OBLIGACIONES

CRISTIÁN BOETSCH GILLET
PRIMER SEMESTRE
AÑO 2010

Los siguientes apuntes, cuyo exclusivo objeto es facilitar el estudio del Derecho de Obligaciones por parte de los alumnos, han sido elaborados en base a extractos de diversos manuales de estudio, a los cuales se han adicionado comentarios.

De los manuales empleados se deben destacar los siguientes:

1. **ABELIUK MANASEVICH, René**, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

2. **ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo,** *Teoría de las Obligaciones*, Santiago, Editorial Ediar-Conosur 1988.

3. **FUEYO LANERI, Fernando**, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

4. **MEZA BARROS, Ramón,** *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición, Santiago, 1997.

5. **PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel,** *La prueba en Materia Sustantiva Civil. Parte General,* Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 1989.

6. **RAMOS PAZOS, René,** *De las Obligaciones*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

7. **RODRÍGUEZ GREZ**, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003

8. **VIAL DEL RÍO, Víctor**, *Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, Segunda Edición, 2007.

TEMARIO

I. NOCIONES GENERALES.

A. LA OBLIGACIÓN.

1. Las relaciones jurídicas: derechos reales y derechos personales o créditos
2. Las nociones de derecho personal o crédito y obligación son correlativas
3. Diferencias entre derechos reales y personales según la doctrina clásica.
4. Críticas a la concepción clásica
5. Concepto de obligación
6. Elementos de la obligación
    - 6.1 Sujetos de la obligación: acreedor y deudor
    - 6.2 Del objeto de la obligación
    - 6.3 Vínculo jurídico
7. Carácter excepcional de las obligaciones

B. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

1. Concepto
2. Clasificación
3. Breve descripción de las fuentes clásicas de las obligaciones
    - 3.1 El contrato
    - 3.2 Los cuasicontratos
    - 3.3 Los delitos y cuasidelitos
    - 3.4 La ley.
4. Otras fuentes de las obligaciones
    - 4.1 La declaración unilateral de voluntad
    - 4.2 El enriquecimiento sin causa

II. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

A. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU EFICACIA: OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES

1. Concepto.
2. Críticas a la doctrina tradicional.
3. Las obligaciones naturales ¿son taxativas en chile?
4. Obligaciones naturales contempladas en el art. 1470
    - 4.1 Obligaciones nulas y rescindibles
    - 4.2 Obligaciones naturales que provienen de obligaciones civiles degeneradas o desvirtuadas
5. Rol de la sentencia judicial
6. Efectos de la obligación natural

B. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU OBJETO O PRESTACIÓN

B.1 OBLIGACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS

B.2 OBLIGACIONES DE DAR, HACER O NO HACER
1. Obligaciones de dar
    1.1 Concepto.
    1.2 La obligación de entregar
2. Obligaciones de hacer
3. Obligaciones de no hacer
4. Importancia de la distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer

B.3 OBLIGACIONES DE OBJETO SINGULAR Y OBLIGACIONES CON OBJETO PLURAL O COMPUESTAS
1. Obligaciones de objeto singular
2. Obligaciones compuestas o de objeto múltiple
    2.1 Obligaciones de simple objeto múltiple
    2.2 Obligaciones alternativas o disyuntivas
    2.3 Obligaciones facultativas
    2.4 Diferencias entre las obligaciones alternativas y facultativas

B.4 OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y OBLIGACIONES DE GÉNERO
1. Concepto.
2. Diferencias.
3. Las obligaciones de dinero
    3.1 Concepto
    3.2 Características de las obligaciones de dinero
    3.3 Cumplimiento de las obligaciones de dinero
    3.4 Intereses

C. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO AL SUJETO: OBLIGACIONES CON UNIDAD Y CON PLURALIDAD DE SUJETOS

1. Concepto
2. Clases de obligaciones con pluralidad de sujetos.

C.1 OBLIGACIONES SIMPLEMENTE CONJUNTAS O MANCOMUNADAS
1. Concepto
2. Características
3. Efectos de las obligaciones simplemente conjuntas

C.2 OBLIGACIONES SOLIDARIAS
1. Reglas generales.
    1.1 Concepto
    1.2 La solidaridad es excepcional y no se presume
    1.3 Clases de solidaridad
    1.4 Elementos de la solidaridad
    1.5 Unidad de prestación y pluralidad de vínculos
2. Solidaridad activa
    2.1 Concepto
    2.2 Elementos

2.3 Naturaleza jurídica de la solidaridad activa
2.4 No hay solidaridad activa legal
2.5 La solidaridad activa tiene graves inconvenientes y pocas ventajas
2.6 Efectos de la solidaridad activa
3. Solidaridad pasiva
3.1 Concepto
3.2 Características
3.3 Efectos de la solidaridad pasiva
3.4 Extinción de la solidaridad pasiva

C.3 OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

1. Nociones generales.
1.1 Concepto
1.2 La indivisibilidad de una obligación se funda el objeto de la prestación y no en los sujetos de la obligación.
2. La indivisibilidad en el Código Civil
2.1 Divisibilidad física o material
2.2 Divisibilidad intelectual o de cuota
3. Fuentes de la indivisibilidad
3.1 Indivisibilidad Absoluta, Necesaria o Natural
3.2 Indivisibilidad Relativa o de Obligación.
3.2 Indivisibilidad convencional o de pago
4. La divisibilidad en las obligaciones de dar, entregar, hacer y no hacer
5. Efectos de la indivisibilidad
5.1 Efectos de la indivisibilidad activa
5.2 Efectos de la indivisibilidad pasiva
6. Excepciones a la divisibilidad.
6.1 Concepto.
6.2 Casos del artículo 1526
7. Paralelo entre solidaridad e indivisibilidad
7.1 Semejanzas
7.2 Diferencias

D. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU FORMA DE EXISTIR: OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

1. Concepto
2. Importancia de la distinción

E. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SUS EFECTOS: OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES Y SUJETAS A MODALIDAD

1. Generalidades
2. Concepto de modalidad
3. Características de las modalidades

E.1 OBLIGACIONES CONDICIONALES
1. Definición
2. Regulación
3. Elementos de la condición
    3.1 Hecho futuro
    3.2 Hecho incierto
4. Clasificación de las condiciones
    4.1 Condiciones expresas o tácitas
    4.2 Condiciones suspensivas o resolutorias
    4.3 Condición positiva y negativa
    4.4 Condiciones posibles e imposibles, lícitas e ilícitas
    4.5 Condiciones determinadas o indeterminadas
    4.6 Condiciones potestativas, casuales y mixtas
5. Reglas comunes a las condiciones.
    5.1 Estados en que puede encontrarse la condición
    5.2 Forma como deben cumplirse las condiciones
    5.3 Retroactividad de la condición cumplida
    5.4 Riesgos de la cosa debida bajo condición
6. Efecto de las condiciones
    6.1 Efectos de la condición suspensiva.
        6.1.1 Efectos de la condición suspensiva pendiente
        6.1.2 Efectos de la condición suspensiva fallida
        6.1.3 Efectos de la condición suspensiva cumplida
    6.2 Efectos de la condición resolutoria
        6.2.1 Efectos de la condición resolutoria ordinaria
        6.2.2 Efectos de la condición resolutoria tácita
        6.2.3 Efectos del pacto comisorio
        6.2.4 La acción resolutoria
        6.2.5 Resolución y nulidad de un contrato
        6.2.6 Resolución y resciliación
        6.2.7 Efectos de la resolución

E.2 OBLIGACIONES A PLAZO
1. Reglamentación del plazo en el código civil
2. Concepto de plazo
3. Clasificación de los plazos
    3.1 Plazo determinado e indeterminado
    3.2 Plazo fatal y plazo no fatal
    3.3 Plazo expreso y plazo tácito
    3.4 Plazos convencionales, legales y judiciales
    3.5 Plazos continuos y discontinuos
    3.6 Plazos suspensivos y extintivos
4. Efectos del plazo
    4.1 Efectos del plazo suspensivo
    4.2 Efectos del plazo extintivo.
    4.3 Efectos del plazo respecto de terceros.
5. Extinción del plazo

5.1 Extinción por cumplimiento o vencimiento.
5.2 Extinción por renuncia
5.3 Caducidad del plazo

E.3 OBLIGACIONES MODALES
1. Regulación
2. Definición
3. Modo y condición
4. Forma de cumplir el modo
5. Incumplimiento del modo
6. Plazo de prescripción de la obligación modal
7. La obligación modal es transmisible

F. NUEVAS CATEGORÍAS DE OBLIGACIONES

1. Obligaciones de ejecución instantánea y sucesiva.
2. Obligaciones de medio y de resultado
3. Obligaciones propter rem o ambulatorias
4. Obligaciones causales y abstractas o formales

III. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

1. Introducción
2. Efectos del contrato y efectos de la obligación
3. Efectos de las obligaciones (para el caso de incumplimiento del deudor)
4. El derecho de prenda general.

A. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA OBLIGACIÓN

1. Cumplimiento forzado de las obligaciones de dar
2. Cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer
3. Cumplimiento forzado de las obligaciones de no hacer

B. CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA O INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

B.1 NOCIONES GENERALES
1. Concepto
2. Naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar perjuicios
3. La indemnización de perjuicios es un derecho subsidiario
4. Clases de indemnización
5. Regla general en materia de responsabilidad.

B.2 REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS
1. Primer requisito: incumplimiento imputable.
   1.1 El incumplimiento en general.
   1.2 Prueba del incumplimiento y presunción de imputabilidad
   1.3 Imputabilidad del deudor (dolo o culpa del deudor)

2. Segundo requisito: perjuicio del acreedor
    2.1 Concepto
    2.2 Clasificación de los perjuicios.
3. Tercer requisito: relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios
4. Cuarto requisito: mora del deudor
    4.1 Generalidades.
    4.2 Concepto
    4.3 Requisitos
    4.4 Efectos de la mora
    4.5 Mora del acreedor

B.3 CAUSALES DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD
1. Fuerza mayor o caso fortuito
    1.1 Concepto
    1.2 Elementos del caso fortuito
    1.3 Efectos del caso fortuito
    1.4 Excepciones en el que el caso fortuito no libera de responsabilidad al deudor
    1.5 Prueba del caso fortuito
2. Ausencia de culpa
3. El estado de necesidad
4. Hecho o culpa del acreedor
5. Teoría de la imprevisión
    5.1 Concepto.
    5.2 Elementos de la imprevisión
    5.3 Posiciones doctrinarias
    5.4 Teoría de la imprevisión en Chile
    5.5 Argumentos en favor de la teoría de la imprevisión
    5.6 Evolución de la jurisprudencia y proyecto de ley.
6. El hecho ajeno

B.4 AVALUACIÓN DE PERJUICIOS
1. Avaluación judicial
    1.1 Introducción
    1.2 Perjuicios que deben indemnizarse
2. Avaluación legal
    2.1 Concepto y Naturaleza Jurídica
    2.2 Características de la liquidación legal
    2.3 Reglas del art. 1559
3. Avaluación convencional: la cláusula penal
    3.1 Concepto
    3.2 Funciones que cumple la cláusula penal
    3.3 La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria
    3.4 Diferencias de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios ordinaria

3.5 Paralelo de la cláusula penal con otras instituciones
3.6 Características
3.7 Extinción de la cláusula penal
3.8 Efectos de la cláusula penal
3.9 Cobro de la pena, de la obligación principal y la indemnización ordinaria de perjuicios
3.10 Pluralidad de acreedores o de deudores
3.11 Cláusula penal enorme

C. DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

1. Concepto
2. Medidas conservativas
3. Acción oblicua o subrogatoria
    3.1 Concepto
    3.2 Requisitos
    3.3 Efectos de la subrogación
    3.4 Procedencia de la acción oblicua en Chile
    3.5 Situaciones en que se autorizaría expresamente la acción oblicua.
4. Acción pauliana o revocatoria
    4.1 Concepto
    4.2 Requisitos
    4.3 Características de la acción pauliana
    4.4 Efectos de la acción pauliana
    4.5 Naturaleza jurídica de la acción pauliana
5. Beneficio de separación de patrimonios

IV. MODIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

1. Concepto
2. Modificación objetiva de la obligación.
3. Modificación subjetiva de la obligación.
    3.1 Transmisión por causa de muerte.
    3.2 Transferencia por acto entre vivos.

V. MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

1. Concepto
2. Causales de extinción de las obligaciones
3. Clasificación.

A. RESCILIACIÓN O MUTUO DISENSO

1. Concepto

2. La resciliación es una convención, no es un contrato
3. Requisitos de validez
    3.1 Consentimiento en la resciliación
    3.2 Capacidad para resciliar
    3.3 Para que haya resciliación tienen que existir una obligación pendiente
    3.4 La resciliación sólo opera en los contratos patrimoniales
4. Efectos de la resciliación
5. Resciliación de obligación y resciliación de contrato.

B. EL PAGO

B.1 SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO

1. Concepto
2. El pago es la prestación de lo que se debe
3. Naturaleza jurídica del pago
4. El pago es un acto jurídico intuito persona
5. Características del pago
    5.1 Identidad del pago
    5.2 Integridad del pago
    5.3 Indivisibilidad del pago
6. Por quién debe hacerse el pago
    6.1 Pago hecho por el deudor
    6.2 Pago hecho por un tercero interesado
    6.3 Pago hecho por un tercero extraño
7. Pago en el caso de las obligaciones de dar
8. A quién debe hacerse el pago
    8.1 Pago hecho al acreedor
    8.2 Pago hecho a los representantes del acreedor
    8.3 Pago hecho al actual poseedor del crédito
9. Época en que debe hacerse el pago
10. Lugar donde debe hacerse pago
11. Contenido del pago
12. Imputación del pago
13. Prueba del pago
14. Gastos del pago
15. Efectos del pago

B.2 EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

1. Concepto
2. Casos en que procede el pago por consignación
3. Fases del pago por consignación
    3.1 La oferta
    3.2 La consignación
    3.3 Declaración de suficiencia del pago
4. Efectos del pago por consignación
5. Gastos de la consignación
6. Retiro de la consignación

B.3 DEL PAGO CON SUBROGACIÓN
1. Concepto de subrogación
2. Definición de subrogación
3. Acciones para recuperar lo que pagó
4. Clases de subrogación
    4.1 Subrogación legal
    4.2 Subrogación convencional
5. Efectos de la subrogación
6. Paralelo entre el pago con subrogación y otras instituciones similares.
    5.1 Pago con subrogación y pago efectivo.
    6.2 Pago con subrogación y novación.
    6.3 Pago con subrogación y cesión de créditos.

B.4 PAGO CON CESIÓN DE BIENES O POR ACCIÓN EJECUTIVA DEL ACREEDOR O ACREEDORES
1. El pago por acción ejecutiva.
2. Del pago por cesión de bienes
    2.1 Concepto
    2.2 Características
    2.3 Requisitos
    2.4 Procedimiento
    2.5 Efectos del pago por cesión de bienes
    2.6 Extinción de la cesión de bienes

B.5 PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA
1. Concepto
2. Personas que pueden demandar este beneficio
3. Características

C. LA DACIÓN EN PAGO

1. Concepto
2. Regulación
3. La dación en pago es una convención. no es contrato.
4. Naturaleza jurídica de la dación en pago
    4.1 La dación en pago es una compraventa (o permuta) seguida de una compensación.
    4.2 La dación en pago sería una novación objetiva.
    4.3 La dación en pago, es simplemente una modalidad del pago
    4.4 La dación en pago es una figura autónoma
5. Requisitos de la dación en pago
    5.1 Existencia de una obligación.
    5.2 La obligación se va a extinguir con una prestación diferente a la debida.
    5.3 Consentimiento y capacidad de las partes
    5.4 Animus solvendi
    5.5 Solemnidades legales en ciertos casos
6. Efectos de la dación en pago
7. Evicción de la cosa recibida en pago
8. Paralelo entre la dación en pago, obligación facultativa y novación

D. LA NOVACIÓN

1. Concepto.
2. Naturaleza jurídica
3. Requisitos
    - 3.1 Una obligación anterior que se extingue
    - 3.2 Una obligación nueva que va a reemplazar a la anterior
    - 3.3 Diferencia esencial de ambas obligaciones
    - 3.4 Capacidad de las partes para novar
    - 3.5 Intención de novar (animus novandi)
4. Clases de novación
    - 4.1 Novación objetiva
    - 4.2 Novación subjetiva
5. Efectos de la novación

E. LA COMPENSACIÓN

1. Concepto
2. Clases de compensación
    - 2.1 Atendiendo a su origen
    - 2.2 Atendiendo a sus efectos
3. Funciones e importancia de la compensación
4. Requisitos de la compensación legal
    - 4.1 Las dos partes deben ser personal y recíprocamente deudoras y acreedoras
    - 4.2 Que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad
    - 4.3 Que las deudas sean líquidas
    - 4.4 Que ambas deudas sean actualmente exigibles
    - 4.5 Ambas deudas deben ser pagaderas en el mismo lugar
    - 4.6 Que ambos créditos sean embargables
    - 4.7 Que la compensación no se haga en perjuicio de terceros
5. Casos de compensación prohibida
6. Efectos de la compensación legal
7. Renuncia a la compensación
8. Compensación en el caso de pluralidad de obligaciones

F. LA REMISIÓN

1. Concepto
2. Clases de remisión
    - 2.1 Remisión por acto entre vivos y testamentaria
    - 2.2 Remisión expresa y remisión tácita
    - 2.3 Remisión total y parcial
3. Efectos de la remisión

G. LA CONFUSIÓN

1. Concepto

2. Clases de confusión
    2.1 Por acto entre vivos y por causa de muerte.
    2.2 Total y parcial
3. Caso de un titular con más de un patrimonio
4. Efectos de la confusión

H. IMPOSIBILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO Y PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

1. Concepto
2. Fundamento
3. Denominación
4. Clases
    4.1 En las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto
    4.2 En las obligaciones de obligaciones de hacer
    4.3 En las obligaciones de no hacer
5. Teoría de los riesgos
    5.1 Concepto
    5.2 Requisitos para que opere la teoría de los riesgos
    5.3 Principio contenido en nuestro Código en materia de riesgos
    5.4 Ámbito de aplicación del art. 1550
    5.5 Pérdida parcial

I. LA PRESCRIPCIÓN

1. Regulación
2. Concepto
3. Fundamento
4. ¿Qué se extingue por la prescripción?
5. Paralelo entre prescripción adquisitiva y extintiva
6. Reglas comunes a toda prescripción
    6.1 Toda prescripción debe ser alegada
    6.2 Toda prescripción puede ser renunciada pero sólo una vez cumplida
    6.3 La prescripción corre igual contra toda clase de personas
7. Requisitos de la prescripción extintiva
    7.1 Acción prescriptible
    7.2 Inactividad de las partes
    7.3 Tiempo de prescripción
8. Cláusulas modificatorias de los plazos de prescripción
9. Prescripción y caducidad
    9.1 Generalidades
    9.2 Caducidad en el Código Civil
    9.3 Diferencias entre prescripción y caducidad

VI. DE LA PRELACION DE CREDITOS

1. Introducción
2. Concepto e importancia de la prelación de créditos
3. Concurrencia de los acreedores
4. Principio de la igualdad
5. Causas de preferencia
6. Fundamentos de las preferencias
7. Clasificación de las preferencias
8. Características de las preferencias
9. Ámbito de la preferencia
10. Clases de créditos
    - 10.1 Créditos de primera clase
    - 10.2 Créditos de segunda clase
    - 10.3 Créditos de tercera clase
    - 10.4 Cuarta clase de créditos
    - 10.5 Créditos de quinta clase, acreedores valistas, comunes o quirografarios

VII. PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

1. Concepto
2. Regulación
3. Leyes reguladoras de la prueba
4. Sistemas probatorios
    - 4.1 ¿A quién corresponde la iniciativa de aportar las pruebas?
    - 4.2 ¿Qué medios de prueba que son admisibles?
    - 4.3 ¿Cómo debe valorarse la prueba?
5. Pactos probatorios
6. El objeto de la prueba
    - 6.1 Prueba del Derecho.
    - 6.2 Prueba de los hechos.
7. La carga de la prueba
    - 7.1 Concepto
    - 7.2 ¿Debe probar el tribunal o las partes?
    - 7.3 ¿Qué parte es la que tiene que aportar la prueba?
    - 7.4 Alteraciones a las reglas fundamentales para determinar el peso de la prueba.
8. Los medios de prueba
    - 8.1 Concepto
    - 8.2 Clasificación
    - 8.3 Análisis en particular de los distintos medios de prueba en el Código Civil

I.
NOCIONES GENERALES.

A. LA OBLIGACIÓN.

1. LAS RELACIONES JURÍDICAS: DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES O CRÉDITOS

En términos generales, la relación jurídica puede existir entre dos personas, o bien entre una persona y una cosa.

Dentro de la relación jurídica que vincula a dos personas se encuentra lo que el profesor Víctor Vial denomina "**relación de obligación**", que es aquella que impone a una persona (denominada deudor) el deber de efectuar a favor de otra persona (denominada acreedor) una prestación, que puede consistir en dar o entregar una cosa, o en hacer o no hacer algo.

Por su parte, la principal relación jurídica que vincula a una persona y a una cosa es el **derecho real**, que es aquél que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Lo dicho se encuentra recogido en el Código Civil, cuyo art. 565 señala que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales, indicando que estas últimas "*son las que consisten en meros derechos*". Por su parte, el art. 576 expresa que "*las cosas incorporales son derechos reales o personales*" y, en las disposiciones siguientes, define el derecho real como aquel "*que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*" (art. 577), y el personal como el "*que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas..."* (art. 578).

2. LAS NOCIONES DE DERECHO PERSONAL O CRÉDITO Y OBLIGACIÓN SON CORRELATIVAS

En efecto, las palabras derecho personal y crédito, que significan lo mismo, surgen de considerar que la relación de obligación faculta a una de las partes para reclamar de la otra la prestación debida, y esta facultad es lo que constituye un derecho personal o crédito. En cambio, las palabras obligación o deuda emanan del hecho de que en la relación de obligación una de las partes se encuentra en la necesidad de efectuar una determinada prestación. La ley utiliza la palabra obligación en sentido amplio, esto es, de relación de obligación que comprende el aspecto activo –el crédito- y el aspecto pasivo –la deuda-; o bien en sentido restringido, de deuda.

En otras palabras, no puede concebirse un crédito sin deuda de modo que, en definitiva, se hablará de derecho personal o de obligación, según la relación entre los sujetos se mire desde el punto de vista del acreedor (titular de un crédito) o del deudor (obligado en esa relación). Así lo deja en evidencia el artículo 578 al definir el derecho personal o crédito.

3. DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS REALES Y PERSONALES SEGÚN LA DOCTRINA CLÁSICA.

La doctrina clásica contrapone los derechos reales a los personales, destacando varias diferencias:

a) En los derechos **reales** existe una relación directa de persona a cosa. En cambio, en los **personales**, la relación es entre dos sujetos determinados: acreedor y deudor.

b) En cuanto al contenido: los derechos **reales** confieren un poder jurídico inmediato y directo sobre la cosa. En cambio, en los derechos **personales**, el titular (acreedor) sólo puede obtener el beneficio correspondiente mediante un acto del obligado (deudor). En el derecho real existe una relación directa entre el titular del derecho y la cosa en que se ejerce, y por ello los romanos hablaban de "*jure in re*", derechos en la cosa. El derecho personal se caracteriza, en cambio, fundamentalmente porque en él no existe una relación directa entre el titular del derecho y la cosa, sino un vínculo jurídico entre personas: acreedor y deudor; en consecuencia, el titular del crédito tiene una relación indirecta con la cosa, y por ello los romanos hablaban de "*jure ad rem*", derecho a la cosa.

c) En cuanto a la forma de adquirir ambos tipos de derechos. Los **reales** se adquieren por la concurrencia de un título y de un modo de adquirir. En cambio, en los derechos **personales**, basta el título.

d) Los derechos **reales** -se dice- son derechos absolutos en cuanto al titular le corresponde una acción persecutoria y restitutoria, dirigida al reintegro de la cosa y ejercitable frente a terceros. Los derechos **personales**, en tanto, son derechos relativos porque sólo se pueden exigir del deudor.

e) En lo que se refiere a su contravención, los derechos **reales** pueden ser violados por cualquiera, no así los **personales**, que sólo pueden serlo por el deudor.

f) De los derechos **reales** nacen las acciones reales, que son aquellas que tiene el titular de un derecho real para perseguir la cosa sobre la cual ejerce dicho derecho de manos de quien lo tuviera en su poder. En cambio, de los derechos **personales** surgen acciones personales, en cuya virtud el titular del crédito puede reclamar al deudor el cumplimiento de la prestación debida. Por ende, si la obligación consiste en dar una cosa, y ésta es transferida por el deudor a un tercero, el acreedor no puede solicitar al

tercero la restitución de la cosa debida, sino que, dependiendo del caso, deberá ejercer otra clase de acciones contra el deudor (de indemnización de perjuicios, de nulidad absoluta, pauliana, etc.).

g) Finalmente, se argumenta que los derechos **reales** sólo los puede crear la ley ("*numero clausus*"), quedando inhibidas las partes de establecerlos, situación totalmente distinta a la de los derechos **personales** en que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden generar cualquier tipo de derechos personal sin más limitación que la ley, el orden público o la moral ("*numero apertus*"). De lo anterior se sigue que el número de derechos reales es limitado, y no hay otros derechos reales que los que la ley determina; en cambio, el número de derechos personales es ilimitado, por lo que hay tantos derechos personales como relaciones jurídicas puedan crearse

4. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN CLÁSICA

La concepción clásica que diferencia con nitidez los derechos reales y personales, es objeto de las siguientes críticas.

