc. 1º determina que la indemnización se debe por la mora, y el Nº 1º señala que comienzan a deberse los intereses legales si no hay otros estipulados.<sup>859</sup>

Ahora bien, en cuanto a lo segundo, las reglas que da el precepto son tres:

1º Si las partes han estipulado intereses para la obligación no cumplida, y son superiores a los legales, se continúan devengando los mismos intereses convenidos:

2º Si no hay intereses convenidos, o los estipulados son inferiores a los legales, que según sabemos son hoy en día los corrientes (Nº 364), comienzan a deberse estos últimos,<sup>860</sup> y

3º Las dos reglas anteriores sufren excepciones en los casos en que las partes hayan estipulado intereses por la mora (Nº 365), y en los que la ley ordena el pago de otros intereses en lugar de los legales.<sup>861</sup>

900. II. *Si el acreedor cobra únicamente intereses, nada debe probar.* Dice la regla 2ª del Art. 1.559: "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo".

Esto es, el acreedor si se conforma con los intereses, nada debe probar, la ley presume que ése es el perjuicio sufrido, y no admite prueba alguna en el contrario para desvirtuarlo.

<sup>859</sup> En consecuencia, si hay plazo estipulado, desde el vencimiento de éste: RDJ, T. 13, sec. 1ª, pág. 172. Desde la constitución en mora: RDJ, Ts. 3, sec. 1ª, pág. 115, y 5, sec. 2ª, pág. 81. La regla general será la interpelación judicial, y por ello se deben desde la notificación de la demanda: RDJ, Ts. 3º, sec. 1ª, pág. 186; 9º, sec. 1ª, pág. 292; 16, sec. 1ª, pág. 281; 30, sec. 1ª, pág. 561; 7º, sec. 1ª, pág. 41; G.T. de 1879, Nº 1.871, pág. 1.317; de 1882, Nº 2.052, pág. 1.150, y de 1887, Nº 1.151, pág. 679; desde la contestación de la demanda; G.T. de 1902, T. 2º, Nº 3.378, pág. 1.528.

<sup>860</sup> Casos de aplicación de esta norma en RDJ, Ts. 9º, sec. 1ª, pág. 358; 22, sec. 1ª, pág. 205, y 23, sec. 2ª, pág. 43.

<sup>861</sup> Se ha prestado a discusiones en los tribunales si éstos, dado que la ley es la que fija desde cuándo y cuáles intereses se deben, están facultados para ordenarlos pagar en forma diferente a la pedida en la demanda.

La jurisprudencia está dividida. Han dicho que pueden mandarse pagar otros y desde distinta fecha a la pedida: RDJ, Ts. 32, sec. 1ª, pág. 43, y 38, sec. 1ª, pág. 522. En contra Ts. 38, sec. 1ª, pág. 236, y 45, sec. 2ª, pág. 10.

Si se han pedido intereses sin especificarlos, indiscutiblemente el tribunal los fija de acuerdo al Art. 1.559: RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 200.

Sin embargo, la redacción de la regla ha dado origen a un doble problema de interpretación:

1º Porque habló de retardo en vez de mora.

Ello ha permitido sostener que no es necesaria la interpelación del acreedor, y basta el solo retardo en el cumplimiento; esta opinión debe rechazarse, porque el inciso 1º dijo claramente que se trataba de una indemnización por la mora, y ésta existe para el deudor en los tres casos del Art. 1.551.

Así se ha fallado.<sup>862</sup>

2º Si el acreedor puede cobrar otros perjuicios.

El otro problema es más delicado, y divide las opiniones. Si el acreedor sólo cobra intereses, nada debe probar, pero ¿podrá cobrar otros perjuicios sufridos por el incumplimiento, acreditándolos de acuerdo a las reglas generales? Por ejemplo, el acreedor tenía una opción para comprar una propiedad con el pago de la deuda, y la pierde por la falta de cancelación, o no puede cumplir sus propios compromisos, viéndose constreñido a sufrir ejecuciones, quiebras, etcétera.

Hay quienes sostienen que no es procedente el cobro de otros perjuicios, porque el legislador pretendió fijar la indemnización de las obligaciones de dinero con reglas determinadas, como lo revelaría la redacción del inc. 1º, y porque tal era la solución de Pothier y del Código Francés (Art. 1.153), en quienes se habría basado el Código chileno.<sup>863</sup>

Estamos, en cambio, con la otra opinión, que considera que si el acreedor los establece, puede cobrar otros perjuicios.<sup>864</sup>

La letra de la ley lo dice claramente; el inc. 1º declaró que la obligación de indemnizar quedaba sujeta a las reglas siguientes, y la 2ª expresa precisamente que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios "cuando sólo cobra intereses"; toda esta última frase queda enteramente de más con la otra interpretación. No tiene ni puede tener otro sentido que el que estamos señalando.

Por otra parte, hay disposiciones en ciertos casos de obligaciones de dinero que permiten expresamente el cobro de intereses y de otros perjuicios. Así ocurre en la acción de reembolso del Art. 2.370: el fiador puede cobrar al deudor principal lo que haya pagado por él

<sup>862</sup> RDJ, Ts. 9ª, sec. 1ª, pág. 358; 17, sec. 1ª, pág. 134, y 30, sec. 2ª, pág. 33.

<sup>863</sup> Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.264, pág. 765; Gatica, ob. cit., Nº 202, pág. 272; Barros Errázuriz, ob. cit., T. 2ª, Nº 63; RDJ, Ts. 9ª, sec. 1ª, pág. 490, y 18, sec. 1ª, pág. 267.

<sup>864</sup> Alessandri, ob. cit., pág. 98; Meza, ob. cit., Nº 413; Fueyo, ob. cit., T. 1ª, Nº 355, pág. 337; RDJ, T. 62, sec. 3ª, pág. 9. Este fallo lo citamos en el Nº 231, pues consideró que había abuso del derecho al pretender pagar en moneda desvalorizada una deuda del trabajo.

"con intereses y gastos", y "tendrá también derecho a indemnización de perjuicios según las reglas generales". Según el Art. 2.083, el socio que retarda su aporte social (que normalmente es dinero), "resarcirá a la sociedad todos los perjuicios que le haya ocasionado el retardo".

Entre estos otros perjuicios, ¿podría el acreedor cobrar los que provienen de la desvalorización monetaria? Aunque el punto se ha discutido, nos parece que este perjuicio reúne los caracteres de directo y previsto exigidos por la ley, pero choca desgraciadamente con el principio nominalista imperante, hoy con atenuantes, en nuestra legislación (Nº 365). Hora es que se disponga que toda deuda impaga se reajuste automáticamente para compensar la desvalorización de su contenido; con ello se desalentaría uno de los atractivos del retardo para los deudores. Afortunadamente, como vimos, la Ley 18.010 corrigió parcialmente este defecto, determinando que toda deuda vencida proveniente de una operación de crédito de dinero, devenga intereses corrientes.

901. III. *Anatocismo. Referencia.* En el Nº 369 nos referimos a esta institución y a la regla 3ª del Art. 1.559, en orden a que los intereses atrasados no producen, a su vez, intereses. Nos remitimos a lo dicho.

902. IV. *Rentas, cánones y pensiones periódicas.* De acuerdo al Nº 4º del precepto en estudio, "la regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas". La regla es la de que los intereses no producen intereses; tampoco entonces, aunque el deudor esté en mora, los generarán las rentas, cánones y pensiones periódicas.

Según esto, las rentas de arrendamiento que se adeuden no producen intereses.<sup>865</sup>

903. *Estipulación de las partes.* Tal como ocurre con la avaluación judicial, las reglas del Art. 1.559 suplen la convención, de manera que las partes pueden libremente alterarlas, fijando los intereses que se adeudarán en caso de mora o simple retardo mediante una cláusula penal que no tiene otro límite que el máximo que la ley permite estipular como intereses (Nº 366). Podrían también convenir

<sup>865</sup> Sin embargo, se gravó al deudor con intereses en un caso de mora en las rentas de arrendamiento: RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 647, y en el pago de sueldos: RDJ, T. 40, sec. 1ª, pág. 54.

Aplicando correctamente el precepto se rechazó el cobro de intereses por un legado de pensiones periódicas: RDJ, T. 15, sec. 1ª, pág. 320.

Para el arriendo, véase el Art. 21, inc. 2º de la Ley 18.101 de 29-1-82.

que se indemnice toda clase de perjuicios, evitándose el acreedor la discusión antes señalada, que vimos en el N° 900. Tampoco hay inconveniente para que señalen que en caso de mora o simple retardo la deuda se reajuste hasta su pago, según algún índice.

Igualmente, pueden las partes convenir en que las rentas, cánones y pensiones periódicos atrasados devenguen intereses; así lo aceptó la Corte Suprema en un caso de rentas de arrendamiento.<sup>866</sup>

También de acuerdo a la Ley N° 18.010 de 27 de junio de 1981, es posible estipular que los intereses atrasados devenguen a su turno nuevos intereses.

#### Sección cuarta

#### LA CLÁUSULA PENAL

904. *Reglamentación y pauta.* A la cláusula penal se refiere el Código en el Título II del Libro 4º, Arts. 1.535 a 1.544, como una categoría particular de obligaciones: "De las obligaciones con cláusula penal".

En señalar la convención que pasamos a estudiar como una clase aparte de obligaciones acompañan a nuestro Código la mayoría de las legislaciones; en cambio, en los autores es corriente, desde Zacharie a nuestros días, tratar de ella a propósito de la evaluación de los perjuicios.

La verdad es que ambas posiciones admiten defensa, porque si en la cláusula penal hay una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, como luego lo veremos, la institución excede en mucho a tan estrecho marco.

En un primer párrafo estudiaremos el concepto y caracteres, en un segundo, sus efectos, y en el último, la cláusula penal enorme.

#### Párrafo 1º

#### Concepto y caracteres

905. *Concepto.* Hemos dicho que la regulación de la indemnización no tiene por qué forzosamente someterse a los tribunales; bien pueden las partes convenirla, tanto una vez producido el incumplimiento, como antes de él y en previsión de que acontezca, mediante una cláusula penal.

Se la suele definir como la evaluación convencional y anticipada de perjuicios que hacen las partes, definición que peca por considerar sólo el aspecto indemnizatorio de la estipulación sin detenerse en otro que es tan importante como éste: su calidad de caución.

Más completa es, pues, la definición del propio Código en su Art. 1.535: "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".

A la cláusula penal se le señalan tres funciones, de las cuales las dos primeras son indiscutidas, no así la última. Son ellas, dicho a modo de enunciación:

- 1º Avaluar anticipada y convencionalmente los perjuicios;
- 2º Caucionar la obligación, y
- 3º Servir de pena civil.

Las veremos en los números siguientes.

906. I. *La cláusula penal como evaluación de perjuicios.* Si en el estudio de la indemnización de perjuicios algo ha quedado en claro, es la dificultad con que el acreedor tropieza para justificarlos, quedando en muchos aspectos al criterio del juez determinarlos; con la cláusula penal el acreedor evita este grave inconveniente, porque de antemano quedan fijados los perjuicios que deberá indemnizarle el deudor si no cumple la obligación principal.

Si bien la cláusula penal es convencional y anticipada, y, según veremos, accesoria a la obligación principal, no es forzoso que nazcan juntas. Por el contrario, la cláusula puede convenirse junto con el nacimiento del contrato, o cuando la obligación ya existe, y en tal caso ella no tiene por qué forzosamente ser convencional. Así lo confirma por lo demás el Art. 1.647, que se refiere precisamente al caso de que la nueva obligación pactada sea una pena para el caso de no cumplirse la primera, y determina cuándo ello lleva envuelta una novación (N° 1.124). Por ello la denominación de "cláusula" para esta convención no es totalmente correcta, pero está impuesta por el uso inveterado.