- No es cierto, se argumenta, que en los derechos reales exista un sólo sujeto, su titular, pues también hay un sujeto pasivo constituido por la colectividad toda, en cuanto sus integrantes tienen la obligación de abstenerse de ejecutar cualquier acto que perturbe o impida el ejercicio del derecho. Planiol y Ripert explican que "el derecho real debe, pues, concebirse bajo la forma de una relación obligatoria, en la cual el sujeto activo es simple y está representado por una sola persona, mientras que el sujeto pasivo es ilimitado en número y comprende a todas las personas que están en relación con el sujeto activo". La situación es todavía más clara, se agrega, en los derechos reales limitados que constituyen desmembración del dominio, pues éstos derechos deben ejercerse sin perturbar el derecho de propiedad.

- Tampoco sería efectivo que en los derechos reales exista una relación de persona a cosa, pues siempre las relaciones jurídicas se dan entre personas, ya que todos los derechos y deberes conciernen a las personas y afectan su comportamiento. Sin embargo, no debe desconocerse que las cosas tienen un significado distinto en los derechos reales y personales; son fundamentales en los primeros, en tanto que pueden faltar en ciertas obligaciones, como ocurre con las de hacer y no hacer. Las cosas solo integran el objeto de las obligaciones de dar.

5. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

Tradicionalmente se define la obligación como el **vínculo jurídico entre dos personas determinadas -deudor y acreedor- en virtud del cual el primero se encuentra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo en favor del segundo**.

Si el deudor no cumple con su prestación puede ser compelido a hacerlo, respondiendo no con su persona -como acontecía en el antiguo Derecho Romano- sino con su patrimonio. Sobre el particular, el artículo 2465 del Código Civil expresa que "*toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618*". De manera que cuando se contrae una obligación el deudor está respondiendo de su cumplimiento con todo su patrimonio, lo que se denomina **"derecho de prenda general"** (denominación inadecuada, pues no hay propiamente un derecho de prenda, que es un derecho real).

Como observa Fueyo, tradicionalmente las definiciones que la doctrina ha dado de la voz obligación tienen en común "la subordinación del deudor hacia el acreedor, en un plano inclinado en que los derechos son todos del acreedor, y los deberes corresponden todos al deudor". Agrega que la tendencia actual es a corregir este criterio absolutista, reconociéndose derechos al deudor y la imposición de deberes al acreedor. Ello lo lleva a definir la obligación como "*una relación de derecho entre dos o más personas, en cuya virtud una parte tiene el deber jurídico de satisfacer una prestación determinada en favor de otra, a la vez que el derecho a que el poder del acreedor no se exceda en sus límites, y a ser liberada al tiempo del cumplimiento, y la otra parte la facultad de exigir tal prestación, aun coercitivamente, a la vez que el deber de no excederse en su pretensión*". En este sentido, existen una serie de instituciones que le otorgan al deudor la facultad de poder liberarse de su obligación ("derecho al pago"), como son el pago por consignación y la mora del acreedor.

6. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

Los elementos de la obligación son: (i) los sujetos de la obligación (acreedor y deudor); (ii) una prestación; y (iii) un vínculo jurídico.

6.1 Sujetos de la obligación: acreedor y deudor

Los sujetos de toda obligación son el acreedor y el deudor. El acreedor que es el titular del derecho personal o crédito en virtud del cual puede exigir del deudor una determinada prestación. El deudor es quien debe dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor.

En los contratos bilaterales -aquellos en que las partes se obligan recíprocamente (artículo 1439)- ambas partes tendrán el carácter de acreedoras y deudoras, de sus respectivos derechos y obligaciones.

Los dos sujetos tienen que ser personas **determinadas o a lo menos determinables**.

Si bien hay casos en que los sujetos no quedan determinados al momento de nacer la obligación, no es posible que se desconozca quien es el acreedor o el deudor al

momento de hacerse exigible la obligación, pues es físicamente imposible exigir el cumplimiento de alguien indeterminado.

Desde el punto de vista pasivo, el caso se presenta en las llamadas obligaciones ambulatorias, o *propter rem*, en que resulta obligado a satisfacer la deuda quien tenga la calidad de dueño o poseedor de la cosa al tiempo de exigirse su cumplimiento. En ellas el deudor no es tal personalmente, sino en cuanto tiene derechos sobre la cosa, de manera que si cesa su relación con ella, deja de estar obligado. Por ejemplo, así ocurre con las expensas comunes en la propiedad horizontal: el dueño del piso o departamento responde aun de las anteriores a su adquisición del dominio, de manera que estará obligado sólo mientras sea dueño.

El sujeto activo estará indeterminado en todos aquellos casos que se consideran como de declaración unilateral de voluntad, como por ejemplo en los títulos al portador, en que de antemano se sabe quien es el deudor, pero el acreedor se determinará por la posesión del título. Otro caso lo encontramos en la promesa de recompensa, una de cuyas posibilidades reglamenta el art. 632 respecto de las especies perdidas. Si el dueño ha ofrecido un premio a quien lo encuentre, el denunciador elegirá entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida. Si hace esto último, adquiere en ese momento la calidad de acreedor, que anteriormente estaba indeterminada.

Tanto el deudor como el acreedor pueden ser **una o varias personas**, desde que, de acuerdo al artículo 1438, cada parte de un contrato puede ser una o muchas personas.

6.2 Del objeto de la obligación

i. Concepto.

Como se sabe, el objeto del contrato es la obligación. Por su parte, el objeto de la obligación es la prestación a que se obliga el deudor. Consiste en un determinado comportamiento, positivo o negativo, que éste asume en favor del acreedor. Empleando el lenguaje del artículo 1438, es lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer. Estas distintas categorías de la prestación conducen a una clasificación de las obligaciones en de dar, hacer y no hacer.

ii. Características.

La prestación debe reunir las siguientes características: a) debe ser física y jurídicamente posible; b) debe ser lícita; c) debe ser determinada o a lo menos determinable.

a) Que sea posible quiere decir que se debe poder realizar. En caso contrario nos encontramos ante la imposibilidad de la prestación, que puede ser absoluta, cuando la prestación no puede cumplirse bajo ningún respecto, o relativa, cuando objetivamente no hay imposibilidad pero para el deudor no es realizable la prestación.

b) Que la prestación sea lícita significa que no debe estar prohibida por la ley ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1461 inc. 3º).

c) Que sea determinada, importa decir que la prestación tiene que estar precisada, identificada; y que sea determinable significa que pueda llegar a definirse sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes (así ocurre, por ejemplo en las obligaciones alternativas, arts. 1499 y ss.). El artículo 1461 refiriéndose a las obligaciones de dar (o de entregar), nos dice que cuando lo que se debe es una cosa "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla" (inc. 2º).

iii. Para que exista obligación ¿debe la prestación tener contenido patrimonial (pecuniario)?

Savigny y algunos juristas pertenecientes a la escuela histórica, así lo entendieron. De esa forma, el derecho de las obligaciones venía a ser esencialmente un derecho patrimonial. Así ocurría también en el derecho romano, en que se consideraba de la esencia de la obligación el que la prestación tuviera un valor pecuniario o económico.

A partir de mediados del siglo XIX, algunos autores -Scialoja, Castán, Ruggiero, Messineo, Puig Peña, entre otros- comienzan a distinguir entre "la prestación en sí" y "el interés del acreedor". La primera debe tener siempre un contenido patrimonial pues, en caso contrario, no se podría ejecutar la obligación en el patrimonio del deudor; no así el interés del acreedor que puede ser patrimonial, moral, humanitario, científico, artístico, estético, etc. Así, el Código italiano, uno de los pocos que se pronuncia directamente sobre el problema en su art. 1174 dice: "la prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valorización económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial del acreedor".

El ejemplo clásico que se señala es el de una persona que por el deseo de poseerlo encarga un cuadro a un pintor famoso. El interés del acreedor es meramente estético, pero la prestación tiene valor económico, ya que el cuadro terminado lo tendrá, y en consecuencia, es posible si no la ejecución forzada, al menos la indemnización de perjuicios.

6.3 Vínculo jurídico

Que se trate de un vínculo jurídico significa que nos encontramos ante una relación protegida por el derecho objetivo, lo que hace la diferencia entre obligación y otros deberes, como los morales.

7. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LAS OBLIGACIONES

Como bien señala Vial, una característica de la relación de obligación que presenta importancia en materia probatoria es que, para la ley, lo normal o corriente es que las personas no se encuentren obligadas. De ello emana que las obligaciones sean excepcionales y que no se presuman.

En razón de lo anterior, y como se analizará en detalle al estudiar la prueba de las obligaciones, en conformidad al art. 1698, la persona que alega la existencia de un hecho que no constituye lo normal o corriente debe acreditarlo, recayendo sobre ella el peso de la prueba.

B. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

1. CONCEPTO

Se han definido las fuentes de las obligaciones como "los hechos jurídicos a los cuales la ley atribuye la aptitud de hacer nacer una relación de obligación" (V. Vial), "los hechos jurídicos que dan nacimiento, modifican o extinguen las relaciones de derecho y las obligaciones" (Fernando Fueyo). En forma más escueta Stitchkin, nos dice que "se llaman fuentes de las obligaciones los hechos jurídicos que les dan origen".

El Código Civil se refiere a las fuentes de las obligaciones en tres artículos:

a. El **artículo 578**, al definir los derechos personales o créditos, hace una primera distinción, al expresar que éstos sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas. De esta forma, las fuentes serían dos: el hecho del deudor y la ley.

b. Por su parte, el artículo **1437** precisa que "*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de familia".*

c. Finalmente, el **artículo 2284** dispone que *"las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o de un hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con la intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin la intención de dañar, constituye un cuasidelito".*

De lo anterior se sigue que la **doctrina clásica reconoce cinco fuentes de las obligaciones:** (i) el contrato; (ii) el cuasicontrato; (iii) el delito; (iv) el cuasidelito; y (v) la ley.

Son varias las observaciones que se hacen a la clasificación recién señalada. Por una parte, la noción de cuasicontrato tiene detractores, pues o hay acuerdo de voluntades y en ese caso hay contrato, o no lo hay y, en tal supuesto la obligación sólo puede tener su origen en la ley.

Según una opinión muy generalizada, sólo la voluntad y la ley pueden generar obligaciones. En los cuasicontratos, los delitos o cuasidelitos, las obligaciones nacen porque así lo establece la ley. Sin embargo, siguiendo la misma lógica, habría que concluir que también en el caso de los contratos, éstos generarían obligaciones porque así lo establece la ley, con lo que las fuentes quedarían reducidas exclusivamente a ésta última (Guillermo Borda).

2. CLASIFICACIÓN

Ciertos autores, fundados en el artículo 578, distinguen entre las **obligaciones que nacen del contrato y de la ley**, siendo éstas las únicas dos fuentes. Ello, porque las obligaciones que surgen del cuasicontrato, del delito y del cuasidelito encuentran su fuente última en la ley, que describe determinadas conductas de las cuales nacen obligaciones.

Otros distinguen entre **fuentes voluntarias y no voluntarias**. En las primeras (contrato y declaración unilateral de voluntad y en ciertos casos la ley) existe la intención de obligarse, cosa que no ocurre en las segundas (cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, y en ciertos casos la ley).

3. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES CLASICAS DE LAS OBLIGACIONES.

3.1 El Contrato.

Como se sabe, el acto jurídico es la manifestación de voluntad realizada con la intención de producir efectos jurídicos.

El acto puede ser la manifestación de una sola voluntad o el resultado de un acuerdo de voluntades. En este último caso se denomina convención.

Convención es, por tanto, una declaración bilateral de voluntad tendiente a producir determinadas consecuencias de derecho, y que pueden crear, modificar o extinguir derechos.

A la convención generadora de obligaciones se la denomina tradicionalmente contrato.

En este sentido, el art. 1438 define al contrato como *"un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa"*.

Buena parte del Libro IV del Código Civil clasifica a los contratos y regula a los más importantes, cuyo estudio corresponde al ramo sobre Fuentes de las Obligaciones.

3.2 Los Cuasicontratos.

Los arts. 1437 y 2284 dan del cuasicontrato un concepto que es tradicional. La primera de estas disposiciones establece que las obligaciones nacen "*de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado, y en todos los cuasicontratos*". La segunda añade que "*las obligaciones que se contraen sin convención*" pueden tener origen en el "hecho voluntario de una de las partes" que, si es lícito, constituye un cuasicontrato.

El art. 2285 establece que "*hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad*". La disposición pone de manifiesto que, además de los nombrados, existen otros cuasicontratos, como el depósito necesario de que se hace cargo un incapaz (art. 2238), o las sociedades legales mineras (art. 173 del Código de Minería).

Producto de una equivocada interpretación de las fuentes romanas, el cuasicontrato ha sido objeto de agudas críticas de los juristas, entre los que destaca Planiol, quien niega que el cuasicontrato sea un hecho voluntario -tanto porque la voluntad no genera la obligación que se impone al autor del acto, como porque suele resultar obligado quien no la ha expresado de ningún modo- y que tampoco un hecho lícito –pues en todos los cuasicontratos se descubre, como rasgo común el enriquecimiento sin causa y, por lo tanto, injusto, ilícito-.

3.3 Los Delitos y Cuasidelitos.

Para efectos de comprender que son los delitos y cuasidelitos, primeramente se debe analizar el concepto de **"responsabilidad"**, el cual, en términos jurídicos, consiste en la obligación de asumir las consecuencias que resultan de la ejecución de un hecho ilícito, las que consisten en la pena o castigo con que el ordenamiento jurídico sanciona tal ilícito.

Una primera gran clasificación de la responsabilidad distingue entre la **responsabilidad penal** y la **responsabilidad civil**: la penal es aquella que contrae la persona que ha ejecutado un hecho ilícito tipificado por la ley; la civil, en cambio, es aquella que contrae la persona que ha causado un daño a otra.

A su vez, la responsabilidad civil se divide en contractual y extracontractual. La **responsabilidad contractual** es la que contrae una de las partes del contrato que causa

un perjuicio a la otra como consecuencia de la infracción o incumplimiento de una obligación contractual. Por su parte, la **responsabilidad extracontractual** es la que contrae la persona que produce un daño a otra como consecuencia de la ejecución de un hecho ilícito.

Pues bien, es en el ámbito de la responsabilidad extracontractual donde se distingue entre el **delito y cuasidelito civil**. Si bien ambos dan cuenta de un hecho ilícito si que medie vínculo contractual, en el delito existe dolo o la intención de dañar, mientras que en el cuasidelito hay culpa, esto es, negligencia o descuido.

La **distinción entre delito y cuasidelito carece de mayor importancia**, por cuanto tanto la comisión de un delito como de un cuasidelito hacen surgir la obligación de reparar daños a través de la correspondiente indemnización de perjuicios. Aún más, la única diferencia que existiría entre uno y otro se encuentra en el inciso segundo del art. 2316, que dispone que *"El que recibe provecho del* ***dolo ajeno*** **[y no de la culpa]***, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho."*

3.4 La Ley.

Tradicionalmente se denomina obligaciones legales aquellas que no reconocen como causa generadora ninguna otra fuente. Forman una especie de residuo en que se comprenden diversas obligaciones que no logran encontrar cabida en otras categorías.

Las obligaciones legales, de acuerdo con los términos del art. 578, nacen de "la sola disposición de la ley". La ley es un antecedente único, directo, inmediato.

El derecho de familia es fuente fecunda de obligaciones legales. Tales son, por ejemplo, las que median entre cónyuges, entre los padres y los hijos, los alimentos que se deben por ley a ciertas personas. Fuera ya del campo del derecho civil, se destaca, por su importancia excepcional, la obligación legal de pagar impuestos o contribuciones.

En general, las obligaciones legales tienen su fundamento en superiores consideraciones de interés colectivo. Para Planiol, todas las obligaciones legales se resumen en un solo principio, de que son simples aplicaciones: *neminen laedere*, no dañar sin derecho a otro.

4. OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: LA VOLUNTAD UNILATERAL Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Según se vio, la doctrina clásica seguida por el Código Civil distingue cinco fuentes de las obligaciones**:** (i) el contrato; (ii) el cuasicontrato; (iii) el delito; (iv) el cuasidelito; y (v) la ley.

Sin embargo, la doctrina moderna indica que habrían a lo menos dos fuentes adicionales: la declaración unilateral de voluntad y el enriquecimiento sin causa.

4.1 La Declaración Unilateral de Voluntad.

A mediados del siglo XIX, surgió en la doctrina alemana (Kuntze y Siegel), la idea de que una persona pudiera resultar obligada por su sola manifestación de voluntad. Siegel lleva las cosas al extremo de sostener que la voluntad unilateral es la fuente única de todas las obligaciones creadas por los particulares. Hasta el contrato, según él, se disolvería en dos actos distintos, y cada parte se obligaría por un acto único de su sola voluntad.

Por voluntad unilateral como fuente de obligación se entiende el acto unilateral emanado del deudor que es suficiente para obligar a éste. Esta doctrina sostiene que una persona puede por su sola voluntad transformarse en deudor, sin que intervenga la voluntad de otra. Porque si el acreedor toma parte en la generación de la obligación, habría contrato, mientras que en la declaración unilateral la mera voluntad del deudor lo coloca en la categoría de tal. Es de todos modos necesaria la intervención del acreedor que acepte su derecho, ya que nadie puede ser obligado a adquirir éstos contra su voluntad, pero la obligación no nace cuando el acreedor acepta o ejerce su derecho, sino desde el momento en que ha sido creada por la voluntad unilateral de quien se obliga.

Y por la misma razón de que la obligación ya ha nacido, no puede ser normalmente revocada en forma unilateral por el deudor.

Los autores franceses se resistieron en un comienzo a aceptar que la manifestación unilateral de voluntad pudiera ser fuente de las obligaciones, pues estimaban indispensable un acuerdo de voluntades pero, finalmente, terminaron aceptando la innovación, en razón de que en los textos positivos se encuentran casos de obligaciones generadas por la sola voluntad del deudor. Así ocurre, entre nosotros, con el artículo 632 inciso 2º del Código Civil (promesa de recompensa al que denuncie el hallazgo de una especie al parecer perdida); y con el artículo 99 del Código de Comercio (caso del oferente que se obliga a no disponer de la cosa sino pasado cierto tiempo o de desechada la oferta).

En algunos Códigos se reconoce valor vinculante a la promesa unilateral. Así ocurre con los Códigos alemán (arts. 657 y siguientes y 793; Código suizo de las Obligaciones (arts. 8º y 846 y siguientes), brasileño de 1919 (arts. 1056 y siguientes), mexicano de 1928 (artículos 1860 y siguientes); italiano de 1942 (artículos 1987 y siguientes). En cambio el Código portugués sienta el principio de que la promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos en la ley. En el mismo sentido del Código portugués, el peruano de 1984, artículo 1956: "Por la promesa unilateral el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona" (inc. 1º) y en seguida en el artículo siguiente

expresa "La promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas".

- **En Chile, ¿se acepta la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones?**

La idea dominante es que el Código Civil -salvo la situación excepcional del artículo 632 inc. 2º- no acepta la voluntad unilateral, como fuente de obligaciones. Se fundamenta esta opinión en el hecho que Bello siguió la doctrina de Pothier recogida en el Código de Napoleón, quien manifestó con claridad su pensamiento: "No puedo por mi promesa conceder a alguno un derecho contra mi persona hasta que su voluntad concurra para adquirirlo por la aceptación que haga de mi promesa".

En este sentido, Vial indica que "la declaración unilateral de voluntad no constituye sino la oferta de celebrar un contrato, que el destinatario de la misma puede aceptar o no, quedando siempre a salvo el derecho del oferente a retractarse. La obligación surge sólo una vez aceptada la oferta, es decir, formando el consentimiento y perfeccionando el contrato. En otras palabras, la fuente directa de la obligación es el contrato, y no la declaración unilateral de voluntad concebida como una simple oferta".

Sin embargo hay quienes piensan de manera distinta. Así, por ejemplo Enrique Rodríguez R., en su Memoria de Prueba, afirma "que el artículo 1437 del Código de Bello no dice que los únicos hechos voluntarios de la persona que se obliga son los cuasicontratos y la aceptación de una herencia o legado, sino que expresa que tales actos son especies del hecho voluntario de la persona que se obliga y del cual pueden nacer obligaciones. La palabra "como" (empleada en ese artículo) equivale a "por ejemplo"; luego, la declaración unilateral de voluntad podría tener cabida en esa disposición, puesto que aquélla es precisamente un hecho voluntario de la persona que se obliga. Y nótese, todavía, que algunos autores (Colin y Capitant) dan como una de las hipótesis de obligación unilateral el ejemplo que pone nuestro Código de la aceptación de una herencia: habría obligación unilateral en la medida que el heredero, por el hecho de esta aceptación llega a ser deudor pasivo de la sucesión".

La jurisprudencia nacional en forma reiterada ha sostenido que no hay más fuentes de obligaciones que las que indica el artículo 1437. No obstante, hay fallos recientes que aceptan que la sola voluntad del deudor pueda ser fuente de obligaciones. Así, se ha fallado que "el documento negociable como título de crédito llamado pagaré es un acto jurídico en que una persona, por su sola voluntad y sin someterse a condición, se reconoce deudora de otra por un monto determinado o determinable de dinero. La obligación, la deuda surge desde el momento en que se formula una declaración documental en dicho sentido, sin que sea necesaria -para su validez- la aceptación del beneficiario, ni que se exprese la razón o motivo que indujo a suscribir tal título de la obligación" (Rev. Der. y Jur., T. 85, sec. 1ª, p. 104). Otro fallo había sostenido que "hay

actos unilaterales que no son delitos, cuasidelitos ni cuasicontratos y que obligan a quien los ejecuta" (T. 68, sec. 1ª, p. 217).

En nuestra opinión, y siguiendo la doctrina de la codificación moderna, por regla general la declaración unilateral de voluntad no constituye una fuente de obligaciones, sino que tan sólo una oferta; excepcionalmente, será una fuente únicamente en los casos previstos expresamente en la ley, tales como la recompensa, la aceptación de una herencia o legado, los títulos de crédito, etc.

4.2 El enriquecimiento sin causa

A menudo una persona se enriquece en desmedro de otra; pero generalmente el incremento de un patrimonio, a costa del empobrecimiento de otro, se opera por un justo motivo, por una causa legítima, como una venta, una donación, una asignación por causa de muerte.

Pero puede este fenómeno producirse sin causa justificada, sin un motivo valedero, como si una persona paga lo que realmente no debe. El que recibe el pago se enriquece a expensas del que lo efectúa, sin motivo plausible, injustamente.

En tal caso se produce un enriquecimiento sin causa. Para reparar esta injusta lesión, análoga a la que ocasiona el delito o cuasidelito, sólo cabe un remedio: dotar a la victima de una acción para obtener la reparación contra el injustamente enriquecido y reputar el enriquecimiento sin causa como una fuente de obligaciones. Esta acción se denomina *in rem verso*.

Nuestro Código no contiene ninguna disposición que consagre, con caracteres de generalidad, el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. Se ha contentado el legislador con reglamentar diversos casos particulares, sin duda inspirados en el principio del enriquecimiento sin causa.

a) No es otra la razón de ser de las recompensas que, por diversas causas, se deben por la sociedad conyugal a los cónyuges y por éstos a la sociedad. Las recompensas tienen por objeto evitar un injusto enriquecimiento de un cónyuge a expensas del otro.

b) Al mismo propósito obedecen las prestaciones mutuas que se deben el reivindicante y el poseedor vencido.

c) Por análogo motivo los actos ejecutados por el marido dan a los acreedores acción sobre los bienes de la mujer, cuando el acto cede en utilidad personal de ésta y hasta concurrencia del beneficio que obtenga.

d) En idéntico principio se funda la regla del art. 1688, que obliga al incapaz, en caso de nulidad del acto o contrato, a restituir aquello en que se hubiere hecho más rico.

e) El principio encuentra una evidente aplicación en la agencia oficiosa y, especialmente, en el pago de lo no debido.

Como puede observarse, si bien buena parte de los cuasicontratos encuentra su fundamento en impedir o reparar un enriquecimiento injusto, éste ultimo tiene un campo de aplicación mucho mayor, por lo que se considera el enriquecimiento injusto, ilegítimo o sin causa como una fuente de obligaciones propiamente tal. Así, códigos modernos, como el alemán y el suizo, consagran formalmente el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. En efecto, el art. 62 del Código Federal suizo expresa: "*El que sin causa legítima se ha enriquecido a expensas de otro, es obligado a restituir*".

II.
CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones admiten diferentes clasificaciones:

A. Atendiendo a su eficacia

a) Obligaciones civiles, y
b) Obligaciones naturales.

B. Atendiendo al objeto o prestación

a) Según la forma: positivas y negativas.
b) Según el contenido de la prestación: de dar, hacer y no hacer.
c) Según el número de cosas que integran la prestación: de objeto singular y de objeto plural (de simple objeto múltiple, alternativas y facultativas).
d) Según la determinación del objeto: de especie o cuerpo cierto y de género.

C. Atendiendo al sujeto

a) De unidad sujetos;
b) De pluralidad de sujetos (simplemente conjuntas o mancomunadas, solidarias e indivisibles)

D. Atendiendo a la forma de existir

a) Principales, y
b) Accesorias.

E. Atendiendo a sus efectos

a) Puras y simples,
b) Sujetas a modalidad

F. Nuevas categorías de obligaciones.

a) Obligaciones de medio y de resultado.
b) Obligaciones reales, propter rem o ambulatorias.
c) Obligaciones causales y abstractas o formales.

A. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU EFICACIA: OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES

1. CONCEPTO.

Obligaciones civiles "*son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento*" (art. 1470 inc. 2). Aunque no lo dice la definición, la obligación civil también otorga excepción para retener lo que se ha dado o pagado en virtud de ella.

Obligaciones naturales (o imperfectas) son "*las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas*" (art. 1470 inc. 3). Son:

(i) Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;

(ii) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;

(iii) Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que se produzcan efectos civiles como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida;

(iv) Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

2. CRÍTICAS A LA DOCTRINA TRADICIONAL.

Teniendo en cuenta las definiciones contenidas en el art. 1470, la mayoría de la doctrina nacional estima que el criterio diferenciador entre las obligaciones civiles y naturales se encuentra en que, en las primeras, la ley dota al acreedor de los medios que le permiten compeler judicialmente al deudor a cumplir la prestación debida, medios de los cuales carece el acreedor de las segundas.

Frente a esta concepción, el profesor Vial ha desarrollado una novedosa teoría, (a la cual adherimos), consistente en indicar que la definición del art. 1470 desconoce que en toda relación de obligación el acreedor tiene derecho para exigir su cumplimiento, ya que de la esencia de dicha relación es que el titular del crédito pueda reclamar al deudor la prestación debida, y la forma de reclamar no es otra que ejercer una acción contra el deudor.

No se contrapone a lo anterior el hecho de que la acción que tiene el acreedor pueda no ser eficaz, en los casos en que el deudor enerve la acción mediante una excepción fundada en un vicio de nulidad, o por haber transcurrido el plazo de prescripción.

En estos casos, algunos autores han señalado que frente a una demanda el deudor debe oponer como defensa el carácter natural de la obligación, y que como consecuencia el acreedor no puede compelerlo a pagar. Sin embargo, ello no es correcto, por cuanto el deudor opondrá la correspondiente excepción de nulidad o prescripción, sin hacer mención alguna al carácter natural de la obligación. De lo anterior se sigue que el carácter natural de la obligación sólo adquiere real relevancia una vez dictada una sentencia favorable al deudor, pues si después de ello paga, el acreedor tendrá derecho a retener lo pagado.

Teniendo en cuenta lo anterior, Vial define a las obligaciones naturales como "aquellas que voluntariamente pagadas por el deudor dan derecho al acreedor para retener lo dado o pagado, aunque la obligación emane de un acto que haya sido declarado nulo absolutamente por faltar alguna solemnidad que la ley prescribe para su validez o nulo relativamente por la relativa incapacidad del obligado; o aunque la acción del acreedor para reclamar el cumplimiento de la obligación haya sido declarada judicialmente extinguida por la prescripción extintiva; o aunque la acción intentada por el acreedor en contra del deudor haya sido rechazada por falta de pruebas."

3. LAS OBLIGACIONES NATURALES ¿SON TAXATIVAS EN CHILE?

Las obligaciones naturales son una excepción al derecho común puesto que, por regla general, la obligación otorga al acreedor la acción correspondiente para perseguir el cumplimiento. Siendo excepcionales, no hay más que las que la ley contempla. ¿Significa lo anterior que no hay más obligaciones naturales que las que indica el art. 1470?

Claro Solar estima que el art. 1470 **es taxativo**. Da varias razones:

a) El artículo antes de hacer la enumeración emplea la frase "tales son", frase que importa taxatividad, significa lo mismo que "éstas son", o la expresión "a saber".

b) El pensamiento del autor del Código es claro en el sentido de determinar y señalar las obligaciones que calificaba como naturales.

c) El art. 2296 hace una referencia a las obligaciones naturales mencionándolas como las "enumeradas en el artículo 1470", demostrando con ello que no hay otras.

Otros (Fueyo, Stitchkin, Vodanovic) piensan que el art. 1470 **no es taxativo**, por los siguientes motivos:

a) El art. 1470 las define, por lo que siempre que nos encontremos frente a una situación que corresponda a esa definición estaremos ante una obligación natural, y

b) Porque la expresión "tales son" no significa taxatividad, sino ejemplificación.

Si bien la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que el art. 1470 no es taxativo, no hay unanimidad sobre cuáles serían los **otros casos de obligaciones naturales no comprendidos en el art. 1470**. Se mencionan varios:

a) La multa en los esponsales (art. 99). Si celebrado el contrato de esponsales se ha estipulado multa para el caso de que uno de los esposos no lo cumpla, no podrá reclamarse la multa, "pero si se hubiere pagado no podrá pedirse su devolución" (inc. 2). La mayor parte de la doctrina (Stitchkin, Abeliuk, Alessandri, Somarriva, Claro Solar) es de opinión que éste no es un caso de obligación natural. Ello porque, en conformidad al art. 98 del Código Civil, los esponsales no producen obligación alguna, expresión que incluye tanto a las civiles como a las naturales; en cambio, Fueyo opina que en este caso hay obligación natural.

b) Lo dado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Ello, por cuanto el art. 1468 señala que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". No parece haber en este caso una obligación natural. Se trata simplemente de una sanción para un acto ilícito, que se funda en el principio de que nadie puede alegar su propio dolo.

c) Situación del deudor que paga más allá de lo que debe por gozar del beneficio de inventario (art. 1247) o del beneficio de competencia (art. 1625). En ambos casos el deudor tiene limitada su responsabilidad. Sin embargo, si paga más allá de ese límite, no tiene derecho a obtener devolución de lo indebidamente pagado. En general, la doctrina opina que en estos casos no hay obligación natural, sino renuncia al respectivo beneficio, por lo que si el deudor paga más allá, está pagando una obligación civil (Abeliuk, Stitchkin).

d) Pago de intereses no estipulados (art. 2208 y art. 15 de la Ley Nº 18.010, sobre Operaciones de Crédito de Dinero). Según René Ramos pareciera que en este caso tampoco hay obligación natural. Lo que ocurre es que en conformidad al artículo 12 de la Ley Nº 18.010, la gratuidad no se presume, por lo que si no se han convenido intereses y éstos se pagan, se está pagando una obligación civil. Tanto es así que si el deudor no los pagare, podría el acreedor demandarlos, ya que el préstamo se presume oneroso.

e) Pago de una deuda de juego o apuesta en que predomina la inteligencia. El juego y la apuesta pueden ser de tres clases: 1) de azar (en que si se paga hay objeto ilícito, art.

2259 en relación con los arts. 1466 y 1468); 2) juegos y apuestas en que predomina la destreza física, y que generan obligaciones civiles (art. 2263), y 3) juegos y apuestas en que predomina la inteligencia. A estos últimos se refiere el art. 2260: "El juego y la apuesta no producen acción, sino solamente excepción. El que gana no puede exigir el pago. Pero si el que pierde, paga, no puede repetir lo pagado,...". Según Stitchkin, Alessandri, Fueyo, aquí nos encontramos frente a una auténtica obligación natural.

4. OBLIGACIONES NATURALES CONTEMPLADAS EN EL ART. 1470

Dentro de esta disposición se establecen dos tipos de obligaciones naturales: (a) obligaciones nulas y rescindibles (art. 1470 Nos. 1° y 3°); y (b) obligaciones naturales que provienen de obligaciones civiles degeneradas o desvirtuadas (art. 1470 Nos. 2° y 4°).

4.1 Obligaciones nulas y rescindibles

4.1.1 Art. 1470 Nº 1

"Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos".

En relación a esta causal deben realizarse los siguientes comentarios:

(i) Esta causal está referida a los incapaces relativos, jamás a los absolutos, porque estos últimos no tienen suficiente juicio y discernimiento y además porque de acuerdo al art. 1447 inciso 2° "*sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución".* Los incapaces relativos hoy día son los menores adultos y los disipadores bajo interdicción de administrar lo suyo (art. 1447 inc. 3).

(ii) ¿A qué incapaces relativos se refiere el art. 1470 N° 1? Respecto de los menores adultos, no hay dudas que quedan comprendidos. El caso controvertido es el de los disipadores.

Vodanovic, Abeliuk, Alessandri, creen que no se les aplica la norma porque están interdictos justamente por no tener suficiente juicio y discernimiento. Así lo corrobora el art. 445, que exige para la interdicción del prodigo una "falta total de prudencia".

Opinión contraria sustentan Claro Solar y Stitchkin, para quienes el disipador no es un enajenado mental, sino un individuo que administra sus bienes en forma imprudente. Por ello tiene suficiente juicio y discernimiento y le es aplicable la norma. Por lo demás, agregan, el menor adulto es señalado a vía ejemplar, por lo que necesariamente la causal debe comprender a los demás incapaces relativos, como lo son los disipadores interdictos.

Si bien el tema es discutible, y reconociendo que la mención de los menores adultos es empleada a modo ejemplar, resulta importante considerar que a la época dictación del Código existían tres clases de incapaces relativos: el menor adulto, el disipador interdicto, y la mujer casada; sin embargo, la ley 18.802 excluyó a ésta última como incapaz, por lo que en la actualidad sólo existen dos incapaces relativos. De lo anterior se sigue que originalmente esta obligación natural comprendía tanto a los menores adultos como a la mujer casada, pero no a los disipadores interdictos, por carecer estos del suficiente juicio y discernimiento. Por ende, en la actualidad únicamente se aplica la causal al menor adulto.

(iii) Cabe señalar que si la obligación contraída por el incapaz relativo es nula por otras razones: error, fuerza, dolo, etc., no hay obligación natural, sino una obligación civil nula, por lo que declarada la nulidad deberá restituirse lo dado o pagado en virtud de ella, de acuerdo a las reglas generales (art. 1687).

4.1.2 Art. 1470 Nº 3

"Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida".

En relación a esta causal deben realizarse los siguientes comentarios:

(i) ¿A qué solemnidades se refiere esta causal?

En derecho, las solemnidades pueden ser exigidas para la existencia del acto (por ejemplo la escritura pública en la compraventa) o bien para su validez (por ejemplo la insinuación en la donación, o la presencia de testigos en un testamento).

Como es claro, las solemnidades a las que se refiere esta causal son aquellas requeridas para la validez del acto, pues la omisión de una solemnidad requerida para la existencia impide el nacimiento de cualquier clase de obligación. De este modo, si se efectúa un pago que tenga como antecedente un acto al cual falta una solemnidad requerida para su inexistencia, estaríamos frente a un pago de lo no debido y no de una obligación natural, por lo que procede exigir su restitución.

(ii) La expresión "actos" ¿comprende sólo los actos unilaterales o también los bilaterales?

Ciertos autores, como Abeliuk, Alessandri, Somarriva y Fueyo indican que comprende únicamente a los actos unilaterales por las siguientes razones: (a) porque normalmente la expresión "actos" se emplea para referirse a los actos unilaterales; (b) porque el ejemplo que pone el Código también corresponde a un acto unilateral y según el Mensaje los ejemplos "ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus

aplicaciones"; (c) por una razón histórica, ya que la norma fue tomada de Pothier, quien, a su vez, la había tomado de la tradición romana y también del proyecto de García Goyena, los que el ejemplo lo entendían referido sólo a los actos unilaterales; (d) porque sería injusto aplicar la norma a los actos bilaterales, como se puede apreciar con el siguiente ejemplo: si se vende un bien raíz por un instrumento privado, el comprador no podría obtener la tradición de la cosa, porque el Conservador no inscribiría el título y tampoco podría obtener la restitución del precio (por tratarse de una obligación natural).

Por su parte, Claro Solar y Vodanovic sostienen que se aplica a ambos pues "actos" en doctrina es una expresión genérica y designa tanto los actos unilaterales como bilaterales. Como señala Vial, cabe tener presente que las obligaciones que engendran ciertos actos bilaterales a que faltan las solemnidades pueden cumplirse como naturales (como una donación sin insinuación), en la medida que la solemnidad sea exigida para la validez y no la existencia del acto. Por eso no procede el argumento relativo a la compraventa, pues en tal caso estamos frente a una solemnidad referida a la existencia.

4.2 Obligaciones naturales que provienen de obligaciones civiles degeneradas o desvirtuadas

4.2.1 Art. 1470 Nº 2

"Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción"

El art. 1567 Nº 10 contempla a la prescripción como uno de los modos de extinguir las obligaciones, lo que en realidad no es efectivo, porque, atendido lo que dispone el art. 1470 Nº 2, prescrita una obligación civil, ésta se transforma en natural. Lo que se extingue por prescripción no es la obligación sino la acción para exigir su cumplimiento, y para algunos su exigibilidad.

Se discute aquí cuándo nace la obligación natural, si desde que transcurre el tiempo necesario para que la acción se extinga por prescripción, o es además indispensable que ella haya sido judicialmente declarada.

Según Abeliuk aunque es más lógico concluir lo primero, ello choca con el inconveniente de que en tal caso el cumplimiento de la obligación natural se confundiría con la renuncia de la prescripción. En efecto, la prescripción debe ser alegada, y no puede el juez declararla de oficio; si no opera de pleno derecho, quiere decir que la obligación subsiste como civil, máxime si, como queda dicho, ella puede ser renunciada expresa o tácitamente una vez cumplida. En consecuencia, la prescripción cumplida se renuncia antes de ser declarada, y si una vez ocurrido esto último se paga la obligación, entonces se ha solucionado una obligación natural.

4.2.2 Art. 1470 Nº 4

"Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba"

Para que nos encontremos en este caso, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Que haya habido un pleito demandándose el pago de la obligación;

2. Que el deudor haya ganado el pleito (no fue condenado a pagar); y

3. Que la absolución se deba a que el acreedor no pudo probar la existencia de la obligación. Si el pleito se perdió por otra razón, no hay obligación natural.

La Corte Suprema aplicó esta disposición en el siguiente caso: un corredor de propiedades cobró judicialmente a unos comuneros su comisión por su intervención en la enajenación de un fundo, que en definitiva no se había efectuado por oposición de algunos de los comuneros, pero perdió el pleito por no haber acreditado la orden de venta emanada de todos ellos. Sin embargo, posteriormente éstos se la pagaron, y pretendieron repetir lo pagado, rechazándose su demanda por aplicación del N° 4 del art. 1470 (G.T., 1938, 2° sem., N° 26, p. 404).

5. ROL DE LA SENTENCIA JUDICIAL

Mucho se ha debatido en doctrina acerca del momento en que la obligación pasa a ser natural, antes o después de la declaración judicial de nulidad absoluta o relativa o de prescripción. Como es claro, esta discusión sólo alcanza a los primeros tres numerales del art. 1470, pues el cuarto presupone precisamente la existencia de un fallo judicial que rechace la pretensión del acreedor por falta de prueba.

En este sentido, adherimos a la posición más práctica adoptada por Vial, quien estima que la institución de **las obligaciones naturales sólo adquiere relevancia con posterioridad a la dictación de la correspondiente sentencia judicial**.

En efecto, si un acreedor entabla una demanda para exigir el cumplimiento de una obligación nula o prescrita, el deudor no opondrá como defensa la existencia de una obligación natural, sino que intentará enervar la acción mediante la correspondiente excepción de nulidad o prescripción; por lo que antes de la demanda y del fallo poco o nada importa el carácter natural de la obligación.

Sin embargo, si el deudor, pese a haber obtenido una sentencia favorable (por haberse declarado la prescripción o la nulidad), paga al acreedor, entra a jugar el carácter natural de la obligación, pues si bien lo normal sería que el deudor pudiese solicitar la restitución de lo pagado, no lo podrá hacer, pues el acreedor tiene derecho a retener lo dado o pagado en razón de tratarse de una obligación natural.

6. EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN NATURAL

i. Pagadas, dan excepción para retener lo que se ha dado o pagado en virtud de ellas (art. 1470 inc. 3). Es el principal efecto y se le denomina *"solutio retentio"*. El art. 2296 dispone que "*no se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el art. 1470*". Es decir, la obligación natural sirve de causa para el pago, por lo que no constituyen un pago de lo no debido.

Para que se produzca este efecto, el pago debe reunir los siguientes requisitos:
1) que cumpla con las exigencias generales de todo pago;
2) que sea hecho voluntariamente por el deudor, y
3) que quien paga tenga la libre administración de sus bienes.

Los dos últimos están establecidos en el art. 1470 inc. final: "*Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes".*

En cuanto a la "voluntariedad" del pago, no existe uniformidad en la doctrina sobre lo que ello significa. Unos entienden que "voluntariamente implica que el deudor pague sabiendo que soluciona la obligación natural" (Claro Solar, Barros Errázuriz, Abeliuk). Así lo entendían también Baudry-Lacantinerie y otros tratadistas franceses. Otros, en cambio, sostienen que "voluntariamente, quiere decir, en forma espontánea, sin coacción".

Al efecto, se debe tener presente que el art. 2297 dispone que *"se podrá repetir aún lo dado o pagado con por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación natural"*. De lo anterior se sigue que quien paga una obligación natural lo hace en la creencia de que era civil, incurriendo en un error de derecho, dicho error no obsta a la voluntariedad del pago.

En cuanto, a la exigencia de que quien paga debe tener la "libre administración de sus bienes", debe ser entendida "por libre disposición de sus bienes", pues todo pago supone transferir la propiedad del objeto pagado. De este modo, tratándose de la obligación contraída por un menor adulto, será necesario que el pago se verifique una vez llegado a la mayor edad o con la competente autorización del representante legal.

ii. Pueden ser novadas. Para que valga la novación -dice el art. 1630- es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente.

iii. Pueden ser caucionadas por terceros (art. 1472). La razón de que sólo se admita que puedan ser caucionadas por terceros es que al ser natural la obligación principal el acreedor no tiene acción para demandar su cumplimiento. Por esta razón, y en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tampoco

podría demandar el cumplimiento de la caución o garantía otorgada por el propio deudor.

iv. La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado no extingue la obligación natural (art. 1471).

v. No pueden compensarse legalmente. Ello por no ser actualmente exigibles (art. 1656 Nº 3).

B. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU OBJETO O PRESTACIÓN

B.1 OBLIGACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS

Es obligación **positiva** aquella en que el deudor se obliga a una determinada acción (dar o hacer), y **negativa** aquella en que debe abstenerse de realizar algo que de no mediar la obligación podría efectuar (abstenerse de dar o no hacer).

Tiene importancia la distinción, para el caso de incumplimiento, pues en las obligaciones de no hacer se siguen los efectos contemplados en el art. 1555 del Código Civil.

También presenta interés para los efectos de la indemnización de perjuicios, pues ésta se debe, en el caso de las obligaciones positivas, desde que el deudor se ha constituido en mora; y en el caso de las negativas, desde el momento de la contravención (art. 1557).

B.2 OBLIGACIONES DE DAR, HACER O NO HACER

Esta clasificación se desprende de los arts. 1438 y 1460. El primero, al definir el contrato o convención, señala que "*es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*"; y el segundo expresa que "*toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer...*"

1. OBLIGACIONES DE DAR

1.1 Concepto.

En conformidad a la doctrina tradicional y mayoritaria, es obligación de dar aquella en que el deudor se obliga a transferir el dominio o a constituir un derecho real sobre la cosa en favor del acreedor.

Una posición diversa sostiene don Víctor Vial, quien fundado en la normas de la compraventa, concluye –a nuestro parecer acertadamente- que de la obligación de dar surge la de hacer la tradición, y no necesariamente la de transferir el dominio u otro derecho real. Lo anterior atendido que de diversas disposiciones relativas a la compraventa (y en especial el art. 1815 que permite la venta de cosa ajena) se concluye que la obligación del vendedor no siempre es la de transferir el dominio (pues para ello siempre debería ser dueño, y la venta de cosa ajena no valdría), sino que la de hacer la tradición, la cual siempre produce el efecto de dejar al comprador como poseedor hábil para poder adquirir el dominio por prescripción.

1.2 La obligación de entregar

El art. 1548 expresa que "**la obligación de dar contiene la de entregar**..." Ello no significa que obligación de dar y de entregar sean términos sinónimos, pues en la de entregar no hay obligación del deudor de transferir el dominio o constituir un derecho real, sino simplemente de poner materialmente la cosa en manos del acreedor. Así, del contrato de compraventa surge para el vendedor la obligación de transferir la cosa vendida (obligación de dar); en cambio, en el contrato de arrendamiento, el arrendador tiene la obligación de entregar al arrendatario la cosa arrendada (art. 1924 N° 1). No hay en este último caso obligación de transferir el dominio, por lo que sólo estamos frente a una obligación de entregar.

En doctrina, la obligación de entregar es una obligación de hacer. El deudor se obliga a realizar un hecho determinado que consiste en poner la cosa a disposición del acreedor. Sin embargo, en Chile se aplican a estas obligaciones las mismas reglas de las obligaciones de dar como lo demuestran los siguientes antecedentes:

a) El art. 1548 según el cual "*la obligación de dar contiene la de entregar*".

b) Los arts. 580 y 581 del Código Civil. Según el primero, los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se deba y que, en consecuencia, es de naturaleza inmueble "la acción del comprador para que se le *entregue* la finca comprada". De este modo y puesto que "los hechos que se deben se reputan muebles", parece indudable que, para el legislador, la obligación de entregar no es obligación de hacer. Asimismo se concluye que la obligación de dar o entregar será mueble o inmueble dependiendo de la cosa sobre la que versa la obligación.

c) Argumento de historia fidedigna. Al discutirse el Código de Procedimiento Civil, se dejó constancia que para obtener el cumplimiento forzado de una obligación de entregar, se aplicarían las normas dadas para las obligaciones de dar.

2. OBLIGACIONES DE HACER

Obligación de hacer es aquella en que el deudor se obliga a realizar un hecho cualquiera, material u jurídico. Este hecho no puede ser la entrega de una cosa, pues en ese caso se aplican las reglas de las obligaciones de dar. Ejs., construir una casa, pintar un cuadro, transportar una mercadería, otorgar una escritura pública, etc. y lo es, también, la del que promete celebrar un contrato (art. 1554 inc. final). Para Vial la obligación de hacer consiste es aquella que impone al deudor la ejecución de un hecho cualquiera distinto de la tradición de una cosa.