Como indemnización convencional la cláusula penal es anticipada, porque el monto de los perjuicios queda fijado antes de producirse, mientras que en la judicial y legal la evaluación se realiza una vez ocurridos los mismos.

Puesto que la cláusula penal es una indemnización de perjuicios, puede ser compensatoria y moratoria;<sup>867</sup> así lo confirma el Art. 1.535, que habla de no ejecutar o retardar la obligación principal. La no

<sup>866</sup> RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 162.

<sup>867</sup> RDJ, T. 55, sec. 2ª, pág. 123.

ejecución es la que da lugar a la indemnización compensatoria, y el retardo, a la moratoria.

La cláusula penal como indemnización de perjuicios tiene una serie de peculiaridades que la diferencian de la normal, principalmente porque:

1º En la avaluación judicial y legal los perjuicios se reparan en dinero; en la cláusula penal puede contraerse una obligación de dar, como por ejemplo comprometerse a entregar un vehículo en caso de incumplimiento; de hacer, como si al dar en mutuo una cierta cantidad a un pintor, éste se obliga en caso de incumplimiento a pintar un cuadro; y aunque el Art. 1.535 no lo diga expresamente, no habría inconveniente para que fuera una abstención lo prometido para el caso de no cumplirse la obligación principal, y

2º El acreedor tiene derecho a cobrar la pena, aun cuando realmente no haya habido perjuicios; no necesita acreditarlos, ni tampoco el deudor puede eximirse de ella, alegando que no los hubo. Así lo dispone el Art. 1.542 (Nº 913), de modo que en definitiva bien puede ocurrir que el deudor sea obligado a pagar la pena, aun cuando el acreedor ningún perjuicio haya sufrido, o, al contrario, haya resultado beneficiado. Pero si así no fuera, la cláusula penal perdería gran parte de su eficacia indemnizatoria, pasando a ser una mera inversión del onus probandi en materia de perjuicios, y no podría desempeñarse como caución, carácter que destacamos en el número siguiente.

907. II. *La cláusula penal como caución personal.* Varias veces hemos destacado el indiscutible carácter de caución personal de la cláusula penal; la seguridad que otorga es meramente psicológica: el deudor, ante el evento de verse obligado a pagar una pena, que puede ser considerable, para el caso de no cumplir su deuda, se sentirá más forzado a pagarla buenamente que en aquellas en las cuales podrá discutir judicialmente cada uno de los posibles aspectos de los perjuicios.

En tal sentido la mayor eficacia de la cláusula penal depende de su monto, y a fin de evitar los excesos a que puede llegarse por esta vía, se contempla la reducción por lesión (cláusula penal enorme: Nº 921).

Este carácter de caución de la cláusula penal era aún más acentuado en el derecho romano, donde a las obligaciones que no daban acción se les otorgaba mediante una cláusula penal, algo como lo que ocurre ahora con la cláusula penal constituida por un tercero para caucionar una obligación natural (Nº 338).

En la disposición que a esto se refiere (Art. 1.472) queda muy en claro que el Código considera la cláusula penal como caución personal, pues valida las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales consti-

tuidas por terceros para la seguridad de las obligaciones naturales; punto que confirma, además, la propia definición del Art. 1.535, que la considera destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

En virtud de este carácter de caución de la cláusula penal pueden explicarse diversas soluciones de la ley, y que, mirándola únicamente como indemnización de perjuicios, carecen de justificación. Desde luego, la ya señalada de que puedan cobrarse perjuicios, aunque no los haya.

Pero puede irse más lejos aún, y por estipulación expresa de las partes, según veremos, al acreedor le es posible cobrar tanto la obligación principal como la pena, y, por otro convenio también expreso, la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios; todo ello sería inexplicable si se trata de una mera avaluación convencional de los daños.

Como caución la cláusula penal es personal, y no pasa a ser real, aun cuando consista en dar una especie o cuerpo cierto; en consecuencia, si el deudor o el que constituyó la pena enajenan el bien que se obligaron a dar, el acreedor carece de derecho de persecución de la cosa en manos del adquirente.

908. III. *La cláusula penal como pena civil.* El Código en la propia definición califica de pena a la cláusula penal y en muchos contratos suele hablarse de "multa".

Ello ha hecho sostener a algunos que en la cláusula penal, además de una caución y una indemnización de perjuicios, hay una pena civil,<sup>868</sup> de aquellas que la ley faculta a los particulares para imponer.

Es indudable el carácter sancionador de la pena, común por lo demás a toda indemnización de perjuicios, pero no parece necesario recurrir a la calificación de pena, porque tiende fundamentalmente a que la obligación se cumpla en naturaleza, o por equivalencia.

909. *Paralelo con otras instituciones.* A lo largo de este estudio ya hemos señalado semejanzas y diferencias de la cláusula penal con las obligaciones alternativas y facultativas (Nº 380), y las cláusulas limitativas de la responsabilidad (Nº 864).

Veremos ahora sus relaciones con la fianza, arras y astreintes.

1º Fianza.

La cláusula penal, cuando es constituida por un tercero, se asemeja mucho a la fianza en que también alguien ajeno a la deuda

<sup>868</sup> Nunca podría ser penal, y por ello se ha rechazado una cláusula penal en que el deudor en caso de incumplimiento se sujetaba a la pena de la estafa: G.T. de 1884, Nº 2.122, pág. 1.311.

responde en caso de incumplimiento del deudor principal. Se diferencian en que la primera puede consistir en dar, hacer o no hacer algo, cualquiera que sea la obligación principal, mientras la fianza sólo se refiere a obligaciones de dinero (Art. 2.343); además, el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, mientras la pena no tiene más límite que la lesión (Nº 921).<sup>869</sup>

## 2º Las arras.

El legislador se refirió a ellas en los Arts. 1.803 a 1.805, en la compraventa. De acuerdo a ellos en las arras se da una cosa con el fin de constituir una seguridad de la celebración o ejecución del contrato, o como parte de precio o señal de quedar convenidos.

En este último caso, la venta queda perfecta, salvo que ella requiere escritura pública. Si no se han utilizado tales expresiones, las arras dan derecho a retractarse de la celebración de la compraventa, "el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas".

Hay una gran semejanza con la cláusula penal, pero con algunas diferencias: las arras garantizan la celebración del contrato y no el cumplimiento de la obligación contraída; pero fundamentalmente en las arras hay una entrega actual de dinero u otra cosa, mientras en la cláusula penal la entrega deberá hacerse en caso de incumplimiento.<sup>870</sup>

## 3º La astreinte.

Es una interesante institución, creación de la jurisprudencia francesa, que Mazeaud define como "una condena pecuniaria pronunciada por el juez, que tiene por objeto vencer la resistencia de un deudor recalcitrante, y llevarlo a cumplir una resolución judicial. El juez une a su resolución una "astreinte" o conminación de tanto por día o por mes de retraso".<sup>871</sup>

La astreinte no tiene por objeto indemnizar los perjuicios al acreedor; es una medida coactiva sobre los bienes del deudor vencido, y tiende a presionarlo, como un verdadero apremio patrimonial, a cumplir la sentencia. El deudor se ve constreñido a cumplir para eludir el pago de la "astreinte", y en tal sentido es muy útil en aquellas obligaciones que no pueden hacerse cumplir forzosamente, incluso porque las autoridades niegan el otorgamiento de la fuerza pública, como solía ocurrir con los lanzamientos.

<sup>869</sup> En un caso, publicado en la RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 188, se discutió el carácter de cláusula penal de la obligación de un tercero de pagar una cierta suma como fiador y codeudor solidario, en caso de no entregar el deudor principal un cuerpo cierto debido.

<sup>870</sup> Un fallo de la RDJ, T. 17, sec. 1ª, pág. 134, resolvió que constituía cláusula penal el depósito de una suma en manos del acreedor para garantizar el fiel cumplimiento de un contrato. Parecía más bien arras.

<sup>871</sup> Ob. cit., Parte 2ª, T. 3º, Nº 940 y sigtes., pág. 220 y sigtes.

No es procedente en nuestro país, donde nadie ha facultado a los tribunales para ello, pero su conveniencia es clara. En todo caso, su diferencia con la cláusula penal es obvia: no la convienen las partes, y no tiene finalidad indemnizatoria sino "conminatoria".<sup>872</sup>

910. *Características de la cláusula penal.* Además de los ya señalados de constituir una caución y una avaluación anticipada de los perjuicios, y discutiblemente una penal civil, la cláusula penal es consensual, condicional (o eventual) y accesorio.

## 1º Consensualismo.

La ley no ha exigido solemnidades de ninguna especie para la cláusula penal, aunque naturalmente le rigen las limitaciones para la prueba testimonial.

Se considera, eso sí, que si la pena se refiere a bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, deberá constar por escritura pública.<sup>873</sup>

## 2º Condicional.

En efecto, el derecho del acreedor a cobrar la pena depende de un hecho futuro e incierto: el incumplimiento del deudor; pero como es esencial para ella, se ha resuelto que es eventual.<sup>874</sup>

## 3º Accesoriedad.

Como caución que es, la cláusula penal accede a una obligación principal que garantiza. No puede existir cláusula penal sin ella.

Esta obligación puede ser incluso natural, siempre que la pena se la imponga un tercero (Nº 338).

Como consecuencia de su carácter accesorio, la cláusula penal se extingue conjuntamente con la obligación principal, según lo diremos en el número siguiente, y será divisible o indivisible, según lo sea la obligación a que accede, como lo estudiaremos en el párrafo que luego sigue (Nº 920).

911. *Extinción de la cláusula penal.* Como toda obligación accesorio, la cláusula penal puede extinguirse por vía principal o accesorio.

En el primer caso, es la cláusula penal la que se extingue, pero la obligación principal subsiste; así ocurrirá si se anula judicialmente la

<sup>872</sup> A propósito de calificación de la cláusula penal, se ha considerado que es tal la base de remate de que el subastador pierda la suma dada o boleta de garantía si no paga el precio o suscribe la escritura en el plazo fijado: RDJ, Ts. 41, sec. 1ª, pág. 396, y 56, sec. 1ª, pág. 218.

<sup>873</sup> Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., Nº 20, pág. 22.

<sup>874</sup> RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 188. Véase Nº 452, 3º.



pena, o consiste en la entrega de una especie o cuerpo cierto que perece, etc.

En cambio, extinguida la obligación principal, con ella termina la cláusula penal. En consecuencia, por ejemplo, prescribirá conjuntamente con la obligación principal de acuerdo al Art. 2.516 (Nº 1.271).

El legislador se preocupó expresamente de la nulidad en el inc. 1º del Art. 1.536: "la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal".<sup>875</sup>

En los incisos 2º y 3º estableció dos excepciones a este principio, que ya señalamos que no eran verdaderamente tales, referentes a la promesa del hecho ajeno (Nº 139) y la estipulación en favor de otro (Nº 130), respectivamente.

En cambio, aplica el principio el Art. 1.701, según el cual la falta de instrumento público exigido por la ley como solemnidad, no puede suplirse por otros medios de prueba y se mirarán —agrega el precepto— como no ejecutados o celebrados los actos y contratos contenidos en ellos, aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. "Esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Hasta cierto punto, hay excepción al principio señalado en los esponsales que no producen obligación alguna, y en consecuencia tampoco facultan para exigir la multa que se haya estipulado, pero ella puede retenerse si se ha pagado (Nº 329).

#### Párrafo 2º

#### *Efectos de la cláusula penal*

912. *Enunciación.* El efecto fundamental de la cláusula penal es permitir al acreedor cobrarla en caso de infracción al contrato por parte del deudor.