En algunos casos la obligación de hacer tendrá que ser realizada personalmente por el deudor (cuando la obligación se contrae en consideración a la persona del deudor. Ej., se le encomienda un cuadro a un pintor famoso). En este supuesto suele hablarse de obligación de hacer no fungibles. Si es indiferente la persona del deudor, la obligación de hacer podrá ser realizada por un tercero, como lo prueba el art. 1553 N° 2, al permitir que el acreedor pueda ejecutar el hecho por un tercero a expensas del deudor.

3. OBLIGACIONES DE NO HACER

En estas obligaciones el deudor debe abstenerse de efectuar un hecho que de no existir la obligación podría realizar. Ejs.: la que contrae una persona al enajenar un establecimiento de comercio de no colocar otro de igual giro en la misma plaza; las prohibiciones del art. 404 del Código de Comercio para los socios de una sociedad colectiva, como la de no explotar por cuenta propia el giro en que opera la sociedad, etc.

4. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE DAR, HACER Y NO HACER

a) Para determinar la naturaleza, mueble o inmueble, de la acción destinada a exigir el cumplimiento. Si la obligación es de hacer o no hacer, la acción será siempre mueble (art. 581); en tanto, si la obligación es de dar será mueble o inmueble según lo sea la cosa en que ha de ejercerse o que se deba (art. 580).

b) Sólo en las obligaciones de dar y hacer es preciso que el deudor esté en mora para que el acreedor tenga derecho a reclamar la consiguiente indemnización de perjuicios; en las obligaciones de no hacer se deben los perjuicios desde que se contravienen.

c) El procedimiento ejecutivo para obtener el cumplimiento forzado está sujeto a reglas diferentes. Para las obligaciones de dar, está contenido en el Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil; y para las obligaciones de hacer y de no hacer, en el Título II del Libro III, del mismo Código.

d) El modo de extinguir pérdida de la cosa debida (arts. 1567 N° 7 y 1670 del Código Civil, y 464 N° 15 del Código de Procedimiento Civil) sólo se aplica a las obligaciones de dar. El modo de extinguir equivalente en las obligaciones de hacer es "la imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida", contemplado en el art. 534 del Código de Procedimiento Civil.

B.3 OBLIGACIONES DE OBJETO SINGULAR Y OBLIGACIONES CON OBJETO PLURAL O COMPUESTAS

1. OBLIGACIONES DE OBJETO SINGULAR

Obligaciones de objeto singular son aquellas en que se debe una sola cosa. Por ende, no cabe duda de cómo cumplir esta clase de obligaciones (que también pueden versar en hacer o no hacer un solo hecho).

De lo anterior se sigue que en el caso de pérdida de la especie debida o imposibilidad de ejecutar o no ejecutar el hecho por caso fortuito, la obligación se extingue.

2. OBLIGACIONES COMPUESTAS O DE OBJETO MÚLTIPLE

Obligaciones compuestas o de objeto múltiple son aquellas en que se deben varias cosas. Admiten tres categorías:

a) obligaciones de simple objeto múltiple o conjuntivas;

b) obligaciones alternativas o disyuntivas, y

c) obligaciones facultativas.

2.1 Obligaciones de simple objeto múltiple

Son aquellas en que el deudor está obligado a más de una cosa, y se caracterizan por el empleo de la conjunción copulativa "**y**". Ej.: Te debo un auto Ford patente XX y una casa ubicada en Los Laureles 333.

El Código no las trata en particular, por lo que se les aplican todas las reglas de las obligaciones con unidad de prestación. El **deudor debe la totalidad de las cosas** y cumplirá pagándolas todas, pues el pago tiene que ser completo (art. 1591). Dentro de las obligaciones con objeto múltiple, constituyen la **regla general**. Las alternativas y facultativas importan modalidades.

Si una de las cosas (o hechos) debidos perecen o se hacen imposibles de cumplir, se extingue la obligación respecto de tal especie, subsistiendo en las demás.

En cambio, si la especie se destruye por culpa del deudor, éste queda obligado no solamente a las otras cosas subsistentes, sino que también a pagar al acreedor el rpecio de la especie que destruyó y a indemnizarlo por os perjuicios sufridos.

2.2 Obligaciones alternativas o disyuntivas

a. Concepto.

"Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras" (art. 1499).

En este caso las cosas debidas son varias, pero se cumple pagando en su totalidad una sola de ellas (art. 1500 inc. 1°). Se caracterizan por la conjunción disyuntiva "**o**". Ej., te debo mi casa, mi auto o un departamento.

b. Características:

i) Hay varias cosas debidas, pero se cumple pagando totalmente una sola, elegida por quien tiene la alternativa (art. 1500 inc. 1°). Todas las cosas se deben *in obligationen*, pero una sola *in solutionen.*

ii) La obligación será mueble o inmueble, según lo sea la cosa con que se pague.

iii) El acreedor no puede demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben, salvo que la elección sea suya (art. 1501).

iv) Si los deudores o los acreedores son varios, se aplica la regla del art. 1526 N° 6, esto es, deben hacer la elección de consuno.

c. Elección en las obligaciones alternativas

La elección por regla general corresponde al deudor. Así lo dice el inc. 2 del art. 1500: *"La elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario".*

Tiene importancia saber a quien corresponde la elección, para los siguientes efectos:

Si la elección es del deudor:

i) el acreedor no puede exigir determinadamente una de las cosas debidas (art. 1501), y

ii) puede el deudor "*a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas*" (art. 1502 inc. 1°).

Si la elección es del acreedor:

i) podrá demandar cualquiera de las cosas debidas (art. 1501 a contrario sensu);

ii) si entre las cosas debidas hay especies o cuerpos ciertos, el deudor tiene a su respecto la obligación de cuidado, ya que el acreedor puede exigir cualquiera de ellas (art. 1548).

d. Pérdida de las cosas debidas alternativamente

i) Pérdida total fortuita: si todas las cosas debidas alternativamente perecen en forma fortuita, se extingue la obligación (art. 1504 inc. 1).

ii) Pérdida total culpable: si todas las cosas debidas alternativamente perecen por culpa del deudor, éste queda obligado al pago del precio de una de ellas más indemnización de perjuicios (arts. 1504 y 1672). La determinación de cuál cosa va a depender de quién tenía la elección (art. 1504 inc. 2).

iii) Pérdida parcial fortuita: subsiste la obligación alternativa en las otras cosas; y si resta una sola, el deudor es obligado a ella (art. 1503).

iv) Pérdida parcial culpable: debe distinguirse a quien compete la elección. Si corresponde al deudor, éste podrá elegir cualquiera de las cosas que resten. Si la elección es del acreedor, éste puede optar entre elegir alguna de las cosas que subsistan o demandar el precio de la cosa destruida, más indemnización de perjuicios (art. 1502).

Si la cosa se deteriora, se aplica el artículo 1590, que se estudiará a propósito del pago.

2.3 Obligaciones facultativas

a. Concepto.

"Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa" (art. 1505). Ej. se celebra un contrato de compraventa y se queda adeudando un saldo de precio ascendente a $1.000.000, que se pagará a 6 meses plazo, quedando facultado el deudor para poder pagar con el automóvil marca Ford año 1990, patente XX 600.

b. Características.

i) La cosa debida es una sola. Y por la misma razón, si el deudor no cumple, el acreedor sólo podrá demandar esa cosa (art. 1506).

ii) La obligación será mueble o inmueble, según lo sea la cosa debida.

iii) El deudor quedará facultado para pagar con lo debido o con una cosa distinta, que se designa. Nótese que la facultad corresponde sólo al deudor (no al acreedor).

iv) Esta facultad le debe ser otorgada al deudor al momento de contratar. Ello, porque si se acuerda al momento del pago, no hay obligación facultativa, sino dación en pago; y si se acuerda después de celebrado el contrato y antes del pago, existe una novación por cambio de objeto.

c. Pérdida de la cosa debida en el caso de la obligación facultativa

La cosa debida es una sola y, por consiguiente, si se destruye fortuitamente antes de haberse constituido el deudor en mora, no puede el acreedor demandar cosa alguna, aun cuando subsista la cosa con que el deudor tenía facultad de pagar (art. 1506, parte final). Si la cosa se destruye culpablemente, rige la regla del art. 1672, es decir, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

La pérdida de la cosa facultativamente debida (en el ejemplo el automóvil Ford), carece de trascendencia para el acreedor; significaría únicamente que desaparece la facultad del deudor de pagar con una cosa diferente a la debida.

d. Las obligaciones facultativas no se presumen

Así aparece del art. 1507: *"En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa"*.

2.4 <u>Diferencias entre las obligaciones alternativas y facultativas</u>

a) En las obligaciones alternativas las cosas debidas son varias; en la facultativa, una sola.

b) En las obligaciones alternativas la elección puede ser del deudor o del acreedor; en las facultativas, sólo del deudor.

c) En las obligaciones alternativas, cuando la elección es del acreedor, éste puede elegir cualquiera; en las facultativas el acreedor sólo puede demandar la única cosa debida.

d) Hay diferencias en cuanto a los efectos de la pérdida de la cosa debida. Así, en la alternativa la pérdida parcial fortuita subsiste la obligación en las otras cosas. En la facultativa, si el objeto debido se destruye por caso fortuito, el acreedor no puede reclamar lo que el deudor tenía facultad de darle en sustitución.

B.4 OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y OBLIGACIONES DE GÉNERO

1. CONCEPTO.

Las obligaciones de dar o entregar pueden ser de especie o cuerpo cierto y de género. Son de **especie o cuerpo cierto** aquellas en que la cosa debida está perfectamente especificada o individualizada. Se debe un individuo determinado de un género determinado. Ej., me obligo a entregar el caballo Derby.

Las obligaciones **de género** están definidas en el art. 1508, como "*aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado*". Ej., me obligo a entregar un caballo.

Finalmente, la doctrina suele indicar que existe una categoría intermedia, denominada de **género delimitado**, en las que el objeto, no obstante ser una cosa genérica, es referido a un grupo delimitado de éstas (v- gr. los caballos criados en el fundo X).

2. DIFERENCIAS.

Las principales diferencias entre las obligaciones de especie y las de género son las siguientes:

a) En cuanto a su cumplimiento. Si la obligación es de especie o cuerpo cierto, sólo se cumplirá pagando con la especie debida y no con otra, aun cuando sea de un valor superior (art. 1569 inc. 2). Si la obligación es de género, "*el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana*" (art. 1509).

b) En cuanto a la obligación de cuidado. Si la obligación es de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, el deudor tiene una obligación adicional, el cuidar de la cosa. Así lo señala el art. 1548: "*La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega...*". Si lo debido es un género, no existe esta obligación de cuidado, pues el género no perece. El art. 1510 al efecto señala: "*La pérdida de algunas cosas de género no extingue la obligación, y el acreedor no*

puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe".

c) En cuanto a la teoría de los riesgos. La teoría de los riesgos, regulada en el art. 1550 y que en síntesis busca determinar si es el acreedor o el deudor quien debe soportar la pérdida por caso fortuito, opera exclusivamente en las obligaciones de especie o cuerpo cierto pues el género no perece.

d) En cuanto a su extinción. La obligación de especie o cuerpo cierto se extingue por el modo de extinguir por la pérdida de la cosa que se debe (art. 1567 N° 7). Y eso sólo si la pérdida ha sido fortuita, pues si es culpable, la obligación subsiste, pero varía de objeto, pudiendo el acreedor demandar el precio de la cosa e indemnización de perjuicios (art. 1762 inc. 1). En las obligaciones de género no existe pérdida de la cosa debida pues el género no perece.

Cabe indicar que las denominadas obligaciones de género delimitado se rigen en general por las reglas de las obligaciones de especie o cuerpo cierto.

3. LAS OBLIGACIONES DE DINERO

3.1 Concepto.

Las obligaciones de dinero son las principales o más comunes obligaciones de género, y se definen como aquellas en que el objeto debido es una suma de dinero. Se adeuda dinero, que se debe dar o restituir, no otra cosa.

La obligación de dinero es aquella en que lo debido es dinero. Dentro de este género -obligaciones de dinero- existe un tipo que en Chile se encuentra especialmente regulado en la ley 18.010, que son las llamadas **operaciones de de crédito de dinero**, cuyo estudio pormenorizado corresponde al Derecho Comercial.

El artículo 1º inciso 1º de la ley 18.010 define las operaciones de crédito de dinero, señalando que "*Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquél en que se celebra la convención*".

De acuerdo a esta definición lo que caracteriza a la operación de crédito de dinero son tres elementos:
a) que una parte entregue o se obligue a entregar una cantidad de dinero;
b) que la otra restituya dinero; y
c) que el pago se haga en momentos distintos.

Respecto al primer requisito, debe tenerse presente que "*constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la*

responsabilidad del cedente" y que "*se asimilan al dinero los documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado*" (art. 1º incisos 2º y 3º de la ley 18.010).

3.2 Características de las obligaciones de dinero.

a) son obligaciones de dar;

b) son obligaciones de género (art. 1508).

c) son obligaciones muebles, porque recaen sobre un objeto mueble (art. 580)

d) son obligaciones divisibles, porque tienen por objeto una cosa susceptible de división (art. 1524).

3.3 Cumplimiento de las obligaciones de dinero

En teoría hay dos formas posibles de cumplir una obligación de dinero:

a) entregando la suma numérica debida (**criterio nominalista**); o

b) pagando una suma de dinero que represente un determinado valor (**criterio valorista o realista**).

Así, por ejemplo: si una persona se obligó a pagar $1.000.000 el año 1986 y la deuda la paga el año 1990, si se sigue el criterio nominalista, se deberá pagar la misma suma: $1.000.000. Pero también podría pensarse que el año 1986, ese millón de pesos representaba el valor de un departamento de 100 metros cuadrados de una construcción de buena calidad, por lo que si se paga el año 1990, para cumplirla se debería pagar una suma de dinero que represente el valor que el año 1990, tiene un departamento de las mismas características. Seguir uno u criterio lleva a resultados muy distintos, pues el fenómeno económico de la inflación crea diferencias significativas.

En Chile se siguió el criterio nominalista, como lo prueba el antiguo artículo 2199 del Código Civil, según el cual "*si se ha prestado dinero, sólo se deberá la suma numérica enunciada en el contrato*". Esta norma se inspiró en la doctrina francesa, especialmente en Troplong para quien el "que la moneda haya sido aumentada o disminuida por acto del soberano, son accidentes que es necesario soportar".

Si bien el artículo 2199 estaba ubicado en el mutuo, la doctrina con algunas excepciones (Bernardo Gesche, Jorge López Santa María) entendía que era de aplicación general.

Es importante señalar que en esta materia Bello tuvo vacilaciones, como lo demuestra el que en el proyecto de 1853, la norma que correspondía al artículo que después fue el

2199, tenía un agregado según el cual "*si en el tiempo intermedio entre el préstamo y el pago hubiese variado el peso o la ley de la moneda que se expresa en el contrato, no se deberá la suma numérica, sino con el aumento o rebaja necesarios para la igualdad de los valores por los cuales se cambian en el mercado general iguales cantidades*". O sea, claramente se optaba por un criterio valorista. Pero ello se abandonó siguiéndose en definitiva el camino nominalista.

La jurisprudencia estuvo siempre con la tesis nominalista. Así, por ejemplo, un fallo resolvió que "en razón del alza del costo de la vida no se puede pretender variar o subir el monto de una obligación de pagar una suma de dinero, salvo convención expresa de las partes o ley que así lo establezca. En nuestro derecho son fuentes de obligaciones las que en forma taxativa enumeran los artículos 1437 y siguientes del Código Civil, en ninguna de las cuales está la depreciación monetaria" (R.D.J., t. 60, sec. 1ª, p. 407).

El D.L. 455, del año 1974, que reguló por primera vez en Chile las obligaciones de crédito de dinero, derogó el artículo 2199. Sin embargo, ello no ha significado que se pase del sistema nominalista al sistema valorista. Seguimos en el primero, si bien se han dictado normas que para ciertas deudas han establecido la reajustabilidad, atenuándose, de esa forma, los inconvenientes del nominalismo. Así, ha ocurrido, por ejemplo, con la ley 18.802, del año 1989, que cambió el criterio para el pago de las recompensas generadas en el caso de cónyuges casados en régimen de sociedad conyugal, al establecer en el artículo 1734 que "*Todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa. El partidor aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural*".

Hay muchos otros ejemplos de cómo el legislador ha incorporado el valorismo con el objeto de evitar los graves inconvenientes del nominalismo. Así, por ejemplo, las deudas tributarias son reajustables de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor (arts. 53 y 57 del Código Tributario); las rentas de arrendamiento de inmuebles urbanos no pagadas con oportunidad, se reajustan en la misma proporción en que hubiere variado el valor de la Unidad de Fomento entre la fecha en que debieron pagarse y aquella en que efectivamente se pagan (art. 21 de la ley 18.10l); las remuneraciones de los trabajadores no canceladas oportunamente "se pagarán reajustadas en el mismo porcentaje en que haya variado el Indice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes anterior a aquel en que debió efectuarse el pago y el precedente a aquel en que efectivamente se realice" (art. 63 Código del Trabajo); las pensiones de alimentos que se fijen en una suma determinada se reajustarán semestralmente de acuerdo al alza que haya experimentado el IPC desde el mes siguiente a aquél en que quedó ejecutoriada la resolución que determina el monto de la pensión (art. 10 inc. 3º de la ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias); la nueva ley de filiación Nº 19.585 modificó el art. 1185 relativo al primer acervo imaginario disponiendo que para computar las cuartas de mejoras y de libre disposición, las donaciones hechas en razón de legitimas o mejoras, se acumularán según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo

de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión, etc.

Con anterioridad a que el legislador hiciera rectificaciones destinadas a ir incorporando sistemas de reajustabilidad legal, las partes se defendían de la desvalorización monetaria, incluyendo en los contratos toda una variedad de cláusulas de reajustabilidad como la cláusula valor dólar, valor trigo, etc., cuya validez siempre fue reconocida por la jurisprudencia (R.D.J., t. 48, sec. 1ª, pág. 142).

Abeliuk resume la situación actual señalando que el principio nominalista sigue siendo la regla general en materia de obligaciones, aplicándose algún sistema de reajuste cuando la ley, la convención o la resolución judicial así lo establecen.

Es importante consignar que en responsabilidad extracontractual (delitos y cuasidelitos civiles), fue una de las primeras materias en que las decisiones judiciales acogieron la tesis valorista. Para ello, se fundaron en el artículo 2329, según el cual debe indemnizarse "todo daño", lo que implica que para que la indemnización sea completa debe pagarse en moneda de valor reajustado.

3.4 Intereses

a. Concepto.

Son un accesorio que normalmente acompañan a una obligación de dinero. Constituyen un **fruto civil**. Según el artículo 2.205 del Código Civil se pueden estipular en dinero o en cosas fungibles. En las operaciones de crédito de dinero reguladas por la ley 18.010, sólo se pueden pactar en dinero (art. 11 inc. 1).

Los intereses constituyen la renta que produce un capital. Son frutos civiles (art. 647) y, como tales, se devengan día a día (arts. 790 y 11 inc. 2º de la ley 18.010). Pueden encontrarse pendientes, mientras se deben, y percibidos una vez que se cobran (art. 647).

Las simples obligaciones de dinero sólo generan interés cuando las partes lo convienen o la ley así lo establece (ej. de esto último: las letras de cambio devengan intereses corrientes desde la fecha de vencimiento, art. 80 de la ley 18.092). Y en el caso de que sin estipularse fueren pagados, no pueden repetirse ni imputarse al capital (art. 2.208). Algunos entienden que existiría aquí una verdadera obligación natural.

En las operaciones de crédito de dinero, la regla se invierte, pues no se presume la gratuidad, y salvo disposición de ley o pacto en contrario, devengan intereses corrientes, que se calcula sobre el capital o el capital reajustado (art. 12).

b. Clases de intereses

Los intereses admiten distintas clasificaciones:

a) En cuanto a su fuente: estipulados por las partes o fijados por ley (ej. art. 12 ley 18.010 que los presume para las operaciones de crédito de dinero, art. 1559 C.C. que los establece como indemnización por la mora en las obligaciones de dinero, art. 80 ley 18.092 que los establece desde el vencimiento de una letra de cambio);

b) Según la forma en que se fija su tasa: legales, corrientes y convencionales;

c) Según la causa por la cual se deben: interés por el uso e interés penal.

b.1 Intereses legales, corrientes y convencionales

Hoy día el interés corriente y el legal se confunden, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 18.010: "*se aplicará el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran al interés legal o al máximo bancario*".

b.1.1 Interés legal

El interés legal lo establecía el artículo 2.207 inciso 2º, para el contrato de mutuo fijándolo en un 6% anual. A pesar de estar establecida dentro de las normas del mutuo, se le atribuía a esta norma un alcance general. Pero esta disposición fue derogada por la ley 18.010 (art. 28).

Como la misma ley 18.010 dispuso -artículo 19- que se debe aplicar el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran al interés legal o al máximo bancario, hay que concluir que en la actualidad el interés legal ha pasado a ser el interés corriente. Se han identificado ambos términos.

b.1.2 Interés corriente

No hay una norma que lo defina en términos amplios, sino únicamente para las operaciones de crédito de dinero (art. 6º). Se acostumbra definirlo como aquel que se cobra habitualmente en una plaza determinada. En la práctica, para el cálculo del interés corriente se aplica el que define el art. 6º de la ley 18.010, para las operaciones de crédito de dinero, lo que resulta razonable pues es el que se cobra generalmente en la plaza.

De acuerdo a este artículo 6 "interés corriente es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidos en Chile en las operaciones que realicen en el país". Y agrega que "corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinar dicho interés corriente, pudiendo distinguir entre operaciones

en moneda nacional, reajustables o no reajustables, en una o más monedas extranjeras o expresadas en dichas monedas o reajustables según el valor de ellas, como asimismo, por el monto de los créditos, no pudiendo establecerse más de dos límites para este efecto, o según los plazos a que se hayan pactado tales operaciones. Los promedios se establecerán en relación con las operaciones efectuadas durante cada mes calendario y las tasas resultantes se publicarán en el Diario Oficial durante la primera quincena del mes siguiente, para tener vigencia hasta el día anterior a la próxima publicación".

Se ha fallado que es improcedente otorgar a una obligación pactada en Unidades de Fomento, el interés corriente para operaciones no reajustables. (Fallos del Mes, Nº 446, sent. 17, p. 1963). Sin duda la sentencia se ajusta a derecho, pues si la deuda está expresada en Unidades de Fomento, es reajustable, por lo que los intereses deben ser los fijados para operaciones reajustables (que son más bajos).

b.1.3 Interés convencional

Interés convencional es el que las partes contratantes acuerdan. Tanto para las operaciones de crédito de dinero, como para las obligaciones de dinero, el máximo interés permitido estipular asciende al interés corriente más un 50%. Luego si el interés corrientes es de un 10%; se podrá convenir hasta un 15%. Para los efectos del cálculo se atiende al interés corriente al momento en que se celebró el contrato, no al pago (arts. 2.206 del C. Civil y art. 6º inciso penúltimo de la ley 18.010).

Si se pacta un interés superior al máximo permitido según el art. 2.206 se rebajan por el juez al interés corriente. En el caso de las operaciones de crédito de dinero, se aplica una regla semejante (art. 8º de la ley 18.010).

b.2 Intereses por el uso y penales

Intereses por el uso son aquellos que se devengan durante la vigencia del crédito. Límites: Código art. 2206, ley 18.010 art. 8.

Intereses penales o moratorios son aquellos que se originan por la mora del deudor en pagar una obligación de dinero. Límites: Código art. 1544 inc. 3°, ley 18.010 arts. 8 y 16.

Unos y otros pueden tener su origen en la ley o en la voluntad de las partes. Los intereses moratorios los fija la ley en el caso del art. 1559, que señala los que deben pagarse en caso de mora de una obligación de dinero, y en el art. 53 del Código Tributario por las deudas tributarias. Los fijan las partes por medio de la cláusula penal, y así es frecuente en una compraventa que se diga: el saldo de precio devengará un interés del 15% anual y un 18% también anual en caso de mora. El 15% es el interés por el uso y el 18% es una indemnización de perjuicios si no se paga oportunamente el saldo de precio adeudado.