Para el estudio de este efecto y los adicionales que pueden producirse, nos referiremos a los siguientes aspectos:

- 1º Cuándo tiene el acreedor derecho a cobrar la pena;
- 2º Caso del incumplimiento parcial;
- 3º Cobro de la pena, obligación principal e indemnización, y
- 4º Pluralidad de acreedores y deudores.

<sup>875</sup> Por ello se ha fallado que siendo nula una promesa de venta, igualmente lo es la cláusula penal pactada para el caso de no cumplirse: RDJ, T. 46, sec. 2ª, pág. 79.

913. I. *Para que el acreedor cobre la pena deben concurrir los requisitos de la indemnización de perjuicios, menos éstos.* Para que el acreedor quede en situación de cobrar la pena estipulada, es necesario que se cumplan todos los requisitos ya estudiados para la indemnización ordinaria, pero no importa que no haya perjuicios.

En consecuencia:

1º Debe haber incumplimiento imputable al deudor.

Rige todo lo dicho para este requisito en el estudio de la indemnización normal de perjuicios, de donde derivan los casos en que el deudor es responsable y cuando no lo es.

Se ha pretendido infundadamente, sin embargo, que el deudor respondería de la pena aun en caso fortuito, porque el Art. 1.542 declara que "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado..."

Semejante interpretación es insostenible, porque, según veremos en seguida, el precepto es tan rotundo para significar que la pena puede cobrarse aunque no haya perjuicios; también veremos a continuación que el legislador exige la mora del deudor para que haya lugar a la pena, y ella supone la imputabilidad del incumplimiento (Nº 870); finalmente, el caso fortuito extingue la obligación principal por "pérdida de la cosa debida", como dice nuestro Código, y la extinción de la obligación principal acarrea la de la pena.

2º Mora del deudor.

Al respecto, hay que distinguir si la obligación principal es de dar o hacer, o si es de no hacer, porque en este último caso, el deudor queda en mora por la sola infracción (Nº 868).

De ahí que el inc. 2º del Art. 1.538 disponga: "si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

En cambio en las obligaciones de dar y de hacer "el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora" (inc. 1º).

En consecuencia, se requerirá el retardo imputable, que el acreedor a su vez no esté mora,<sup>876</sup> y la previa interpelación al deudor, en alguna de las formas establecidas en el Art. 1.551 (Nº 871).

Sin embargo, se ha discutido si se aplica en la cláusula penal el Nº 1º del precepto, esto es, la interpelación contractual expresa, y en consecuencia el deudor está obligado a la pena si no ha cumplido la obligación principal por el solo vencimiento del plazo estipulado, sin necesidad de requerimiento alguno.

Lo que ha dado origen a la deuda es que el Art. 1.538, inc. 1º, comienza diciendo: "háysese 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.

<sup>876</sup> RDJ, Ts. 20, sec. 1ª, pág. 359, y 28, sec. 1ª, pág. 689. Véanse Nº 941 y sigtes.

La sola lectura del precepto da a entender que debe siempre interpelarse judicialmente al deudor, pero la verdad es que se trata de un error en la elaboración del Código. En efecto, el Proyecto de 1853 no aceptaba el principio de que el día interpela por el hombre, sino la doctrina francesa de que el deudor queda en mora por la llegada del plazo únicamente cuando así se ha estipulado. En el Código definitivo se efectuó el cambio de doctrina en el Art. 1.551, en la forma estudiada en el N° 873, y la sola llegada del plazo convenido coloca en mora al deudor, pero la Comisión Revisora omitió corregir el Art. 1.538.

Un fallo de nuestros tribunales reconoce la mora del deudor por el solo cumplimiento del plazo convenido aun en la cláusula penal,<sup>877</sup> pero don Luis Claro Solar rechaza esta interpretación.<sup>878</sup> Sin embargo de la autoridad de su opinión resultaría absurdo ser más estricto en la cláusula penal, que es caución e indemnización convenida, que en la ordinaria.

### 3ª Los perjuicios.

Ellos sí que pueden faltar en la cláusula penal. Dice el Art. 1.542, después de sentar el principio ya examinado de que la pena puede exigirse en todos los casos en que se hubiere estipulado: "sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

No sólo, pues, según destacábamos, el acreedor está exento de probar perjuicios, sino que tampoco el deudor puede acreditar que no los hubo. Es la gran ventaja de la cláusula penal sobre la indemnización ordinaria.

En consecuencia, no hay necesidad alguna de distinguir entre daño emergente y lucro cesante,<sup>879</sup> daños directos o indirectos, previstos o imprevistos, morales o materiales, ni se exige en los perjuicios relación de causalidad ni requisito alguno, etc.

914. II. *Incumplimiento parcial.* De acuerdo al Art. 1.539: "si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal".

Aquí sí que la ley fue muy precisa al decir: "si el acreedor acepta esa parte", pues de acuerdo al Art. 1.591 no tiene por qué tolerar un pago parcial (N° 620).<sup>880</sup>

<sup>877</sup> RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 396.

<sup>878</sup> Ob. cit., T. 11, pág. 746, N° 1.237.

<sup>879</sup> RDJ, T. 50, sec. 1ª, pág. 21.

Respecto a la no necesidad en general del acreedor de probar perjuicios: RDJ, T. 55, sec. 2ª, pág. 123.

<sup>880</sup> G.T. 1878, N° 322: el tribunal determinará discrecionalmente la rebaja, lo que parece efectivo únicamente si no cabe aplicar la proporcionalidad que señala el precepto.

915. III. *Cobro de la pena, de la obligación principal y la indemnización ordinaria de perjuicios.* Es preciso determinar los derechos del acreedor en caso de incumplimiento en relación al cobro de la pena, de la obligación principal y de la indemnización de perjuicios de acuerdo a las reglas generales, materias a que se refiere el Art. 1.537.