En el caso del interés pactado por la mora, se estima que "queda sujeto a los mismos límites que el interés convencional por el uso, de manera que si el interés penal convenido es superior al 50% por sobre el interés corriente, pasa a ser aplicable lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 18.010 en el sentido de que los intereses estipulados deberán reducirse al corriente que rija al momento de la convención y restituirse debidamente reajustados los excesos que se hubieren percibido. A esa conclusión conducen los artículos 8 y 16 cuando el primero se refiere a todo pacto de intereses que exceda al máximo convencional y el segundo a que se haya pactado legalmente un interés superior al corriente" (Leslie Tomasello).

Atendido lo que se acaba de señalar, debe entenderse que el artículo 8º de la ley 18.010, ha modificado el artículo 1544 inc. 3° del Código Civil, por cuanto este último ordena rebajar la cláusula penal en el mutuo "al máximo de interés permitido estipular", en tanto que, en conformidad al artículo 8º de la ley 18.010, se debe rebajar al interés corriente. La regla del inciso 3º del mutuo sólo tendría aplicación para los mutuos que no son de dinero" (Leslie Tomasello). De igual opinión es Abeliuk.

c. Anatocismo.

El anatocismo consiste en que los intereses devengados por el crédito y no pagados al acreedor se capitalicen y devenguen a su vez intereses, esto es, se producen intereses de intereses. El Código Civil en el artículo 2.210 lo prohibía terminantemente para el contrato de mutuo al decir "*Se prohíbe estipular intereses de intereses*". Esta norma tenía, según algunos, un alcance general. No obstante, el Código de Comercio lo acepta con limitaciones para la cuenta corriente mercantil (art. 617) y en el mutuo mercantil (art. 804).

El artículo 28 de la ley 18.010, derogó el artículo 2.210, de donde algunos infieren que en la actualidad no está prohibido el anatocismo, ni en el mutuo ni en ningún otro contrato.

Y en el caso de las operaciones de crédito de dinero, está especialmente autorizado en el artículo 9, en cuanto establece que "*podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses, capitalizándolos en cada vencimiento o renovación. En ningún caso la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a treinta días*" (inc. 1º). La misma disposición agrega, en su inciso 3º que "*los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario*". Solución inversa al art. 1559, regla 3.

Finalmente el art. 1559, al tratar la avaluación legal de perjuicios, establece que "*si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 3º Los intereses atrasados no producen interés*". Como el art. 2.210 fue derogado se sostiene que hoy día, no puede merecer dudas que esta norma no prohíbe el anatocismo, únicamente está señalando que no opera de pleno derecho, pero las partes pueden convenirlo (René Ramos). Otros interpretan el art. 1559 Nº 3 en el

sentido que sólo prohíbe el anatocismo en el caso de intereses penales, pues la norma habla de indemnización de perjuicios "por la mora" (Abeliuk).

C. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO AL SUJETO: OBLIGACIONES CON UNIDAD Y CON PLURALIDAD DE SUJETOS

1. CONCEPTO

Obligaciones con unidad de sujeto son aquellas en que existe un deudor y un acreedor. No merecen un comentario especial, pues nada tienen de particular.

Obligación con pluralidad de sujetos es aquella en que hay un acreedor y varios deudores (pluralidad pasiva); varios acreedores y un deudor (pluralidad activa); o varios acreedores y varios deudores (pluralidad mixta). Las autoriza expresamente el artículo 1438 del Código Civil: "*cada parte puede ser una o muchas personas*".

La pluralidad puede ser originaria o derivativa. Originaria, cuando la obligación nace con pluralidad de sujetos. Derivativa, cuando la obligación nace con unidad de sujetos y durante su vida se transforma en obligación plural, ej. cuando fallece una de las partes y sus herederos son varios; cuando el acreedor cede sus derechos a varios sujetos, etc.

2. CLASES DE OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS.

Las obligaciones con pluralidad de sujetos pueden revestir tres modalidades:

1. Simplemente conjuntas o mancomunadas;
2. Solidarias y
3. Indivisibles

C.1 OBLIGACIONES SIMPLEMENTE CONJUNTAS O MANCOMUNADAS

1. CONCEPTO

Son aquellas en que existiendo pluralidad de acreedores, de deudores o de ambos y recayendo sobre una cosa divisible, **cada acreedor sólo puede exigir su cuota a cada**

deudor, que sólo está obligada a la suya. De manera que cada acreedor sólo es titular de su cuota en el crédito; y cada deudor es obligado únicamente a pagar la cuota que le corresponde.

2. CARACTERÍSTICAS

a) Constituyen la **regla general**, como lo dejan de manifiesto los artículos 1511 y 1526 (el primero así lo dice al tratar de las obligaciones solidarias y el 1526 al referirse a las obligaciones indivisibles). En otros países, con el objeto de robustecer el crédito, esto no es así, presumiéndose la solidaridad (Italia y Alemania).

No obstante ser la obligación conjunta jurídicamente la regla general, no es frecuente en forma originaria, porque normalmente el acreedor, si hay varios deudores, exige la solidaridad entre ellos.

b) **Unidad de prestación y pluralidad de vínculos**. La unidad de la obligación es formal y se la da más que nada el título constitutivo. Ej.: Si Pedro presta $ 2.000 a Diego y a Juan ello significa dos obligaciones por $ 1.000 cada una, es decir, hay independencia absoluta entre los distintos vínculos. En buenas cuentas, se trata de distintas obligaciones.

c) Deben recaer las obligaciones sobre un **objeto divisible** (de manera que puedan cumplirse por parte) pues, en caso contrario, nos encontramos frente a las llamadas obligaciones indivisibles.

d) La regla general es que la división se haga por partes viriles, o sea **por partes iguales, a menos que la ley o el hombre establezcan otra proporcionalidad**. Así lo establece el Código a propósito de la comunidad, art. 2307, inc. 2º: "*si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales...".* Así lo reitera, en la fianza, el artículo 2367, inc. 1º: "*si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales...*".

Una excepción en que se establece otra proporcionalidad, lo encontramos en el artículo 1354, que establece que "*Las deudas hereditarias* [aquellas que el causante tenía en vida] *se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas*"; lo que significa que la división no se hace necesariamente por partes iguales, sino en relación al interés en la herencia.. La misma idea está reiterada, desde un punto de vista activo, en el artículo 1526 Nº 4. De aquí fluye que es importante saber si la mancomunidad es originaria o derivada.

3. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES SIMPLEMENTE CONJUNTAS

Estos efectos son la consecuencia lógica de existir independencia entre los distintos vínculos.

a) Cada acreedor puede cobrar su cuota; cada deudor sólo se obliga a la suya (1511 inc. 1º, 1526 inc. 1º);

b) La **extinción** de la obligación respecto de un deudor no extingue la obligación respecto de los otros;

c) La **cuota del deudor insolvente** no grava a los demás (1526 inc. 1º, parte final). El artículo 1355, sienta el mismo principio respecto de las deudas hereditarias: "*La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros; excepto en los casos del artículo 1287, inciso segundo";*

d) La **interrupción de la prescripción** que opera en favor de un acreedor (uno de los acreedores demanda, por ej.), no favorece a los otros acreedores; y recíprocamente, la interrupción que afecta a una deudor, no perjudica a los otros (ej. se notifica la demanda a un sólo deudor, sólo respecto de él se interrumpe la prescripción). Esto lo dice el artículo 2519: "*La interrupción que obra en favor de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516".*

e) Si se declara la **nulidad de la obligación** respecto de uno de los obligados (o de uno de los acreedores), este efecto no alcanza a los otros, porque la nulidad es de efectos relativos. Así lo establece el artículo 1690: "*Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras.*"

f) La **mora de un deudor**, no coloca en mora a los otros. Ej. Se notifica la demanda a uno de los deudores.

g) Si uno de los deudores incumple su obligación y de ello se genera **responsabilidad contractual**, ésta sólo afecta al incumplidor, no a los otros. Este principio lo sienta el Código en el artículo 1526 Nº 3, en las obligaciones indivisibles: "*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*". La misma idea está reiterada en el artículo 1540, a propósito de la cláusula penal, que es una forma de avaluar anticipadamente los perjuicios: "*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*" (inciso 1º);

h) Cada deudor demandado puede oponer a la demanda, las **excepciones reales**, o sea aquellas que emanan de la naturaleza de la obligación, como el pago, nulidad absoluta, remisión, etc., y únicamente las **excepciones personales** suyas, ej. incapacidad, nulidad relativa, etc.

C.2 OBLIGACIONES SOLIDARIAS

1. REGLAS GENERALES.

1.1 Concepto

En conformidad al art. 1511, las obligaciones solidarias son aquellas en que debiéndose un objeto divisible y habiendo pluralidad de acreedores o de deudores, o pluralidad de ambos, cada acreedor puede exigir la totalidad de la obligación a cualquiera de los codeudores y cada deudor esta obligado a la totalidad de la deuda, de modo que cumplida así la obligación ella se extingue.

1.2 La solidaridad es excepcional y no se presume

Así aparece del artículo 1511 incisos 2º y 3º: "*Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o insólidum" "La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".*

Del hecho de que sea excepcional fluyen varias consecuencias:

1. Para que haya solidaridad tiene que haber una fuente de solidaridad: convención, testamento o ley. No cabe que se declare la solidaridad por sentencia judicial.

2. La solidaridad es de derecho estricto y de interpretación restringida (Gaceta de los Tribunales, 1928, 1º semestre, Nº 173, p. 753; R.D.J., t. 67, sec. 2ª, p. 44). Por ello, si en un contrato bilateral, hay solidaridad para una de las partes, no puede entenderse que también la haya para la contraparte.

3. La solidaridad no se presume. Así lo ha dicho la Corte Suprema: "La solidaridad no se presume y debe ser declarada expresamente en el testamento o la convención, si no se halla establecida en la ley. Por tanto, no puede deducirse de antecedentes procesales que no son convención, testamento ni ley" (T. 33, sec. 1ª, p. 193).

4. Quien alegue la solidaridad debe probarla.

Teniendo en cuenta lo recién dicho, y considerando que por regla general las obligaciones son simplemente conjuntas, buena parte de la doctrina estima que la solidaridad convencional, al alterar los efectos normales de las obligaciones con pluralidad de sujetos, constituye una **modalidad**.

1.3 Clases de solidaridad

La solidaridad admite distintas clasificaciones:

a) Activa, pasiva o mixta, según haya pluralidad de acreedores, de deudores o de ambos.

Sin duda que la solidaridad realmente importante es la pasiva pues constituye una garantía muy eficaz, superior a la fianza (pues no hay beneficio de excusión ni de división). La solidaridad activa, en cambio, tiene poca utilidad práctica. Pensamos que puede tenerla para facilitar el cobro de documentos bancarios, ej. un vale vista en favor de dos personas.

b) Según su fuente, puede ser legal, testamentaria y convencional.

Ejemplos de solidaridad legal: "*Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito..."* (art. 2317); el dueño de un vehículo es solidariamente responsable de los daños que causare el conductor, a menos que pruebe que le ha sido tomado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita (art. 174 de la ley Nº 18.290); en el Derecho Comercial son numerosos los casos en que se la establece: el art. 370 del Código de Comercio para los socios de la sociedad colectiva comercial, el art. 79 de la Ley N° 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés para todos los que firmen una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes o endosantes.

En cuanto al testamento es voluntad del causante la que establece la solidaridad entre sus sucesores, como si por ejemplo deja un legado a una persona y establece la obligación solidaria de todos sus herederos para su pago. El legatario podrá demandarlo a cualquiera de ellos.

c) Perfecta, que es la que produce todos los efectos propios de la solidaridad; imperfecta sólo algunos.

Esta última clasificación en Chile no tiene cabida. Fue creada en Francia por la doctrina (Mourlon y Aubry et Rau), para subsanar el inconveniente de que allá no hay responsabilidad solidaria por los ilícitos civiles, cuando son realizados por varias personas (falta una disposición como nuestro artículo 2317). Al efecto la doctrina entendió que en los delitos civiles existe una solidaridad, que sólo produce el efecto de que cualquiera de los deudores está obligado al pago del total; pero sin que se apliquen

los demás efectos propios de la solidaridad pasiva. Como dice G. Marty, la explicación de esta solidaridad creada por la doctrina al margen de la ley "se inspira en la teoría de la equivalencia de las condiciones; cuando varias culpas han sido, cada una, condición necesaria del daño sufrido por la víctima, cada una de las culpas se considera causa del daño junto con las demás; de ello resulta que se reúnen las condiciones de una responsabilidad íntegra, respecto de cada uno de los autores culpables; cada uno de ellos está obligado a la reparación insólidum".

1.4 Elementos de la solidaridad

Para que exista solidaridad es necesario:

1. Pluralidad de acreedores o de deudores (artículos 1511, 1512). Si no hay pluralidad de deudores, cada deudor debe pagar la totalidad, porque el pago debe ser completo (art. 1591);

2. La cosa debida debe ser divisible pues, en caso contrario, la obligación será indivisible.

3. La cosa debida debe ser la misma. Así lo dice el artículo 1512. Por esta razón se ha fallado que si una persona se obligó a entregar unos rollos de películas y otra, a pagar una indemnización si el primero no cumplía con esa obligación, no eran codeudores solidarios (T. 32, sec. 1ª, p. 288).

Si lo debido por los distintos deudores fueren cosas distintas, habrá pluralidad de obligaciones, tantas cuantos objetos hubiere.

4. Que se encuentre establecida en la ley, el testamento o la convención. Este requisito lo exige el artículo 1511 inc. 2º: "*Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores, el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o insólidum*". Luego la fuente puede ser la convención, el testamento o la ley.

La Corte Suprema ha dicho que "la sentencia judicial no es fuente de solidaridad. Si se cita a dos personas a reconocer una deuda que no es solidaria ni indivisible, debe entenderse que son deudores conjuntos y no solidarios" (T. 29, sec. 1ª, p. 480). En otro fallo se resolvió que "Las únicas fuentes de la solidaridad son la convención, el testamento o la ley, sin que pueda emanar de un fallo judicial, pues las sentencias judiciales no crean obligaciones" (T. 59, sec. 2ª, p. 43).

1.5 Unidad de prestación y pluralidad de vínculos

La prestación es una sola, pero existe pluralidad de vínculos, tantos cuantos sean las partes que intervienen. Si bien la cosa debida por los deudores es la misma, cada uno de

ellos puede deberla de diferente manera. Los vínculos, pueden ser distintos. Así lo establece el artículo 1512: "*La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de los otros*".

De este principio derivan importantes **consecuencias**:

a) Algunos de los vínculos pueden estar sujetos a **modalidades**. Ej. Pedro debe pura y simplemente; Juan bajo condición suspensiva; Diego a plazo. Respecto del primero la obligación es actualmente exigible, no respecto de los otros;

b) La **causa** de las obligaciones puede ser diversa. Ej. Pedro debe $1.000.000 a título de mutuo y Diego, por mera liberalidad (se obligó solidariamente a fin de ayudar a Pedro a obtener su crédito), etc.;

c) Los plazos de **prescripción** pueden ser diversos, según la naturaleza del vínculo (Gaceta 1937, 2º Sem., Nº 190, p. 733);

d) Puede ser válida la obligación respecto de uno y **nula** respecto de otro. Ej.: de los tres deudores, Pedro, Juan y Diego, este último era menor de edad, o fue víctima de fuerza o dolo;

e) Respecto de uno de los deudores puede existir **título ejecutivo** pero no respecto de los otros.

2. SOLIDARIDAD ACTIVA

2.1 Concepto.

Se caracteriza porque junto con existir varios acreedores de una obligación con objeto divisible, cualquiera de ellos puede exigir su pago total, de manera que, cumplida en esa forma, se extingue la obligación.

2.2 Elementos.

Los elementos de la solidaridad activa son:

1. Pluralidad de acreedores;

2. Cualquier acreedor puede demandar la totalidad de la obligación;

3. Extinguida la obligación por un acreedor, se extingue respecto de todos.

Dice el artículo 1513 inciso 1º: *"El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante".*

Lo anterior no ocurre sólo cuando la obligación se extingue por pago, sino **cualquiera sea el modo de extinguir**. Así lo aclara el artículo 1513 inciso 2º: "*La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor*".

2.3 Naturaleza jurídica de la solidaridad activa.

i. Planteamiento del problema.

¿Cómo explicar que si se le paga a un acreedor o por un deudor, se extinga la obligación respecto de los otros acreedores o deudores?

Hay dos teorías para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad: a) La teoría romana; y b) La teoría francesa o del mandato tácito y recíproco.

a. Teoría romana

De acuerdo a ella, cada acreedor es mirado como propietario exclusivo de la totalidad del crédito. Eso explica que cada uno pueda cobrar el total o extinguir íntegramente la obligación por cualquier modo.

b. Teoría francesa o del mandato tácito y recíproco

Frente a la teoría romana, los juristas franceses elaboraron una nueva, que se denomina del mandato tácito y recíproco. Según ella, cada acreedor es dueño sólo de su cuota en el crédito, y respecto de las otras actúa como mandatario de los demás acreedores. El mandato es tácito, porque no se expresa y recíproco por cada acreedor tiene un mandato -para el cobro- de cada uno de los demás. En la concepción francesa va envuelta la idea de representación, esto es, se actúa por cuenta de los coacreedores o codeudores.

No es indiferente que se siga una u otra, pues de adoptarse la primera, cada acreedor puede no sólo cobrar la deuda, sino también perdonarla; situación imposible de darse si se sigue la tesis del mandato tácito y recíproco, pues es obvio que no hay mandato para condonar una deuda. No se puede suponer un mandato tácito en ese caso.

ii. Teoría seguida en Chile

Claro Solar y Alessandri creen que nuestro Código adoptó la doctrina de Roma tanto para la solidaridad activa como para la pasiva, basándose fundamentalmente en dos argumentos: de texto legal e histórico.

a) El artículo 1513 inc 2º que permite a cada acreedor remitir, novar y compensar el crédito solidario. Ello prueba que es dueño del crédito total como lo supone la doctrina romana, pues dispone en su propio beneficio de él, lo que no se acepta en la de la representación, como lo demuestra la solución inversa que da al punto el art. 1198 del Código francés.

b) Dos notas de Bello. Una puesta al margen del artículo 6º del Título VIII del Libro de las Obligaciones y de los Contratos del Proyecto 1841 a 1845; y, la otra al margen del artículo 1690 del Proyecto Inédito (que corresponde al actual artículo 1513 inc. 2º). La primera nota dice: "En este punto hay diferencia entre el Derecho Romano y el adoptado por los franceses. Entre los romanos, cada acreedor solidario era mirado respecto del deudor como propietario único de la deuda. Entre los franceses, cada acreedor no es, ni aun respecto del deudor, propietario del crédito, sino relativamente a su parte, y en lo demás no se le mira sino como un mero mandatario de los co-acreedores". Y en la segunda nota señala: "El proyecto se separa aquí del Código francés y sigue al Derecho Romano".

Somarriva, dice que siendo cierto lo anterior, lo es únicamente en el caso de la solidaridad activa, no en la pasiva, respecto de la cual se ha seguido la teoría francesa. Razones: todas las soluciones del legislador se fundan en la teoría francesa y las notas dicen que se separa "en este punto", y más adelante "se separa aquí". Y el punto que se estaba tratando era el de la solidaridad activa exclusivamente.

La jurisprudencia, se ha pronunciado reiteradamente por la teoría del mandato tácito y recíproco en el caso de la solidaridad pasiva (T. 17, sec. 1ª, p. 19; T. 19, sec. 1ª, p. 171; T. 27, sec. 1ª, p. 513).

Según René Ramos tiene trascendencia el que en materia de solidaridad pasiva se siga la teoría del mandato tácito porque si se demanda a un deudor y el acreedor pierde el juicio no podría demandar a otro, pues habría identidad legal de personas (representante y representado). También tendría utilidad en el caso de la prórroga de la jurisdicción, pues ocurrida la prórroga respecto de un deudor, operaría respecto de todos, porque éste actuaría por sí y como mandatario de los otros aceptando la prórroga (T. 19, sec. 1ª, p. 171).

2.4 No hay solidaridad activa legal.

Aunque el Código dice que tanto la solidaridad pasiva como la activa pueden derivar de la convención, del testamento o de la ley, la verdad es que esta última nunca establece la activa.

2.5 La solidaridad activa tiene graves inconvenientes y pocas ventajas

Los **inconvenientes**: que el acreedor cobre y después caiga en insolvencia, con lo que sus coacreedores no tendrían forma de recuperar su parte; es posible que los demás coacreedores se encuentren con el problema de que quien percibió su pago no quiere pagarles su parte; en nuestro Código, además, puede disponer del crédito, novándolo, remitiéndolo y compensándolo en perjuicio de sus coacreedores.

Semejantes inconvenientes se evitan cuando hay muchos acreedores dándose poder a uno de ellos o a un tercero de confianza para que cobre en nombre de todos.

Las **ventajas** son muy pocas: facilitar el cobro de un crédito y facilitar al deudor el pago, pues puede pagar a cualquiera. Ej. En las cuentas corrientes bipersonales en que el banco debe pagar a requerimiento de cualquiera de los acreedores.

2.6 Efectos de la solidaridad activa

Tanto en la solidaridad activa como en la pasiva, deben distinguirse las relaciones externas y las internas.

Relaciones externas: son las existentes entre los coacreedores y el deudor. Las internas, son las que se producen entre los coacreedores entre sí.

i. Relaciones externas

1. Cada acreedor puede demandar el total de la obligación (art. 1511 inc. 2);

2. El deudor puede hacer el pago al acreedor que elija, a menos que ya estuviere demandado, pues en tal caso sólo puede pagar al demandante (1513 inc. 1º). Pagando de esta manera extingue la obligación respecto de todos los acreedores;

3. Los otros modos de extinguir obligaciones que operen entre un acreedor y el deudor, extinguen la obligación respecto de todos a menos que ya el deudor estuviere demandado por uno de ellos (art. 1513 inc. 2º). El artículo 2461 sienta el mismo principio tratándose del contrato de transacción y el 1668 inc. 2° respecto de la confusión.

4. La interrupción natural o civil de la prescripción que aprovecha a un acreedor solidario, beneficia a los otros. Así lo señala el artículo 2519 "*La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516*".

Con respecto a la suspensión de la prescripción por ser un beneficio que consiste en que no corra plazo de prescripción en contra de determinadas personas (artículos 2509 y 2520), regiría la regla general que no aproveche a los otros y la prescripción sigue corriendo en forma ordinaria, por no haber dicho nada la ley. Pero en el fondo, da lo mismo, porque si prescrita la acción de los demás acreedores aquél a cuyo favor se suspendió la prescripción cobra la deuda íntegramente (cosa que puede hacer sin duda alguna), es natural que restituya a los demás coacreedores la parte o cuota que a cada uno le corresponde en el crédito, por lo que, en definitiva, la suspensión de que gozaba uno aprovechará a los demás. Así Vodanovic, David Stitchkin, Luis Claro Solar.

5. La constitución en mora que hace un acreedor (demanda por ejemplo), constituye en mora al deudor respecto de todos los acreedores. No lo dice el Código pero es obvio que así es por el efecto propio de la solidaridad;

6. Las medidas precautorias en favor de un acreedor favorece a los otros. Igual que en el caso anterior, aunque la ley no lo dice en forma expresa.

ii. Relaciones internas

Extinguida la obligación, surgen las relaciones internas entre los coacreedores. El acreedor que cobró el total deberá reembolsar a los demás su respectiva cuota, a menos que haya algunos no interesados, caso en que nada les corresponde. Cada uno de los otros acreedores no podrá reclamar al que recibió el pago sino la porción que le corresponde, a prorrata de su cuota; pues la solidaridad sólo existe entre los acreedores solidarios y el deudor. Si obtuvo sólo una parte parcial del crédito deberá reembolsar a cada uno la parte correspondiente.

En el caso en que la obligación se haya declarado nula respecto a uno de los acreedores solidarios, cualquiera de los otros acreedores podría demandar el total deducida la cuota correspondiente a esa parte de la obligación. Pero si antes de declarada la nulidad, uno de los acreedores hubiere exigido el total y el deudor lo hubiere pagado, no podría después pedir restitución "fundándose en que la ha pagado indebidamente, porque el pago total que él ha hecho corresponde efectivamente a su deuda con respecto al acreedor a quien ha pagado, que se considera en sus relaciones con él como dueño de todo el crédito sin deducción alguna" (Claro Solar).

3. SOLIDARIDAD PASIVA

3.1 Concepto

Es aquella que recayendo sobre una cosa divisible, y en que hay varios deudores, el acreedor pueda demandar la totalidad de su crédito a cualquiera de los deudores, extinguiéndose la obligación respecto de todos.

3.2 Características

1. Es una **garantía** para el acreedor en cuanto puede dirigir su acción en contra del deudor que le parezca más solvente.

Como garantía es mejor que la fianza porque no hay beneficio de excusión ni de división, que sí operan en el caso del fiador.

La Corte Suprema ha dicho que "la solidaridad pasiva constituye una eficaz garantía personal porque ella permite al acreedor hacer efectivo el derecho de prenda general sobre tantos patrimonios cuantos sean los deudores solidarios y en condiciones más ventajosas para el acreedor, ya que aquellos no pueden oponer los beneficios de división y de excusión como en el caso del fiador" (Fallos del Mes Nº 419, sent. 5).

Es corriente ver en la práctica que una persona se obliga como **"fiador y codeudor solidario"**. ¿Qué quiere decir esto? Esta fórmula es importante para quien se está obligando en esos términos, pues con ello se está demostrando que se trata de un codeudor solidario sin interés en la obligación, lo que le va a beneficiar al momento de resolver las relaciones internas. Desde el punto de vista del acreedor no tiene significación porque simplemente lo va a perseguir como deudor solidario. Un fallo reciente de la Corte de Santiago ha establecido que "la fianza y codeuda solidaria constituye una caución personal surgida en el régimen contractual patrimonial y que resulta de la combinación de las cauciones denominadas "solidaridad pasiva" (artículos 1511 y siguientes del Código Civil) y "fianza" (artículos 2335 y siguientes del mismo Código), estimando la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia que las relaciones entre el fiador y codeudor solidario con el acreedor, deben regirse por las reglas de la solidaridad, considerándose por tanto al primero como deudor directo" (C. Santiago, 25 septiembre de 1995, Gaceta Jurídica Nº 182, sent. 3, p. 76).

2. Tiene mucha aplicación en **derecho mercantil**. Así el avalista, responde en los mismos términos que el aceptante de una letra de cambio (art. 47 ley 18.092); todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes, quedan solidariamente obligados a pagar al portador el valor de la letra más los reajustes e intereses, en su caso (art. 79 de la ley 18.092).

3. Presenta todos los caracteres que hemos visto para la solidaridad. Sus **fuentes** pueden ser la convención, el testamento o la ley, (ej. de ley: art. 2317).

4. En general, se acepta que respecto de esta solidaridad se sigue la **teoría francesa** o del mandato tácito y recíproco (Stitchkin y Somarriva).

3.3 Efectos de la solidaridad pasiva

Hay que distinguir entre: (i) Relaciones externas (obligación a las deudas); y (ii) Relaciones internas (contribución a las deudas).

i. Relaciones externas (Obligación a la deuda)

Mira a las relaciones del acreedor con los deudores.

a) El acreedor puede dirigirse **en contra de todos los deudores conjuntamente, o en contra de cualquiera de ellos por el total** de la deuda sin que éste le pueda oponer el beneficio de división (artículos 1511, 1514).

El hecho de demandar a un codeudor no significa que no se pueda demandar a otro en juicio aparte, pues el art. 1514 dice que el acreedor puede dirigirse en contra de todos los deudores solidarios "conjuntamente", no dice que tengan que serlo en un mismo expediente, o por una misma cuerda (Vodanovic) y, además, porque el 1515 señala que la demanda intentada en contra de uno no extingue la acción solidaria en contra de los otros. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia: "La ley autoriza al acreedor de una obligación solidaria no sólo para dirigirse contra todos los deudores solidarios en un mismo juicio o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sino también para demandar simultáneamente a cada uno de los deudores por cuerda separada" (T. 28, sec. 1ª, p. 762).

¿Significa lo anterior que el acreedor pueda demandar, en juicios separados y paralelos, a los diversos deudores por la totalidad de la deuda?

Somarriva afirma que "la circunstancia de que el acreedor demande a un deudor, estando el juicio pendiente, no es óbice para que pueda demandar a los otros. Según el artículo 1515 aleja toda duda al respecto al manifestar que la demanda dirigida contra uno de los codeudores no extingue la obligación solidaria sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado". Este principio, agrega Somarriva fue reconocido por la Corte Suprema en sentencia de 19 de agosto de 1931 (T. 28, sec. 1ª, p. 762). De igual opinión es Abeliuk quien agrega como argumento que el art. 1516 inc. 2° señala que se renuncia tácitamente la solidaridad si se demanda a un deudor su cuota, expresándolo así en su demanda y sin hacer reserva de la solidaridad.

Un fallo español de 9 de mayo de 1973, da una respuesta diferente: "además de que el acreedor pueda dirigir su acción contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, con arreglo a la normativa que rige civilmente la solidaridad de las obligaciones, en forma alguna puede entenderse como equivalente a poder reclamar en procesos distintos la totalidad del crédito individualmente a cada uno de los mismos, pues tan sólo de no resultar cobrada la deuda, en el primero de los supuestos, podría dirigir la acción posteriormente contra los demás, cual prevé el artículo 1144 del Código Civil..." (cit. por Jorge Caffarena Laporta: "La solidaridad de los deudores", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid. 1980, p. 9). Si bien la letra del artículo 1144 del Código Civil español, es diferente a nuestro artículo 1515, y da pie para la interpretación que ha hecho el tribunal español, esta sentencia dice Ramos nos invita reflexionar sobre el punto, pues no deja de resultar violento admitir la posibilidad de que un acreedor pueda demandar en forma paralela la totalidad de la obligación a cada uno de los codeudores.

b) Si el deudor demandado **paga el total de la obligación o la extingue por cualquier modo**, tal extinción opera respecto de todos los codeudores solidarios, sin perjuicio de sus relaciones internas. Así lo dice el art. 1519 en la novación; así aparece del art. 1668, en materia de confusión, desde que autoriza al codeudor solidario para repetir por la parte o cuota que a los otros codeudores le correspondan en la deuda. En el caso de la compensación, el codeudor demandado puede oponer en compensación sus propios créditos (no los de los otros) (art. 1520 inc. 1º a contrario sensu).

c) Si el acreedor demanda a un deudor y **no obtiene el pago total**, podrá dirigirse en contra de cualquiera de los otros, por el saldo. Así lo establece el artículo 1515: *"La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado".*

d) El **título ejecutivo** contra el deudor principal, lo es también en contra del fiador y codeudor solidario. Así lo estima Somarriva. Afirma que la jurisprudencia y los autores franceses en su mayoría (Planiol y Ripert; Josserand, Baudry Lacantinerie) se inclinan por la afirmativa. Se funda en la existencia del mandato tácito y recíproco, lo que implica identidad legal de personas.

e) La sentencia dictada en contra de un codeudor produce **cosa juzgada** respecto de los otros. Razones: i) hay identidad legal de personas, ya que, si se sigue la teoría del mandato tácito al demandarse a uno se demanda a todos; ii) la cosa juzgada es una excepción real, que mira a la naturaleza de la obligación y tal obligación compete a todos los codeudores. La única salvedad es que ello es sin perjuicio de las excepciones personales que puedan corresponderles a los que no actuaron en el juicio.

f) La **interrupción de la prescripción** que opera en contra de uno de los deudores solidarios perjudica a los otros. Dice al efecto el artículo 2519: *"La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de*

uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516".

Sin embargo, en virtud del principio de la pluralidad de vínculos, puede la prescripción empezar a correr en momentos distintos, y la prescripción se contará, respecto de cada deudor, desde que su obligación se haga exigible.

No hay en la solidaridad pasiva, problema de suspensión de la prescripción, porque éste es un beneficio en favor del acreedor que aquí es uno solo;

g) Producida la **mora** respecto de un deudor, quedan también constituidos en mora los otros. No lo dice expresamente el Código, pero la doctrina lo desprende de la naturaleza propia de la obligación solidaria. En ese sentido Somarriva, Vodanovic.

h) La **pérdida de la especie cierta debida** por culpa de uno de los codeudores genera responsabilidad para todos, respecto del pago del precio, pero no respecto de la indemnización de perjuicios que sólo debe pagar el culpable (art. 1521).

Si hay cláusula penal -ha dicho la doctrina- no se aplica la regla del art. 1521 de que respecto de los perjuicios no hay solidaridad. Desde Pothier se ha estimado que puede demandarse el total de la cláusula penal a cualquiera. Dicho de otro modo, agrega Somarriva, la solidaridad estipulada en el contrato alcanza y se hace extensiva a la pena. Esto a Ramos le parece bien, por el principio de lo accesorio. Pero si se piensa que la cláusula penal es una avaluación de perjuicios anticipada, y que el artículo 1521 dice que respecto de los perjuicios no hay solidaridad, la situación -agrega- no es tan clara.

i) La **prórroga de la competencia** respecto de un deudor, afecta a todos. Así lo ha dicho la jurisprudencia, fundada en la existencia de un mandato tácito y recíproco (T. 19, sec. 1ª, p. 171); y

j) Si el **acreedor cede su crédito** a un tercero, no es necesario que notifique la cesión a todos o que todos tengan que aceptarla (art. 1902). Basta que se notifique a cualquiera de los deudores. También es aplicación de la doctrina del mandato tácito y recíproco.

Excepciones que puede oponer el deudor demandado. En conformidad al artículo 1514, demandado un deudor no tiene beneficio de división. Así por lo demás se desprende del artículo 1511 inciso 2º.

La regla general es que el deudor solidario pueda oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y además las personales suyas. Así lo prescribe el artículo 1520 inciso 1º.

Las excepciones que miran a la naturaleza de la obligación se denominan **excepciones reales** (*rei coherentes*). Pueden citarse: la nulidad absoluta, dado que la puede oponer quien tenga interés en ello (falta de consentimiento, falta de objeto, falta de causa, objeto ilícito, causa ilícita, etc.); los modos de extinguir las obligaciones que afecten a éstas en sí mismas, como pago, novación, prescripción, dación en pago, pérdida fortuita de la cosa debida, etc.; la cosa juzgada, de acuerdo al art. 2354; las modalidades que afecten a todos los vínculos jurídicos, como si la deuda es a plazo no vencido para todos los deudores; etc.

Excepciones personales (*personae coherentes*) son aquellas que sólo las puede oponer el deudor o deudores respecto de los cuales se reúnen las causas o circunstancias en que se funda: Tales son: las causales de nulidad relativa, pues ellas sólo pueden ser invocadas por aquel en cuyo beneficio se han establecido (incapacidad relativa, vicios del consentimiento); las modalidades en cuanto afecten al vínculo del deudor que la opone como excepción; etc.

Además están las **excepciones mixtas** denominadas así por tener características tanto de las reales como de las personales. Así ocurre con la excepción de compensación, en razón de que en conformidad a los artículos 1520 y 1657 inc. final, el deudor sólo puede oponer en compensación su propio crédito, pero opuesta por el codeudor interesado, extingue la deuda respecto de todos. También es excepción mixta la remisión parcial de la deuda, pues si el acreedor remite la deuda a uno de los codeudores, los otros deudores pueden plantear como excepción que se rebaje de la deuda, la cuota remitida (artículo 1518).

¿Entablado un juicio en contra de uno de los codeudores solidarios, podría otro intervenir en este juicio? La afirmativa parece evidente para Ramos, pues si se acepta que la sentencia que se dicte en ese juicio va producir cosa juzgada respecto de todos, no puede merecer duda que cada uno de ellos tiene un legítimo interés en el resultado del juicio, cumpliéndose de ese modo con la exigencia del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, para intervenir como tercero coadyuvante.

ii. Relaciones internas (Contribución a la deuda)

Extinguida la obligación respecto del acreedor, debe resolverse lo que ocurre entre los codeudores.

Las relaciones internas (contribución a las deudas) sólo se van a generar si el deudor extinguió la obligación por pago o por un modo equivalente al pago, esto es, que implique un sacrificio económico (artículo 1522). Luego si deuda se extinguió por prescripción, por ejemplo, o por condonación de la deuda, no hay problema de relaciones internas.

Para el estudio de las relaciones internas, debe distinguirse:

1. Si todos los codeudores tienen interés en la obligación; o
2. Si sólo alguno de ellos tiene interés en la obligación.
   En este segundo caso, debe subdistinguirse:
   2.1 si paga quien tiene interés, o
   2.2 si paga quien no tiene interés.

Para estos efectos, se entiende que tiene interés en la obligación aquel codeudor solidario a quien concernía el negocio para el cual se constituyó la obligación.

1. Si todos los deudores tienen interés en la obligación, el deudor que paga se subroga en el crédito, con todos sus privilegios y seguridades, y puede dirigirse en contra de los demás codeudores, pero sólo por su cuota **(acción subrogatoria)**. No se subroga entonces en la solidaridad. Así lo dice el art. 1522 inc. 1º.

De manera que el deudor que paga podrá dirigirse en contra de cada uno por su cuota, (incluida la parte del deudor insolvente, en conformidad al artículo 1522 inciso final. Si A, B y C debían solidariamente $30.000 y A los ha pagado, puede cobrar $10.000 a B y otro tanto a C, pero si este último es insolvente, A y B deben cargar con su cuota, y, en consecuencia, el primero podrá cobrar a B, $15.000, $10.000 que es su propia cuota, y $5.000 que le corresponden por la parte del insolvente).

El deudor que paga tiene además de la acción subrogatoria, una **acción personal de reembolso**, que emana del mandato tácito y recíproco (si aceptamos esa teoría), que le permitirá dirigirse en contra de los demás codeudores para que le reembolsen lo que pagó en representación de ellos. Y se afirma que esta acción de reembolso le puede convenir más porque le permite cobrar intereses corrientes, en conformidad al artículo 2158 Nº 4: "el mandante es obligado: 4º a pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes".

2. Si sólo alguno de los deudores tiene interés en la obligación, los efectos serán distintos, según si pagó un interesado o un no interesado.

2.1 Si pagó un codeudor interesado, se subroga en la acción del acreedor a quien pagó y puede dirigirse en contra de cada uno de los demás codeudores interesados por su correspondiente cuota. No puede dirigirse en contra de los no interesados porque sólo tienen la calidad de fiadores (1522 inc. 2º), y el deudor subsidiario nada debe si la obligación la paga el deudor principal.

2.2 Si pagó un codeudor no interesado (la prueba de que no es interesado le corresponde a él) el artículo 1522, lo considera como fiador y, consecuencia de ello, es que se subroga en la acción del acreedor, incluso en la solidaridad, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2372, pudiendo demandar intereses y gastos (art. 2370). Dice el

art. 2372 "*si hubiere muchos deudores principales y solidarios, el que los ha afianzado a todos podrá demandar a cada uno de ellos el total de la deuda, en los términos del artículo 2370....".*

3.4 Extinción de la solidaridad pasiva

i. Por vía accesoria.

Significa que se extingue conjuntamente con la obligación solidaria.

ii. Por vía principal

Significa que se extingue sólo la solidaridad, continuando vigente la obligación.

Esto último ocurre, en los casos de muerte del deudor solidario y de renuncia de la solidaridad.

ii.1 Muerte del deudor solidario

Cuando muere el deudor solidario los herederos suceden en la obligación, pero no en la solidaridad (todos los herederos están obligados al pago total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria) (art. 1523). De manera que si le presto $30.000 a A, B y C, y muere A dejando a D y E le puedo cobrar a éstos (D y E) en conjunto los $30.000, pero si demando a uno solo le puedo cobrar únicamente $15.000 (ello sin perjuicio de que puedo cobrarle los $30.000 a B o C sobrevivientes, porque la solidaridad no se altera respecto a ellos). Esta es la más importante diferencia entre la solidaridad y la indivisibilidad; ésta se transmite a lo herederos, aquélla no.

Sin embargo, la muerte del causante no extingue la solidaridad, cuando se ha convenido lo contrario. Las instituciones de crédito suelen establecer en los contratos una cláusula según la cual en el caso de que un codeudor fallezca, sus herederos responderán solidariamente. Ello está permitido, según se desprende de dos disposiciones:

a) Del artículo 1526 Nº 4, inc. 2º; y

b) Del artículo 549 del Código Civil (a propósito de la responsabilidad de los integrantes de una Corporación, que pueden obligarse solidariamente con ella, pero la solidaridad no pasa a los herederos a menos que los miembros de la Corporación los hayan obligado expresamente).

Esta cláusula tiene mucha eficacia y es muy usada por los Bancos.

ii.2 Renuncia de la solidaridad

El acreedor puede renunciar a la solidaridad, pues está establecida en su sólo beneficio (artículo 12 del Código Civil).

La renuncia puede ser total o parcial, expresa o tácita.

El art. 1516, señala que "*el acreedor puede renunciar expresa y tácitamente a la solidaridad respecto de cada uno de los deudores solidarios o respecto de todos*" (inc. 1º).

Renuncia **total**: "*Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda*" (art. 1516 inc. final).

Es **parcial** cuando se refiere a uno o algunos de los codeudores solidarios.

Se renuncia en forma **expresa** cuando se hace en términos formales y explícitos. No requiere de mayor explicación, pues no presenta problemas.

Se renuncia **tácitamente** en favor de uno de ellos, i) cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, ii) expresándolo así en la demanda o en la carta de pago (recibo de pago), iii) sin reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva especial de sus derechos (art. 1516 inc. 2º).

Efectos de la renuncia:

1. Si la renuncia es parcial, el deudor liberado de la solidaridad sólo está obligado a pagar su cuota o parte en la deuda, continuando los demás obligados solidariamente al pago en la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad (art. 1516 inc. 3º).

Luego si el deudor liberado nada paga, los demás deudores cargan por entero con la deuda, sin perjuicio de sus relaciones internas.

2. Si la renuncia es total la obligación pasa a ser simplemente conjunta o mancomunada.

Importante: se puede renunciar a la solidaridad cualquiera que sea su fuente, porque la ley no hace distinción alguna. De manera que la solidaridad legal es renunciable.

Renuncia de la solidaridad en una pensión periódica. Esta materia la trata el 1517 señalando que esta renuncia, expresa o tácita, se limita a los pagos devengados. Para que se extienda a las pensiones futuras, tiene que expresarlo el acreedor (lo que es lógico porque las renuncias no se presumen, son de derecho estricto) (*"nemo iactare suas res*

praesumintur": "no se presume que nadie perjudique sus cosas, sus intereses"). Luego, no hay renuncia futura tácita.

C.3 OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

1. NOCIONES GENERALES.

1.1 Concepto

La obligación es indivisible, si el objeto de la prestación (cosa o hecho) debe cumplirse por el todo y no por partes, sea por la naturaleza misma del objeto sea por el modo que han tenido las partes para considerarlo (Vodanovic). De acuerdo a este concepto, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito es indivisible porque o se permite el paso o no se permite (no se puede permitir en cuotas). En cambio, la obligación de pagar una suma de dinero es divisible, porque el dinero lo es.

Abeliuk define la obligación indivisible como aquélla en que existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, la prestación no es susceptible de efectuarse por parcialidades, y en consecuencia, cada acreedor puede exigirla y cada deudor está obligado a cumplirla en su totalidad.

1.2 La indivisibilidad de una obligación se funda el objeto de la prestación y no en los sujetos de la obligación.

El artículo 1524 señala: "*La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota"* (inc. 1º).

Lo que ocurre, sin embargo, es que en las obligaciones en que hay sujetos únicos (un deudor y un acreedor), no tiene importancia la indivisibilidad porque el deudor tiene que pagar la totalidad al acreedor (el pago debe ser íntegro, según el art. 1591 inc. 1º). La indivisibilidad sólo cobra importancia en las obligaciones con pluralidad de partes, pues, en ellas, de aplicarse la regla general, cada acreedor tiene derecho a exigir su cuota; y cada deudor cumple pagando la suya. Pero esta regla se revierte cuando el objeto es indivisible.

Porque la indivisibilidad tiene importancia en las obligaciones con pluralidad de sujetos, algunos autores las definen como "aquella en que, por su objeto, no es susceptible de división entre sus diversos sujetos activos o pasivos" (Marty y Raynau, cit. por Vodanovic).

2. LA INDIVISIBILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1524 hace la distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles: *"La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota. Así la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles, la de pagar una suma de dinero, divisible".*

De lo anterior se sigue que en conformidad a nuestro Código Civil la indivisibilidad puede ser física o bien intelectual o de cuota

2.1 Divisibilidad física o material

Una cosa es físicamente divisible cuando, sin destruirse, puede fraccionarse en partes homogéneas entre sí y con respecto al todo primitivo, no sufriendo menoscabo considerable el valor del conjunto de aquella en relación con el valor de éste. Una animal vivo, es una cosa indivisible, pues al dividirlo se le mata. Un brillante es también indivisible, en cuanto el valor de cada parte es muy inferior al valor del todo.

2.2 Divisibilidad intelectual o de cuota

Una cosa es intelectualmente divisible cuando puede fraccionarse en partes ideales, abstractas, imaginarias, aunque no lo pueda ser materialmente. Todas las cosas y derechos admiten este tipo de división, salvo que la ley lo impida, como ocurre con los derechos de servidumbre o con la propiedad fiduciaria (art. 1317 inc. 3°).

De acuerdo al artículo 1524, es indivisible la obligación cuyo objeto no puede dividirse ni física ni intelectualmente. Si admite división de cuota, ya no es indivisible sino que divisible.

3. FUENTES DE LA INDIVISIBILIDAD

Siguiendo al autor francés Dumoilin, quien inició el desarrollo de la teoría moderno de la indivisibilidad con su libro "Desentrañamiento del laberinto de lo divisible e indivisible", la indivisibilidad puede provenir de que la cosa debida, por su propia naturaleza, no pueda dividirse (indivisibilidad absoluta, necesaria o natural), o por los fines de las partes (indivisibilidad relativa o de obligación) o de que las partes acordaron que no se podía cumplir por partes (indivisibilidad convencional o de pago).

3.1 Indivisibilidad Absoluta, Necesaria o Natural

Existe cuando el objeto de la obligación, la prestación, por su propia naturaleza, no se pueda cumplir por partes. La indivisibilidad proviene de la naturaleza de la prestación, de modo que las partes no podrían modificarla o renunciarla.

El ejemplo clásico (y casi único) de esta clase de indivisibilidad es el entregado por el art. 1524: la obligación de constituir una la servidumbre de tránsito. Se permite o no se permite el paso, pero es inimaginable, decir que se concede el derecho a transitar en un cuarto o un tercio del total. Desde otro punto de vista si la servidumbre afecta a un predio, y éste es dividido entre tres propietarios distintos, el gravamen seguirá afectando en la parte que le corresponda a cada uno de ellos.

3.2 Indivisibilidad Relativa o de Obligación.

Se habla de indivisibilidad relativa cuando ésta proviene del fin que las partes se propusieron al momento de contratar la obligación. En ella, el objeto de la obligación puede ser dividido, y la prestación cumplirse por parcialidades, pero para los fines previstos por las partes resulta indispensable que se cumpla en forma total y no parcial.

Un ejemplo también lo da el art. 1524: cuando varias personas se obligaron a construir una casa. Si bien cada uno de ellos podría cumplir una parte (uno los cimientos, otro las murallas y un tercero el techo), de hacerse así, se desvirtuaría el fin que ha perseguido el acreedor al contratar, que consiste en que se le entregue totalmente la construcción estipulada.

La diferencia de esta indivisibilidad con la anterior consiste en que como la última no la fuerza la naturaleza, las partes pueden alterarla por la convención.

3.2 Indivisibilidad convencional o de pago

En este caso, la indivisibilidad no proviene de la naturaleza ni del objeto de la prestación, sino del acuerdo expreso de los contratantes en orden a que no se pueda cumplir por partes. Dicho de otra manera, el objeto de la prestación es divisible, física o intelectualmente, pero se conviene en que la obligación no pueda ser cumplida por partes, debiendo ejecutarse igual que si la obligación recayere sobre una cosa indivisible. Estos son los casos enumerados en el art. 1526.

Tiene gran interés práctico, pues ofrece ventajas sobre la solidaridad. Ello porque en la solidaridad, si fallece uno de los deudores, la deuda se divide entre sus herederos, quedando cada uno de éstos obligado al total de la deuda, pero sólo en proporción a su interés en la herencia (el que hereda un cuarto, responde hasta de la cuarta parte de la deuda total). En cambio, si se conviene que la deuda no pueda cumplirse por partes ni aun por los herederos del deudor, estamos transformando la deuda en indivisible, y se aplica el artículo 1526 Nº 4, inciso 2º.