Podemos resumir las reglas que señala este precepto en cuatro:

1ª Antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor sólo puede exigir la obligación principal;

2ª Constituido el deudor en mora, puede el acreedor a su arbitrio cobrar la obligación principal, la pena compensatoria o la indemnización ordinaria de perjuicios;

3ª Por excepción, el acreedor puede acumular la pena compensatoria y el cumplimiento forzado de la obligación principal cuando así se ha convenido, y en la transacción, y

4ª Por excepción puede también el acreedor pedir la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, si así se ha estipulado.

Veremos el desarrollo de estas cuatro reglas en los números siguientes.

916. A. *Antes de la mora sólo puede pedirse la obligación principal.* Así lo señala la primera parte del Art. 1.537: "antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal".

Ello es lógico, porque de acuerdo al precepto que sigue (el Art. 1.538 ya citado), el deudor no incurre en la pena mientras no sea constituido en mora. En consecuencia, antes de ella, el acreedor no puede exigir la pena que no se ha devengado aún, sino únicamente el cumplimiento del contrato.

917. B. *Derecho alternativo del acreedor en la mora del deudor.* La regla es que una vez constituido el deudor en mora, el acreedor tiene una triple alternativa:

1ª Exigir el cumplimiento de la obligación principal, siempre que sea ello posible.

No podría el deudor oponerse al cumplimiento forzado ofreciendo la pena, porque de acuerdo al Art. 1.537 la elección es al arbitrio del acreedor y no de aquél.

Puede estipularse lo contrario, o sea que en caso de incumplimiento sólo sea exigible la pena, y en ese caso ha habido una novación, de acuerdo al Art. 1.647 (N° 1.124).

Y así como puede el acreedor exigir el cumplimiento, también podría pedir la resolución,<sup>881</sup> aunque en una oportunidad se falló lo contrario.<sup>882</sup>

<sup>881</sup> Somarriva, *Cauciones*, N° 27, pág. 27.

<sup>882</sup> RDJ, T. 7, sec. 2ª, pág. 39. Aceptó la resolución por incumplimiento parcial: RDJ, T. 55, sec. 2ª, pág. 123, fijando la que es evidentemente la buena doctrina.

## 2º Exigir la pena, en vez de la obligación principal.

En caso de incumplimiento hemos visto que el acreedor debe primero pedir el cumplimiento forzado, y sólo si éste no es posible, la indemnización de perjuicios (Nº 818). En la cláusula penal, en cambio, el legislador permite al acreedor elegir a su arbitrio entre la ejecución forzada y la pena.

## 3º Exigir la indemnización de perjuicios ordinaria.

Bien puede el acreedor no pedir ni el cumplimiento ni la pena, sino la indemnización de perjuicios en conformidad a las reglas generales. Así lo establece la parte final del Art. 1.543: "pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Naturalmente que en tal caso la indemnización se somete en todo y por todo a las normas generales, y en consecuencia deberá probar los perjuicios que cobra el acreedor.

La explicación de esta solución es muy sencilla: la cláusula penal favorece al acreedor y de ahí que éste puede renunciarla. El elegirá entre las ventajas de la cláusula penal, que lo exime de probar perjuicios, y las de la indemnización ordinaria, que le permitirá percibir los que efectivamente ha sufrido y que pueden ser superiores a la cláusula penal. Es precisamente una de las diferencias que señalábamos entre ésta y las cláusulas limitativas de responsabilidad (Nº 864).

918. C. *Casos en que el acreedor puede acumular la pena y la obligación principal.* Son tres los casos en que el acreedor puede cobrar la pena y la obligación principal:

## 1º Si la pena es moratoria.

Que el acreedor no pueda cobrar al mismo tiempo la obligación principal y la pena se justifica ampliamente porque en tal caso estaría obteniendo un doble pago: el cumplimiento y la pena, pero ello naturalmente se refiere a la pena compensatoria y no a la moratoria, que siempre puede agregarse al cumplimiento porque indemniza el retardo (Nº 820).

La distinción entre pena moratoria y compensatoria aparece claramente en la propia definición del Art. 1.535, que habla de "no ejecutar" y "retardar" la obligación principal.

Y por ello el Art. 1.537, después de decir que el acreedor no puede acumular la pena y la obligación principal, agrega: "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo".

Tiene gran interés, pues, distinguir si la indemnización es compensatoria o moratoria, lo cual es cuestión de interpretación, ya que el precepto habla de "aparecer". Según una sentencia, la pena debe entenderse normalmente compensatoria.<sup>883</sup>

<sup>883</sup> RDJ, T. 61, sec. 1ª, pág. 122; la define además como una suma de dinero semejante a lo que habría significado el cumplimiento de la obligación principal.

## 2º La estipulación de las partes.

Aun la pena compensatoria puede cobrarse conjuntamente con la obligación principal, si así se ha estipulado. Esta excepción la señala también el Art. 1.537, en su parte final: "o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal". No hay, naturalmente, necesidad de usar esta frase sacramental; basta cualquiera que indique claramente la intención de las partes de acumular pena y obligación principal. La única exigencia es que semejante estipulación debe ser expresa, mientras que tratándose de la pena moratoria al legislador le basta que "aparezca" haberse convenido ésta por el simple retardo.

Tampoco habría inconveniente alguno para que se estipule que el acreedor podrá pedir la resolución del contrato y la pena.<sup>884</sup>

## 3º En la transacción.

Dispone el Art. 2.463: "si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes".

En consecuencia, cabe solicitar el cumplimiento del contrato y al mismo tiempo la pena, porque el legislador desea rodear a la transacción de la máxima eficacia posible.

919. D. *El acreedor sólo por estipulación expresa puede cobrar la pena e indemnización ordinaria.* Según hemos venido señalando, normalmente el acreedor tiene una triple opción entre el cumplimiento, la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, y en los casos señalados puede acumular las dos primeras.