4. LA DIVISIBILIDAD EN LAS OBLIGACIONES DE DAR, ENTREGAR, HACER Y NO HACER

La obligación **de dar**, es decir aquellas que tienen por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real (o realizar la tradición, según Vial), son por lo general divisibles. Así los comuneros de una cosa pueden, por ejemplo, vender su cuota o hipotecar su cuota (artículo 2417). Por excepción, algunos derechos son indivisibles por expresa disposición legal (ej. servidumbres, arts. 826 y 827).

La obligación **de entregar** será divisible, si la cosa que se debe entregar admite división física (ej. entregar 40 sacos de trigo); y será indivisible si se debe entregar una especie o cuerpo cierto (ej: aun automóvil).

La obligación **de hacer** es divisible o indivisible, según pueda o no cumplirse por partes el hecho debido. La obligación de construir una casa, es –naturalmente- indivisible. En cambio será divisible, la obligación de podar 100 matas de rosas o de arar 10 hectáreas.

La Corte Suprema ha estimado como indivisible la obligación de varios abogados a los que se encomendó una defensa, sin especificarse la parte que cada uno debía hacer, fijándose una remuneración total. Un Ministro, don Gregorio Schepeler, tuvo un voto disidente, sosteniendo que en éstas -las relaciones de un cliente con sus abogados- regían las reglas del mandato, y por ello, los mandatarios al no tener prohibición, podían dividirse entre sí el encargo (T. 50, sec. 1ª, p. 231).

La obligación de **no hacer**, puede ser divisible o indivisible según lo sea la cosa que no debe hacerse. No es divisible, por ejemplo, la obligación contraída por tres personas que venden un negocio obligándose a no abrir otro similar en la vecindad; es divisible, en cambio, la obligación contraída por varios arrendatarios de no cortar los árboles existentes en el predio arrendado. Esta última obligación es divisible por cuanto cualquiera de ellos puede contravenir parcialmente la obligación o cumplirla por su parte absteniéndose de ejecutar el hecho convenido.

En doctrina, hay quienes piensan que la teoría de la indivisibilidad no tiene cabida en estas obligaciones o la tiene en forma muy limitada, pues en caso de contravención, el acreedor sólo puede demandar indemnización de perjuicios, que por regla general es divisible (Jorge Giorgi). Sin embargo, la generalidad de los autores afirman que las obligaciones de no hacer pueden ser divisibles o no, según la naturaleza de la abstención. Así Pothier y en la doctrina nacional Stitchkin.

El Código Civil español se pronuncia expresamente por la afirmativa al establecer que: "en las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular" (art. 1151, inciso final)

5. EFECTOS DE LA INDIVISIBILIDAD

El problema de la indivisibilidad cobra interés cuando los sujetos son varios. Fundado en ello, un autor señala que "la indivisibilidad es la modalidad de una obligación que existe a cargo de varios deudores o en provecho de varios acreedores, que hace que cada uno de ellos pueda ser constreñido a pagar el todo, o pueda exigir el pago del todo, porque el objeto debido no es susceptible de prestación fraccionada, sea por su naturaleza, sea por la voluntad de las partes" (Vodanovic).

Los efectos de la indivisibilidad hay que estudiarlos en relación con la indivisibilidad activa y pasiva.

5.1 Efectos de la indivisibilidad activa

1. Cada acreedor puede exigir el total

Dice el artículo 1527: "*Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total*". Y puede exigirlo, no porque sea dueño de todo el crédito (como pasa en la solidaridad activa) sino por la naturaleza de la prestación que se le debe.

Por la misma razón, la indivisibilidad se trasmite, a cada uno de los herederos del acreedor. Así lo dice el artículo 1528 en su parte final: "*y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total*".

2. El pago efectuado por el deudor a cualquier acreedor extingue la obligación respecto de todos.

3. Ninguno de los coacreedores puede, sin el consentimiento de los demás, "*remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida*", y si lo hiciere "*sus coacreedores podrán todavía demandar la cosa misma abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que haya remitido la deuda o recibido el precio de la cosa"* (art. 1532).

4. La interrupción de la prescripción operada por uno de los acreedores aprovecha a los demás. No está dicho en forma general en el Código sino en el caso de las servidumbres, art. 886, pero el principio contenido allí puede extrapolarse. El art. 886 señala que "*Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno".*

Respecto de la suspensión de la prescripción, es un beneficio personal que sólo debe aprovechar al acreedor en cuyo favor lo establece la ley. Sin embargo, Abeliuk, señala

que en un caso de indivisibilidad absoluta -artículo 886 parte final- el legislador aplica el principio contrario, por lo que resulta dudosa la respuesta;

5. El acreedor que recibe el pago de la obligación indivisible, debe dar a los otros la parte que le corresponde. Y si nada se dice sobre cuál es la parte de cada uno, se presume que todos tienen la misma cuota.

5.2 Efectos de la indivisibilidad pasiva

Al igual que tratándose de la solidaridad se distingue entre: a) relaciones externas (obligación a la deuda, relaciones entre el acreedor y los codeudores); y b) relaciones internas (contribución a la deuda, relaciones de los deudores entre sí).

i. Relaciones externas

1. Cada uno de los deudores es obligado a cumplirla en el todo, aunque no se haya convenido solidaridad (artículo 1527).

2. La prescripción interrumpida respecto de uno los deudores, lo es igualmente respecto de los otros (artículo 1529).

3. El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos. Así lo dice el artículo 1531: *"El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos"*

4. Demandado uno de los deudores puede pedir un plazo para entenderse con los demás codeudores, a fin de cumplir entre todos. Es una excepción dilatoria, que no cabe si la obligación es de tal naturaleza que él sólo pueda cumplirla pues, en tal caso, puede ser condenado, desde luego, al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores, para la indemnización que le deban (artículo 1530).

5. La obligación de indemnizar los perjuicios por no haberse cumplido o haberse retardado la obligación indivisible es divisible (art. 1533 inc. 2°), pero si la obligación indivisible se hace imposible de cumplir por el hecho o culpa de un deudor, éste sólo será responsable de todos los perjuicios (art. 1533 inc. 1°).

ii. Relaciones internas

Cuando un deudor paga, como la prestación es una sola, la obligación se extingue respecto de todos (artículo 1531). Pero, el problema no termina aquí pues producido el pago, entran a operar las relaciones internas. El que pagó tiene derecho a que los demás le paguen la indemnización correspondiente. Dice el artículo 1530: "*Demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos; a menos que la obligación sea de tal naturaleza que él solo pueda cumplirla,*

pues en tal caso podrá ser condenado, desde luego, al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores para la indemnización que le deban". Nótese, que sólo puede reclamar la indemnización, pues como pagó una cosa indivisible no puede pretender que le devuelvan una parte de esa cosa.

6. EXCEPCIONES A LA DIVISIBILIDAD.

6.1 Concepto.

Los seis casos de indivisibilidad del art. 1526 están contemplados como una excepción a la regla general de que las obligaciones con pluralidad de sujeto son en principio simplemente conjuntas y no solidarias ni indivisibles.

También se les denomina obligaciones indivisibles en cuanto al pago, que son aquellas cuyo objeto es perfectamente divisible, física o intelectualmente, pero que no deben ejecutarse por parcialidades en virtud de la voluntad de las partes o de la ley que presume esa voluntad. Negando la posibilidad de cumplimiento parcial se estima resguardado el interés del acreedor (Vodanovic).

Se habla de indivisibilidad de pago, porque la cosa debida admite división, pero las partes o la ley interpretando la voluntad de ellas, han alterado esa situación estableciendo que la obligación debe ser cumplida por cada deudor por el total. La indivisibilidad de pago sólo aparece en el momento del cumplimiento y de allí su nombre.

En definitiva se trata de excepciones a la divisibilidad de las obligaciones, y así aparece expresado en el artículo 1526, que en su primera parte señala la regla general (divisibilidad) y después establece 6 numerandos con excepciones.

Como dice Abeliuk se llama indivisibilidad de pago o convencional a los casos del art. 1526, pero en realidad no todos ellos son convencionales. Muchos derivan del modo como las partes han considerado la obligación y que el legislador interpreta, pero otros son de indivisibilidad legal lisa y llana.

6.2 Casos del artículo 1526

Todos estos casos corresponden a **indivisibilidades de pago pasivas**. Véanse, los distintos numerandos del art. 1526, que habla de deudores, codeudores, etc. Y el 1526 Nº 4º, inc. 3º; y el 1526 Nº 5, inc. 2º, confirman este aserto.

Los casos del art. 1526, son taxativos, no ejemplares, por ser excepcionales.

i. La acción hipotecaria o prendaria (art. 1526 Nº 1)

Es importante tener en cuenta que cuando existe una obligación caucionada con prenda o hipoteca, el acreedor tiene dos acciones: a) una personal para hacer efectivo su crédito en el patrimonio del deudor, y b) una acción real, la hipotecaria o prendaria, destinada a hacer efectivo el crédito en la cosa dada en prenda o hipoteca, quienquiera sea su dueño. La indivisibilidad está referida exclusivamente a la acción prendaria o hipotecaria, no a la personal que es divisible, salvo que las partes hayan acordado también su indivisibilidad. Y así, por ejemplo, si A da un mutuo a B de $ 10.000, con garantía de una propiedad raíz de éste, y B posteriormente enajena la propiedad a C, A podrá a su arbitrio ejercer la acción personal del mutuo contra B, o bien la hipotecaria contra C.

Esto es consecuencia del hecho de que la prenda e hipoteca sean indivisibles desde distintos puntos de vista:

a) <u>En cuanto al objeto</u>, pues la hipoteca o prenda grava toda la cosa, por lo que si ésta se divide, la hipoteca o prenda queda gravando cada una de las partes. Así lo dice el art. 2408 "*la hipoteca es indivisible*". "*En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella*". Por ejemplo, se constituye hipoteca sobre un inmueble para garantizar un mutuo por $ 100.000, y posteriormente se divide el predio en tres lotes. El acreedor hipotecario podrá perseguir los tres lotes conjuntamente o cada uno de ellos por los $ 100.000;

b) <u>En cuanto al crédito garantizado</u>, pues mientras no se satisfaga íntegramente el crédito, no puede pedirse el alzamiento de parte de la hipoteca o devolución de parte de la prenda. Así lo dice el artículo 1526 Nº 1, inc. 2º y art. 2408 inc. 2° parte final "y de cada parte de ella"; y

c) <u>En cuanto al legitimado pasivo</u>. "*La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada"* (artículo 1526 Nº 1, inc. 1º).

Como las acciones hipotecaria y prendaria son reales se ejercen sobre la cosa objeto de la prenda o hipoteca. Se demanda a quien está poseyendo la cosa, por el total de la deuda y no por la parte o cuota que en la obligación corresponda al deudor. Si se interpone la acción personal de cobro, ésta es divisible por lo que a cada deudor se le debe demandar únicamente por su cuota.

Si la cosa dada en prenda o hipoteca se encuentra en poder de varios de los deudores, la acción real debe dirigirse en contra de todos ellos (T. 14, sec. 1ª, p. 302).

ii. Deuda de una especie o cuerpo cierto (art. 1526 Nº 2)

Dice el artículo 1526 Nº 2: "*Exceptuánse los casos siguientes: 2º: Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo*". Cuando esta norma habla de la "entrega", se refiere a la entrega material de la cosa, no a la jurídica que importa transferencia de dominio o constitución de un derecho real y que es divisible.

Como es un caso de indivisibilidad de pago pasiva, no estamos en esta situación si, por ejemplo, llegan dos pasajeros a un hotel y dejan un cofre en custodia y pretende después reclamarlo uno sólo (indivisibilidad activa). El hotelero debe exigir la presencia de ambos (Vodanovic).

iii. Indemnización de perjuicios por incumplimiento de un codeudor (art. 1526 Nº 3)

Dice el 1526 Nº 3: "*Exceptuánse los casos siguientes: 3º 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*". Esta norma está repetida en el art. 1533 inc. 2º.

La doctrina indica que es un error el que se emplee la expresión "exclusiva y solidariamente responsable", pues no pueden concurrir ambas situaciones a la vez.
Para algunos, la voz "solidariamente", no está tomada en sentido técnico sino para significar que responde el sólo por la totalidad de los perjuicios.

Para otros, como Vial, cada expresión tiene su propio campo de aplicación: la indemnización debe ser pagada "exclusivamente" por aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa el cumplimiento de la obligación se hizo imposible. En cambio, si dicho incumplimiento fuera imputable a dos o más deudores, estos quedan "solidariamente" obligados al pago de la indemnización de perjuicios, y no a la cuota que les correspondería en la misma.

iv. Pago total de una deuda impuesta a un heredero; e indivisibilidad pactada con el causante (art. 1526 Nº 4)

En esta norma (artículo 1526 Nº 4) se tratan dos situaciones diferentes:

a) <u>Pago total de una deuda impuesta a un heredero</u>.

Dice el artículo 1526 Nº 4, inc. 1°: "*Exceptuánse los casos siguientes: 4º: Cuando por testamento o por convención entre los herederos, o por partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse o contra este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata".*

Las deudas del causante se reparten entre los herederos a prorrata de su interés en la herencia (artículo 1354). Lo dispuesto por el causante o lo acordado por los herederos en el sentido de hacer una división diferente, no obliga a los acreedores, por lo que éstos pueden, a su elección, dirigirse por el total en contra de la persona que señaló el causante (o acordaron los herederos, o se estableció en el acto particional), o bien, hacerlo en contra de cada heredero por la cuota que le corresponde en conformidad al artículo 1354.

La norma es perfectamente lógica, porque el acreedor (del causante) no ha intervenido, en modo alguno, en el cambio del deudor, por lo que lo actuado por el testador, por los herederos o en la partición, le son a él actos inoponibles. Por la misma razón, si el cambio le favorece puede aceptarlo.

b) Indivisibilidad estipulada con el causante.

El art. 1526 Nº 4, inc. 2º prescribe que "*Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de ésos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento"* (la palabra "saneamiento" es empleada como sinónimo de reembolso).

El inciso 3º, deja en claro que no cabe la indivisibilidad de pago activa: "*Pero los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas".*

Esta última norma es curiosa, porque fallecido el causante los créditos que éste tenía contra terceros, pasan a integrar el haber hereditario por lo que debe entenderse que ninguno de los herederos pasa a ser dueño del crédito ni de una cuota del mismo, hasta mientras no se haga la partición. Ello, en virtud del efecto declarativo de la partición, artículo 1344. Y, sin embargo, esta disposición, interpretada a contrario sensu, nos está diciendo que cada heredero podría cobrar su cuota en el crédito, esto es, como si hubieren adquirido el dominio de esa cuota en el crédito al momento de la delación de la herencia. Ello crea un problema, pues existe una evidente contradicción entre los artículos 1526 Nº 4º inc. 3º, por una parte y 1344 por la otra, el cual se estudiará en detalle en el curso sobre Derecho Sucesorio.

Alessandri y alguna jurisprudencia, sostienen que no es posible que un heredero pueda demandar su cuota en el crédito antes de la partición. Se funda en el efecto declarativo de la partición (artículo 1344). Así también algunos fallos (T. 15, sec. 1ª, p. 277; T. 5, sec. 1ª, p. 282).

En cambio, Luis Claro Solar, Gonzalo Barriga y Manuel Somarriva, sostienen que los herederos pueden demandar desde la delación de la herencia, su cuota en el crédito, sin esperar la partición, pues la división de los créditos se producen de pleno derecho, sin

esperar partición (T. 30, sec. 1ª, p. 425). Estos autores concilian los artículos 1526 Nº 4, con el art. 1344, diciendo que tienen esferas de aplicación distintas: el 1526, rige las relaciones herederos-deudor; y el art. 1344, las relaciones entre los coherederos. En resumen, el heredero puede cobrar su cuota del crédito, pero si posteriormente, al hacerse la partición, no se le adjudica el crédito, deberá rembolsar lo percibido al respectivo adjudicatario (Claro Solar).

v. Pago de una cosa indeterminada (art. 1526 Nº 5)

El artículo 1526 Nº 5 establece: "*Exceptuánse los casos siguientes: 5º Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de la cosa entera, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros*". El inciso 2º, reitera el principio de que no hay solidaridad de pago activa: "*Pero los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de la cosa entera sino intentando conjuntamente su acción".*

El precepto pone un ejemplo relativo a la deuda de un terreno; debe tratarse de uno indeterminado y no de una especie o cuerpo cierto, ya que en tal caso estaríamos en el N° 3; el N° 5 lo deja bien claro al decir: "un terreno o cualquiera otra cosa indeterminada", como si dos personas venden a otra dos hectáreas de terrenos ubicados en un sector determinado para que esta última instale una fábrica. No podría uno de los vendedores entregar una hectárea y el segundo otra separada, porque para el fin que se propone el comprador ello le ocasionaría un grave perjuicio.

La Corte Suprema ha aclarado que este Nº 5 y el Nº 2 del art. 1526, se refieren a cosas corporales, no a cosas incorporales (T. 49, sec. 1ª, p. 165).

vi. Obligaciones alternativas (art. 1526 Nº 6)

El artículo 1526 Nº 6, establece que "*Exceptuánse los casos siguientes: 6º Cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla de consuno; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos".*

En relación con el artículo 1526 Nº 6, se presenta un problema muy interesante en el caso del art. 1489, que da al contratante que cumple un contrato bilateral, acción para pedir el cumplimiento o la resolución de un contrato, con indemnización de perjuicios. Algunos dicen que en ese caso habría una obligación alternativa, y aplicando este artículo 1526 Nº 6, concluyen que si los acreedores son varios tienen que ponerse de acuerdo si piden el cumplimiento o la resolución (T. 57, sec. 1ª, p. 253).

7. PARALELO ENTRE SOLIDARIDAD E INDIVISIBILIDAD

7.1 Semejanzas

1. Ambos casos constituyen excepción al principio de la división de las deudas cuando hay pluralidad de sujetos;

2. En ambas cada acreedor puede exigir el total y cada deudor está obligado a cumplir íntegramente la obligación;

3. En ambos casos, el pago hecho por un deudor extingue la obligación respecto de todos.

7.2 Diferencias

1. La solidaridad se refiere a una cosa divisible; en la indivisibilidad, cuando menos en la absoluta y relativa y en algunos casos de las de pago, es la naturaleza de la prestación misma la indivisible.

2. La solidaridad puede renunciarse, la indivisibilidad no.

3. En las obligaciones indivisibles el deudor puede pedir plazo para entenderse con sus codeudores lo que no existe en la solidaridad (1526 Nº 4 inc. 2º).

4. La solidaridad no se trasmite a los herederos (artículo 1523); la indivisibilidad es transmisible (artículo 1528).

Finalmente debe indicarse que el art. 1525 dispone que *"El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible"*.

D. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU FORMA DE EXISTIR: OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

1. CONCEPTO

Del artículo 1442 que clasifica los contratos en principales y accesorios, podemos inferir que obligaciones principales son aquellas que pueden subsistir por sí solas, sin necesidad de otras; y que son obligaciones accesorias las que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Por ej. la obligación del mutuario de restituir o la del comprador de pagar el precio, son obligaciones principales. En cambio,

son obligaciones accesorias, las obligaciones que deriven de una caución (prenda, fianza, hipoteca, cláusula penal, etc.).

2. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN

Tiene importancia esta distinción por cuanto lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Y ello es importante, porque si se extingue la obligación principal, se extingue la obligación accesoria por vía de consecuencia. Aplicación de este principio es el artículo 1536, según el cual "la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal...".

También importa la distinción, para los efectos de la prescripción, pues la obligación accesoria prescribe junto con la obligación principal. Así lo dice el artículo 2516: "*La acción hipotecaria, y las demás que procedan de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden*".

E. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SUS EFECTOS: OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES Y SUJETAS A MODALIDAD

1. GENERALIDADES.

La **regla general** es que las obligaciones sean puras y simples; que produzcan sus efectos normalmente desde su nacimiento hasta su extinción. Sin embargo, en virtud del testamento, de la voluntad de las partes o de la ley, se puede agregar a la obligación una modalidad con el objeto de alterar sus efectos normales, sea en cuanto a su nacimiento, a su ejercicio o a su extinción.

Que una obligación produzca sus **efectos normales** significa que:

a) El derecho y la correlativa obligación nace coetáneamente con el acto mismo que los crea;

b) Que generada la obligación, el acreedor puede ejercer sus derechos de inmediato;

c) Que la obligación va a subsistir en el tiempo hasta su extinción normal, sin que deban volver las partes al estado anterior al acto de su creación; y

d) Que el deudor debe cumplir su obligación, sin que se imponga cargas al acreedor, para que pueda tener por suyo el contenido de la prestación.

Estos efectos normales se alteran, cuando se incorpora una modalidad. Así, si existe una condición suspensiva, no se produce el primero de los efectos señalados, pues el derecho y la obligación se van a generar cuando se verifique el hecho que constituye la condición; si existe un plazo suspensivo, el derecho y la obligación nacen, pero el acreedor no puede ejercer su crédito de inmediato y, recíprocamente, el deudor no puede ser compelido a cumplir hasta que no se cumpla el plazo; si existe una condición resolutoria, nace el derecho (y la obligación correlativa) pero está sujeto a extinguirse si se verifica el hecho que constituye la condición; y finalmente si existe un modo, el acreedor hará suya de inmediato la prestación, pero debe cumplir con un determinado gravamen.

2. CONCEPTO DE MODALIDAD.

Ramos define las modalidades como elementos establecidos por la ley, el testamento o la voluntad de la partes con el objeto de alterar los efectos normales de un negocio jurídico. Por su parte Abeliuk dice que son cláusulas que las partes introducen al acto o contrato para modificar los efectos normales de la obligación en cuanto a su existencia, exigibilidad o extinción.

La **condición, el plazo y el modo** son las principales modalidades, pero no las únicas. En efecto, cualquiera alteración, constituye una modalidad, de manera que también tienen este carácter la **solidaridad**, pues el efecto normal, es que habiendo varios deudores y acreedores, cada acreedor sólo pueda exigir su cuota en el crédito y cada deudor quede obligado a su parte en la prestación, lo que se altera con la solidaridad. También constituyen modalidades las **obligaciones alternativas o facultativas**, en cuanto se separan de la normalidad, y la **representación**, en cuanto los efectos del acto jurídico no se radican en quien lo celebró, sino que en el patrimonio del representado.

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS MODALIDADES

a) Son **elementos accidentales** de los actos jurídicos, es decir, que ni esencial ni naturalmente pertenecen al contrato y que se le agregan mediante cláusulas especiales (art. 1444).

En forma excepcional, las modalidades pueden no ser elementos accidentales, sino **de la naturaleza** del acto o incluso esenciales. Así, la condición resolutoria tácita, es un elemento de la naturaleza; y en el contrato de promesa, la condición o el plazo pasa a ser un elemento **de la esencia** del mismo (art. 1554 Nº 3).

b) Son **excepcionales**, pues la regla general es que los actos sean puros y simples. Consecuencia de ello es que quien las alegue deberá probarlas; son de interpretación restringida; y no se presumen. Excepcionalmente en el caso de la condición resolutoria tácita, el legislador la presume (art. 1489 "*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de....*").

c) Requieren de una **fuente** que las cree, que puede ser el testamento, la convención o la ley. La sentencia judicial normalmente no es fuente de modalidades, salvo que la ley lo autorice expresamente, como ocurre en el art. 904, que faculta al juez para fijar un plazo al poseedor vencido para que restituya la cosa reivindicada.

d) Por regla general, **cualquier acto jurídico** puede ser objeto de modalidades. Por excepción, hay casos, en que la ley no lo permite respecto de ciertos negocios. Ejs: no se puede constituir un usufructo bajo una condición o un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio (art. 768); la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno (art. 1192); el pacto del artículo 1723, no es susceptible de modalidades; no se puede aceptar o repudiar la herencia condicionalmente hasta o desde cierto día, esto es, debe ser un acto puro y simple (art. 1227); etc.

Lo contrario ocurre en derecho de familia, pues en él no se aceptan las modalidades, consecuencia ello de que no opera el principio de la autonomía de la voluntad, siendo sus normas de orden público. Así, las personas no pueden casarse a plazo o condición; no se puede reconocer a un hijo a plazo o condición, etc.

E.1 OBLIGACIONES CONDICIONALES

1. DEFINICIÓN

"Es obligación condicional la que dependen de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no" (artículo 1473).