Pero no puede cobrar al mismo tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, salvo el caso de excepción de que las partes lo hubieren expresamente convenido.<sup>885</sup>

Lo dispone así el Art. 1.543 en su primera parte: "no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente". También se exige en este caso que el convenio sea expreso.

920. IV. *Pluralidad de deudores y acreedores.* El Código, en el Art. 1.540, se preocupó únicamente de la situación de los herederos

En una sentencia publicada en la misma Revista, T. 55, sec. 2ª, pág. 123, se interpretó como moratoria una pena en un contrato de confección de obra material.

<sup>884</sup> G.T. de 1921, 1ª sem., Nº 207, pág. 888.

<sup>885</sup> RDJ, T. 10, sec. 1ª, pág. 104. Si se han pedido ambas, procede acoger sólo la pena: G.T. de 1938, 2ª sem., Nº 103, pág. 478.

del deudor, cuya obligación se encontraba garantizada con una cláusula penal.<sup>886</sup>

Para un cuadro más o menos completo de las situaciones que pueden producirse, debemos examinar las siguientes:

### 1ª Obligación principal divisible.

A ella se refiere en parte el inc. 1º del Art. 1.540: "cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor, a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido la obligación".

En consecuencia, la regla general es que la pena sea divisible, e incurre en ella en la parte que le corresponde el o los deudores culpables; como una consecuencia de que jurídicamente lo normal es la simple conjunción (Nº 385), y que la indemnización de perjuicios la debe solamente el deudor infractor (Nº 888).

Esto tiene las excepciones que a continuación veremos.

### 2ª Obligación principal indivisible.

El mismo Art. 1.540, en sus incisos 2º y 3º, contiene dos excepciones al principio señalado en el inc. 1º: que la obligación principal sea indivisible, o que se haya puesto la cláusula penal o la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago.

En tal caso, el acreedor tiene una alternativa: cobrar al culpable el total de la pena, o a cada uno de los deudores, incluidos los inocentes, su cuota en la pena, quedando a salvo el recurso de éstos contra el infractor.

Se producen dos variantes con respecto a la obligación principal divisible, primero, porque el acreedor puede cobrar el total de la pena, y no sólo la parte del infractor; y segundo porque quedan afectos a su cuota en ella los deudores no imputables. En esto hay una excepción también a la regla general de las obligaciones indivisibles, de cuya infracción sólo responde el culpable, de acuerdo al inc. 2º del Art. 1.533 (Nº 888).<sup>887-888</sup>

<sup>886</sup> Véase Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., págs. 31 y 32; Gatica, ob. cit., pág. 448 y siguientes; Claro Solar, ob. cit., T. 10, págs. 538 y siguientes.

<sup>887</sup> G.T. de 1886, Nº 3.791, pág. 2.425: se trataba de una iguala entre tres clientes, uno de los cuales revocó el mandato al abogado.

<sup>888</sup> El precepto no se puso en el caso de que los infractores fueren dos o más de los deudores.

Si la obligación principal es divisible, no hay duda que puede el acreedor cobrar únicamente su cuota en la pena a cada uno de ellos.

Pero en los casos de excepción: obligación principal indivisible, o que no puede pagarse por parcialidades, la doctrina más aceptada es que el acreedor puede cobrar

### 3ª Pena indivisible.

Si la pena misma es indivisible, podrá entonces reclamarse a cualquiera de los deudores, sea quien fuere el infractor, porque ese es justamente el efecto de la indivisibilidad. "Así, por ejemplo, si la pena consiste en la entrega de un caballo y éste se encuentra en poder de uno de los deudores inocentes, no podría excusarse de entregarlo alegando su no culpabilidad, pues estaríamos en presencia de una obligación indivisible, en conformidad al Nº 2º del Art. 1.526".<sup>889</sup>

### 4ª Obligación principal solidaria.

Es un caso no previsto por el legislador, y en que la doctrina considera que si todos los codeudores solidarios se han sometido a una pena para el caso de no cumplirse la obligación principal, han manifestado su voluntad de que la pena pueda cobrarse en contra de cualquiera de ellos, sin perjuicio del derecho de los inocentes de repetir contra el o los infractores, o sea, aquel o aquellos por cuyo hecho o culpa se debió pagar la pena.<sup>890</sup>

### 5ª Cláusula penal garantizada con hipoteca.

Esta situación está ya prevista por la ley en el Art. 1.541: "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". En consecuencia, por la indivisibilidad propia de la acción hipotecaria (Nº 439), sea quien fuere el infractor, puede perseguirse el total de la pena en el inmueble hipotecado, sin perjuicio del derecho del poseedor para repetir contra el culpable.

### 6ª Pluralidad de acreedores.

Tampoco el legislador se puso en la situación que existan varios acreedores de la obligación garantizada con cláusula penal. En tal situación, la solución más aceptada es que por regla general cada acreedor sólo puede cobrar su parte en la pena, salvo que ésta sea

el total de la pena a cualquiera de los infractores. Podría sostenerse lo contrario, porque esa es la solución para las obligaciones indivisibles en el precepto citado en el texto, y que, en consecuencia, el acreedor sólo podrá cobrar a cada infractor su cuota; pero resultaría absurdo hacer esta diferencia entre el caso en que el infractor sea uno, o sean varios. Véase Gatica, Nº 350, pág. 458 de su obra citada.

<sup>889</sup> Somarriva, *Cauciones*, pág. 32.

<sup>890</sup> Somarriva, *Cauciones*, Nº 63, pág. 66, y Gatica, ob. cit., Nº 351, pág. 460; Claro Solar, ob. cit., T. 10, Nº 597, pág. 536. Aunque sea tradicionalmente aceptada, puede discutirse, porque salvo en lo que respecta al precio que todos los deudores deben solidariamente, la indemnización de perjuicios es conjunta aun entre los deudores solidarios (Nº 888). Por el otro lado, pesa el argumento de que todos los codeudores han consentido en someterse a la pena.

Para evitar toda posible discusión es preferible que la solidaridad se convenga expresamente también para la cláusula penal.

indivisible, o se haya pactado solidaridad activa, en cuyo caso cada acreedor queda facultado para cobrar el total.

### Párrafo 3º

#### *La cláusula penal enorme*

921. *Mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal.* Las legislaciones y doctrina están divididas en dos tendencias.

Una es la de la inmutabilidad de la cláusula penal, en que ésta no queda sujeta a reducción en caso alguno; en su favor se argumenta que da la máxima eficacia a la cláusula penal, pues ya sabemos que su calidad de caución se refuerza mientras mayor sea su cuantía. Es el sistema del Código francés y sus seguidores.

El otro sistema permite una posterior revisión de la cláusula penal, a fin de evitar justamente los abusos que puede cometer el acreedor, exigiendo al deudor una pena exagerada. Es el del Código alemán y los inspirados en él.

Nuestra legislación se apartó aquí del sistema francés y estableció en el Art. 1.544 la posibilidad de reducción de la cláusula penal en los tres casos que señala, y en que se considera que ella ha sido enorme.

El precepto es doblemente excepcional, porque constituye una limitación a la libertad de las convenciones, y porque contiene casos de lesión que el Código acepta únicamente en forma específica y limitada. De ahí que su interpretación debe ser restrictiva.

Procederá una posible reducción de la pena:

1º En los contratos conmutativos, para las obligaciones de una cantidad determinada;

2º En el mutuo;

3º En las obligaciones de valor inapreciable e indeterminado.

El Código aplica distintos criterios para determinar cuándo la cláusula penal ha sido enorme, que veremos en los números siguientes.

922. I. *Contratos conmutativos.* Dice el inc. 1º del Art. 1.544: "cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por 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 redacción del precepto es bastante confusa. Para que opere deben concurrir tres circunstancias:

1º Debe tratarse de un contrato conmutativo, ya que el Código se refiere a la obligación de una de las partes de pagar una cantidad determinada como equivalente de lo que la otra debe pagar; ello es propio de los contratos señalados (Nº 64);

2º La obligación principal de quien se sujetó a una pena para el caso de no cumplirla, debe ser de una cantidad determinada, y

3º La pena también debe consistir en el pago de una cantidad determinada.

Evidentemente, 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.

Cumplidos los requisitos señalados, la reducción de la pena afectará a la suma en que ésta exceda al duplo de la obligación principal, "incluyéndose ésta en él". O sea, la obligación principal se incluye en el duplo. ¿Qué ha querido significar el legislador con esta frase?

Al respecto, hay dos interpretaciones:

1º La mayoría de la doctrina<sup>891</sup> considera que la cláusula penal no puede exceder al doble de la obligación principal, como si una persona vende a otra un vehículo en \$ 30.000, de los cuales el comprador queda adeudando \$ 10.000, y se estipula una pena para el caso de no pagarse el precio de \$ 20.000. Como ésta es el duplo de la obligación principal, no está sujeta a reducción, pero si fuere superior a \$ 20.000, se rebajaría todo el excedente.

2º Para otros, con esta interpretación no tiene sentido la frase en cuestión; ello sólo puede significar que la obligación principal se suma a la pena, que puede ser el duplo de ella, y en consecuencia alcanzar en total a tres veces la obligación incumplida. En el ejemplo, la pena podría ser de \$ 30.000.

Pero no hay que olvidar que por regla general no se puede cobrar la obligación principal y la pena (Nº 917); 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.

923. II. *Mutuo. Referencia.* De acuerdo al inc. 2º de la disposición antes comentada, no se aplica al mutuo, en que según el inc. 3º se puede rebajar la pena en lo que exceda al máximo que la ley permite estipular.

<sup>891</sup> Alessandri, ob. cit., pág. 111; Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., Nº 33, pág. 35; Gatica, ob. cit., Nº 379, pág. 486; Fueyo, ob. cit., T. 1º, pág. 360, Nº 374; Claro Solar, ob. cit., Nº 590, pág. 530 del T. 10.

Al estudiar los intereses, nos referimos ya a este precepto y al problema que plantea su interpretación (Nº 365 a 369).

924. III. *Obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.* De acuerdo al inc. 2º del mismo Art. 1.544, a estas obligaciones no se aplica tampoco la limitación del inc. 1º, sino que se "deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme", la pena estipulada (inc. final).<sup>892</sup> Queda enteramente a la apreciación del juez.

925. *La petición de rebaja del deudor.* En los tres casos señalados por el Art. 1.544, el deudor podrá pedir la rebaja de la pena; no puede hacerlo el tribunal de oficio, como erróneamente a nuestro juicio se ha resuelto, porque los tribunales no actúan por regla general sino a petición de parte, y el inc. 1º justamente habla de "pedirse que se rebaje" la pena.<sup>893</sup>

También se ha resuelto que la cláusula penal enorme no puede oponerse como excepción a la ejecución, sino que debe deducir el deudor la correspondiente acción de reducción.<sup>894</sup>

Finalmente, debemos concluir que el derecho del deudor a pedir la reducción es irrenunciable, pues si no pasaría a ser cláusula de estilo en los contratos; es la solución que el Art. 2º de la Ley Nº 4.694 da en los intereses y en la lesión enorme en la compraventa (Art. 1.892).<sup>895</sup>

<sup>892</sup> Se aplicó la disposición 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: G.T. de 1906, sent. Nº 759, pág. 97.

En otro caso se aplicó a la obligación del arrendador de entregar la cosa arrendada, que es de valor inapreciable: RDJ, T. 5º, sec. 1ª, pág. 238.

<sup>893</sup> El fallo de la RDJ de la nota anterior.

<sup>894</sup> RDJ, T. 61, sec. 1ª, pág. 122.

<sup>895</sup> G.T. de 1887, Nº 1.241, pág. 743 y Nº 1.271, pág. 759; Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., Nº 37., pág. 38.