De esta disposición y además de lo dicho en el artículo 1070 inc. 2º, que define la asignación condicional como "*aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo*", se ha valido la doctrina para definir la condición como "un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho y su correlativa obligación".

2. REGULACIÓN.

Las condiciones están tratadas en el Código, en tres partes: **(a)** a propósito de las asignaciones testamentarias condicionales, párrafo 2º del Titulo IV del Libro Tercero del Código Civil, artículos 1070 y siguientes; **(b)** en las obligaciones condicionales, en el Título IV del Libro IV del Código Civil, artículos 1473 y siguientes; y **(c)** finalmente, a propósito del fideicomiso, en el Título VIII del Libro II, artículos 733 y siguientes.

Es importante destacar que el Código, al tratar de las asignaciones condicionales, se remite a las obligaciones condicionales, en el artículo 1070 inc. 3º: "*Las asignaciones*

testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título "De las obligaciones condicionales", con las excepciones y modificaciones que van a expresarse", y, por su parte, el artículo 1493, en las obligaciones condicionales, se remite a las asignaciones testamentarias condicionales: "*Las disposiciones del Titulo IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes*".

Lo anterior nos demuestra que existe un concepto unitario de la condición.

3. ELEMENTOS DE LA CONDICIÓN

Dos son los elementos de la condición: 1. que sea un hecho futuro, y 2. que sea un hecho incierto.

3.1 Hecho futuro

Esto quiere decir que el hecho que la constituye debe ocurrir con posterioridad a la celebración del acto. Así fluye de lo dicho en el artículo 1071 inc. 2º (norma que cabe aplicar a las obligaciones condicionales por mandato del artículo 1493): "*La condición que consiste en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido, se mira como no escrita, si no existe o no ha existido, no vale la disposición". "Lo pasado, presente o futuro se entenderá con relación al momento de testar* [de contratar en este caso] *a menos que se exprese otra cosa*".

De manera que si yo digo "te doy $1.000.000 si Chile fue campeón mundial de Fútbol el año 1962", no vale esa obligación, porque Chile no fue campeón ese año. Si lo hubiera sido, la condición se tendría por no escrita, por lo que el acto sería puro y simple y tendría que pagar $1.000.000. Lo que se acaba de decir, es independiente de que las partes al contratar hubieren sabido o ignorado la existencia del hecho.

El artículo 1072, se pone en el caso de que la **condición que se imponga como para tiempo futuro,** consista en un hecho que se ha realizado en vida del testador. Si el testador al tiempo de testar lo supo y el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición. Si el testador al tiempo de testar lo supo y el hecho es de los que no pueden repetirse, se mirará la condición como cumplida. Si el testador no supo de la ocurrencia del hecho, se mirará la condición como cumplida cualquiera sea la naturaleza del hecho.

En síntesis:

- Si el hecho presente o pasado existe o ha existido, la condición se mira como no escrita, o sea la obligación es pura y simple.

- Si el hecho no existe o no ha existido, no vale la obligación.

- Si la condición que se impone como para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida de los contratantes, hay que distinguir si éstos supieron o no si había ocurrido el hecho.

    - Si los contratantes al tiempo del contrato supieron que había ocurrido el hecho, hay que distinguir si éste es de los que admiten repetición o no.

        - Si el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que los contratantes exigen su repetición.

        - Si no puede repetirse, se mirará a la condición como cumplida.

    - Si los contratantes no supieron que se había cumplido la condición, esta se mirará como cumplida, sea que el hecho admita o no repetición.

3.2 Hecho incierto

Que el hecho sea incierto, quiere decir que puede acontecer o no. Este elemento es el que permite diferenciar a la condición del plazo, pues, en este último, el hecho necesariamente va a ocurrir, aunque no se sepa cuando, y por ello la condición puede quedar fallida, lo que no ocurre jamás en el plazo.

El Código al tratar de las asignaciones testamentarias a día, precisa en qué consiste que el hecho sea incierto al decir que el día es incierto si puede llegar o no (1081, inc. 3º).

De ahí que la muerte de una persona es de acuerdo al art. 1081, plazo y no condición, pues forzosamente tiene que ocurrir. Sin embargo, si se la une a otras circunstancias inciertas pasa a ser condición, y así si digo: te doy $ 1.000, pero tus herederos me los devolverán si mueres antes de los 25 años, hay condición, porque no se sabe si esta persona vivirá hasta esa edad; por esta razón siempre que el hecho sea el cumplimiento de una determinada edad, hay condición y no plazo, según lo señala el mismo art. 1081.

La incertidumbre debe ser objetiva. Con ello se quiere significar que la incertidumbre no la determinan las partes. Así si digo "te doy $ l.000.000 si Pedro da a luz", no hay condición, porque objetivamente es un hecho cierto que ello no podrá ocurrir.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES

La condición admite diversas clasificaciones:

1. Expresas y tácitas.
2 Suspensivas y resolutorias;
3. Positivas y negativas;

4. Posibles e imposibles, lícitas e ilícitas,
5. Determinadas e indeterminadas; y
6. Potestativas, casuales y mixtas.

4.1 Condiciones expresas o tácitas

La condición es expresa cuando se establece en términos formales y explícitos. Es tácita, en cambio, la que la ley da por establecida, como ocurre con la condición resolutoria tácita del artículo 1489. La regla general es la de la condición expresa, que necesita estipulación de las partes para existir, dado que las modalidades no se presumen.

4.2 Condiciones suspensivas o resolutorias

Constituye la clasificación más importante, por la forma como incide en los efectos de los actos condicionales. Hace esta distinción el artículo 1479: "*La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho*".

Los autores definen la condición suspensiva como un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho y su correlativa obligación. Ej.: Te doy $1.000.000 si te recibes de abogado. Y definen la condición resolutoria diciendo que es un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho y de la correlativa obligación. Ej.: digo a Pedro te arriendo mi casa con la condición de que si regreso del extranjero, me la restituyas.

Bien miradas las cosas, **un mismo hecho va a constituir una condición suspensiva o resolutoria, según el lugar que ocupen las partes**. Así, en el ejemplo recién citado, lo que es condición resolutoria para Pedro, constituye para mi una condición suspensiva: recuperar el goce de la cosa arrendada si regreso del extranjero.

Lo importante de la distinción, radica en que si la condición es suspensiva el derecho no nace, en cambio, cuando es resolutoria el derecho nace pero está expuesto a extinguirse si la condición se cumple.

4.3 Condición positiva y negativa

Esta distinción la hace el artículo 1474 "*la condición es positiva o negativa" "La positiva consiste en acontecer una cosa, la negativa, en que una cosa no acontezca*".

Ej. de condición positiva: Te doy $1.000.000, si viajas a Santiago el domingo.

Ej. de condición negativa: Te doy $1.000.000, si no viajas el año 2005 a Santiago.

Esta distinción adquiere importancia para determinar cuando la condición debe entenderse cumplida o fallida, pues según el artículo 1482 "*se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificase, y no se ha verificado*".

También es importante para los efectos contemplados en los artículos 1475 y 1476, pues el primero establece que "*la condición positiva debe ser física y moralmente posible*", (inc. 1º) agregando que "*es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público*". Termina esta disposición señalando que "*se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles*" (inc. 3º).

A su turno el artículo 1476 prescribe que "*si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición*".

4.4 Condiciones posibles e imposibles, lícitas e ilícitas

Está contemplada esta clasificación en los artículos 1475, 1476 y 1480.

Dice el artículo 1475 que la condición positiva debe ser física y moralmente posible. Y, en seguida, define a la **físicamente imposible** como "*la que es contraria a las leyes de la naturaleza física"*. En los viejos libros, se ponía como ejemplo de condición físicamente imposible: Te doy $1.000.000, si viajas a la Luna, hoy posible. Te doy $ 1.000 si tomas una estrella con la mano; que Pedro de a luz, etc.

La condición es **moralmente imposible** cuando el hecho que la constituye es prohibido por la ley, o es opuesto a las buenas costumbres o al orden público (1475 inc. 2º). Ej. Te doy $1.000.000, si matas a Pedro o si sales desnudo a la calle.

Se mira como condición imposible la que está concebida en términos ininteligibles (art. 1480 incs. 2° y 4°). Ej. Te doy $1.000.000, si no vas.

En cuando a los **efectos** que producen estas condiciones, los indican los artículos 1476 y 1480:

a) Si la condición es positiva imposible o ilícita, sus efectos serán distintos según la condición sea suspensiva o resolutoria.

Suspensiva: Ej. te doy $1.000,000, si el sol aparece por el poniente o si matas a Pedro. La condición se tiene por **fallida,** lo que significa que el derecho no llegará a nacer (art. 1480 inc. 1º).

Resolutoria: Te doy $ 100.000, y me los devuelves si el sol aparece por el poniente (o si matas a Pedro). Se tiene **por no escrita** (art. 1480 inc. final), lo que significa que el derecho nace puro y simple, que no va a tener que devolver los $ 100.000.

b) Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible la obligación es **pura y simple**; no hay condición, porque falta el elemento incertidumbre. Ej.: te doy $1.000. 000, si Pedro no da a luz un niño. Es pura y simple, tengo que dar los $1.000.000 (art. 1476). En este caso, como se puede ver, no se distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias.

c) Si la condición es negativa de un hecho ilícito (Ej. te doy $1.000.000, si no matas a Pedro) la solución debiera ser la misma que en el caso anterior, pero el art. 1476 dice que **vicia la disposición**. Que vicie la disposición quiere decir que el acreedor condicional no va a poder exigir el pago. La sanción se explica, porque se estima inmoral que se reciba un pago por no cometer un hecho ilícito. Tampoco se distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias.

4.5 Condiciones determinadas o indeterminadas

Por definición la condición es un hecho futuro. La pregunta que cabe formularse entonces es cuánto tiempo habrá que esperar para que se verifique el hecho que la constituye. Este problema nos lleva a hablar de las condiciones determinadas e indeterminadas.

Condición determinada es aquella en que el hecho que la constituye debe ocurrir en una época prefijada. Ej. Te doy $1.000.000, si te recibes de abogado antes del año 2.010. Condición indeterminada es aquella en que no se fija una época para la ocurrencia del hecho. Ej. te doy $1.000.000, si te recibes de abogado.

En principio, la condición indeterminada puede cumplirse en cualquier momento y, en consecuencia, sólo estará fallida cuando es evidente que no puede cumplirse, como si el acreedor fallece antes de recibirse de abogado. Y decimos que en principio puede cumplirse en cualquier momento, porque se ha discutido justamente si realmente ella no tiene límite, si puede acontecer en cualquier época, pasen los años que transcurran, o si por el contrario existe un plazo tope vencido el cual toda condición, aunque sea indeterminada, se considerará fallida si no se ha cumplido dentro de él.

- Límite en el tiempo de la condición.

Hasta antes de la dictación de la ley 16.952 del 1º de octubre de 1968 (que acortó los plazos de prescripción) se estimaba que las condiciones indeterminadas tenían que cumplirse dentro del plazo que el artículo 739 establecía para el cumplimiento de la condición en el fideicomiso. En ese entonces, ese plazo era de 15 años (antes había sido

de 30 años). Así lo entendía la doctrina (con excepción de don Jorge Solís de Ovando) y, en general, también la jurisprudencia.

Se fundaba esta opinión en el Mensaje del Código: "*Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, en general, se reputan fallidas si tardan más de 30 años en cumplirse*".

Hubo en todo caso, algunos fallos que estimaban que el art. 739 sólo regía para el fideicomiso (T. 15, sec. 1ª, p. 601).

No había problemas, pues el plazo establecido en el artículo 739 correspondía también al de la prescripción extraordinaria, lo que llevaba a concluir que ese era el plazo máximo de incertidumbre, transcurrido el cual se consolidaban y estabilizaban todos los derechos (también era de 30 años y después de 15, el plazo máximo establecido en otras normas, como el artículo 962 inciso 3º y 4º, lo que demostraba la idea del legislador de que todas las situaciones jurídicas se consolidaran en ese plazo).

Sin embargo, toda esta armonía del Código se destruyó con la ley 16.952, pues acortó el plazo de prescripción extraordinaria de 15 a 10 años lo mismo que el plazo del art. 962. Sin embargo, en el artículo 739, la rebaja no fue a 10 años, como debió haber sido para mantener la situación de equilibrio, sino que a 5 años, con lo que el sistema se rompió.

Lo anterior nos lleva a preguntar cuánto tiempo habrá que esperar para que la condición indeterminada se cumpla. ¿Seguimos aplicando el art. 739 y decimos que 5 años; o, por el contrario, aplicamos la norma de la prescripción extraordinaria (artículo 2511) y concluimos que debe esperarse 10 años?

No merece duda que el plazo de caducidad de las condiciones es de 10 años, pues ese es el tiempo máximo establecido por el Código para dar estabilidad a todas las situaciones jurídicas (art. 2511, prescripción adquisitiva extraordinaria; art. 1683, plazo para el saneamiento de la nulidad absoluta; art. 1692, suspensión de la nulidad relativa, etc.). No hay razón para seguir aplicando la regla del art. 739, claramente excepcional y en tal sentido debe entenderse la referencia del Mensaje. Comprueba lo anterior el hecho que la Ley 16.952, que fijó en 5 años el plazo en el cual debe cumplirse la condición en la propiedad fiduciaria, no mantuvo el mismo criterio con otras condiciones, pues redujo de quince a diez años el plazo en que debe cumplirse la condición de existir en las asignaciones hechas a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, y lo mismo ocurre con la asignación en premio a los que presten un servicio importante.

Por otra parte, la doctrina estima que si bien las partes pueden fijar una época dentro de la cual debe verificarse la condición, dicha época sólo puede ser inferior y nunca

superior a 10 años, pues según lo indicado por el Mensaje este plazo atiende al interés público y no al privado.

4.6 Condiciones potestativas, casuales y mixtas

Esta clasificación la hace el artículo 1477: "*Se llama condición* ***potestativa*** *la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor,* ***casual*** *la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso,* ***mixta*** *la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso*".

Hay una omisión del Código, en cuanto a que también es condición mixta la que en parte depende de la voluntad del deudor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso. Ej. te doy $ 1.000 si me caso con María.

Ej. de condición potestativa de la voluntad del acreedor: Te doy $l.000.000, si vas a Santiago el domingo.

Ej. de condición potestativa de la sola voluntad del deudor: Te doy $l.000.000, si voy a Santiago el domingo.

Ej. de condición casual: Te doy $ 10.000, si llueve el domingo o si Pedro viene a Santiago el domingo.

Ejs. de condiciones mixtas: Te doy $ 1.000.000, si vas a Santiago el domingo y está bueno el tiempo. Te doy $ 1.000.000, si el próximo año te casas con María.

Las condiciones casuales y mixtas son siempre válidas, pero en las potestativas hay que hacer algunos distingos.

- Subclasificación de las condiciones potestativas

Las condiciones potestativas pueden ser de dos clases:
a) simplemente potestativas, y
b) meramente potestativas.

Son condiciones **simplemente potestativas** las que dependen de un hecho voluntario del acreedor o del deudor. Ej. te doy $1.000.000, si te casas con María.

Frente a estas condiciones están las "**meramente potestativas**" que son aquellas que dependen del mero arbitrio de las partes. Ej.: Te doy $1.000.000 si quiero; te doy $1.000.000, si quieres. Se les conoce por frases como "si quiero", "si quieres"; "si se me antoja", etc.

Esta clasificación se desprende del artículo 1478, que dice: "*Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes valdrá*".

Comentarios:

1. Es importante entender que lo que se anula es la obligación, no la condición (art. 1478).

2. Es importante también tener en cuenta que las únicas condiciones que anulan la obligación son las meramente potestativas de la voluntad del deudor, porque en ellas no hay voluntad seria de obligarse. Ej. te doy $1.000, si quiero (Gaceta Jurídica Nº 136, sentencia 2ª, p. 23).

Las meramente potestativas de la voluntad del acreedor, sean suspensivas o resolutorias, son válidas. Ej. de meramente potestativa suspensiva que depende de la sola voluntad del acreedor: te doy $1.000.000, si quieres. Lo prueban, el mismo texto del art. 1478 y el que el legislador la acepte en algunos casos, como el art. 1823 (venta a prueba, sujeta a condición que acepte el acreedor-comprador). Lo mismo el artículo 131 del Código de Comercio. Ej. de meramente potestativa resolutoria que depende de la sola voluntad del acreedor: te presto mi auto y me lo devuelves cuando yo quiera (art. 2194). Según Abeliuk el pacto de retroventa también seria otro caso (art. 1881).

3. Además, las únicas condiciones meramente potestativas que producirían la nulidad de la obligación serían las meramente potestativas de la voluntad del deudor y suspensivas. Ej. te doy $ 10.000, si quiero. Las resolutorias serían válidas, por ejemplo, te presto $ 1.000 y me los devuelves si quieres (Alessandri, Fueyo, Claro Solar). En este sentido se ha orientado la jurisprudencia (t. 19, sec. 1ª, p. 15; t. 35, sec. 2ª, p. 19; t. 43, sec. 1ª, p. 399)

Lo anterior por las siguientes razones: a) en las condiciones resolutorias la obligación ha podido formarse y producir todos sus efectos, ya que la condición resolutoria no afecta a la existencia de la obligación, sino únicamente su extinción; y b) El mismo Código las acepta, como ocurre en las donaciones revocables, en que el donante se reserva la facultad de recobrar la cosa donada cuando quiera (art. 1136). También las aceptaría en el pacto de retroventa (art. 1881).

En contra de esta opinión, está Abeliuk, para quien no valen las meramente potestativas de la voluntad del deudor, ni las suspensivas ni las resolutorias, porque: a) nada autoriza para hacer esta distinción, en circunstancias que el art. 1478, no la hace; b) porque el 1478, está ubicado antes del artículo 1479, que es el que hace la distinción entre condiciones suspensivas y resolutorias, lo que demuestra que es aplicable a ambas; y c) porque el fundamento de la nulidad de la obligación es el mismo en ambas condiciones, así, por ejemplo, si digo te presto mi casa y me la devuelves si quieres, no habría

obligación seria del comodatario, éste a nada se obliga; y d) porque, finalmente, en los casos de las disposiciones señaladas (arts. 1136, 1881) si se observa con cuidado, se verá que se trata de casos en que las condiciones dependen de la sola voluntad del acreedor (y no del deudor). Así, la retroventa depende de la sola voluntad del acreedor (vendedor que se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, pagando su precio) ya que el deudor (comprador), cuando aquél se lo requiera, deberá restituirla la cosa vendida. Igualmente, la donación revocable no depende de la voluntad del que se obliga bajo condición, el donatario, sino del acreedor condicional, el donante. El derecho es de éste: solicitar la devolución; la obligación del donatario: restituir a la sola voluntad del acreedor.

5. REGLAS COMUNES A LAS CONDICIONES.

5.1 Estados en que puede encontrarse la condición

Toda condición puede encontrarse en tres estados: a) pendientes, b) fallida, y c) cumplida.

a. Condición pendiente

La condición está pendiente mientras subsiste la incertidumbre de si el hecho se va a verificar o no, como si el padre ofrece un automóvil a su hijo si se recibe de abogado, y éste aún estudia la carrera.

Distintos son los efectos de la condición pendiente, si ella es suspensiva, o resolutoria.

b. Condición fallida

Se refiere a ella el art. 1482, y es necesario efectuar un doble distingo, según si la condición es positiva o negativa, determinada o indeterminada.

La condición positiva determinada falla si transcurre el plazo convenido dentro del cual la condición debió verificarse y ello no ha ocurrido, o bien no ha transcurrido aún el término, pero ya es imposible que el hecho ocurra como si en el ejemplo anterior el ofrecimiento del padre ha sido sujeto a que el hijo se reciba de abogado en tres años, y ellos pasan sin obtenerse el título, o el hijo fallece antes que transcurra todo el plazo.

Si la condición positiva es indeterminada fallará en el segundo caso, o sea, si ya no puede verificarse, y para quienes piensan que todas están sujetas a un plazo máximo, si transcurren 10 años y el hecho no ocurre. Vale el mismo ejemplo anterior, pero sin que el padre haya fijado plazo.

En la condición negativa, en cambio, no se precisa la subdistinción. Ella fallará únicamente si acaece el hecho en que consiste. Por ejemplo, te ofrezco $ 1.000 si no te casas con María, y se efectúa el matrimonio.

c. Condición cumplida

La condición se considera cumplida según distinciones justamente inversas a su falencia (art. 1482).

La positiva está cumplida cuando se verifica el hecho futuro e incierto que la constituía: en el ejemplo señalado si el hijo se recibe de abogado. Si es determinada, el hecho debe ocurrir dentro del plazo fijado, los tres años del ejemplo.

Es en la negativa donde adquiere ahora interés la distinción entre determinadas e indeterminadas. Las primeras están cumplidas si transcurre el plazo prefijado sin que ocurra el hecho. Por ejemplo, te doy $ 1.000 si no te casas antes de dos años, y ellos pasan sin celebrarse el matrimonio, y aun antes de que transcurra el término, si el hecho no puede ya verificarse, como si en el ejemplo anterior la recompensa es para el caso de no contraer matrimonio con una persona determinada antes del plazo de dos años, y ésta fallece sin que él se haya cumplido.

Si la condición negativa es indeterminada, se considera cumplida en esta segunda situación, o sea, cuando el hecho no puede verificarse, y en todo caso, si pasan 10 años sin que suceda, siempre que se acepte que éste es el plazo máximo para las condiciones indeterminadas. Valen los mismos ejemplos anteriores, pero con la variante que no se ha señalado plazo.

5.2 Forma como deben cumplirse las condiciones

a. Reglas comunes.

Tratan de esta materia los artículos 1483 y 1484, normas que, según algunos, serían contradictorias. Sin embargo, no hay tal contradicción. Se aplica primero la regla del art. 1483: "*la condición debe cumplirse del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes*" (1483 inc. 1º). Esta regla guarda perfecta concordancia con la norma del art. 1560: "*conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*". El inciso 2º, del artículo 1483 coloca un ejemplo: "*Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y ésta lo disipa*".

Precisado lo anterior, entra a operar la regla del artículo 1484 "*las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida*". O sea, determinada la forma como las partes querían que se cumpliera, tiene que cumplirse de esa manera y no de otra. No pueden

cumplirse por equivalencia. Abeliuk dice que el art. 1484 tiene una explicación histórica. En efecto, en el Derecho Romano se admitía el cumplimiento de la condición por equivalencia, y así, si una persona ofrece a otra una recompensa si se titula de ingeniero civil, y en vez de esto se recibe de ingeniero agrónomo, en Roma se consideraba cumplida la condición por analogía, y esto es lo que el precepto, siguiendo el Código francés, rechaza.

b. Cumplimiento ficto de la condición

Esta situación la contempla el inciso 2º del artículo 1481. Se trata de que la persona que debe dar la prestación si se cumple la condición (deudor condicional), se vale de medios ilícitos para que ésta no se cumpla. La ley lo sanciona, teniendo por cumplida la condición. Es aplicación del principio de que nadie se puede favorecer con su propio dolo.

En el Proyecto de 1853, se contiene un ejemplo que grafica muy bien la institución. "Mi heredero dará tal cosa a Pedro si éste se casare con su hija María. El heredero se vale de medios violentos para que su hija se case con Martín o abrace una profesión religiosa, o calumnia a Pedro para que María rehúse casarse con él; deberá el legado"

Esta institución viene desde Ulpiano, pasando después a las Partidas y, en seguida, con pequeñas variaciones, a las diversas legislaciones. Bello la tomó de Pothier.

c. Principio de la indivisibilidad de la condición

Lo establece el artículo 1485 inc. 1º: "*No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente*". Ej. te daré esta casa, si previamente das $1.000.000 a Juan y $1.000.000 a María. Es obvio que no puede reclamar la casa, mientras no se cumpla ambas obligaciones.

5.3 Retroactividad de la condición cumplida

a. Generalidades.

Que el cumplimiento de la condición opere retroactivamente significa que una vez cumplida, los efectos del acto o contrato, se retrotraigan al momento en que dicho acto se celebró.

El principio de la retroactividad de la condición hace suponer por una ficción legal que cumplida la condición suspensiva, el derecho del acreedor no existe sólo desde el momento en que se verifica el hecho en que consiste la condición, sino desde la celebración del acto o contrato, y tratándose de la resolutoria, se supone que cumplida la condición el deudor jamás tuvo la cosa en su poder bajo condición de restituirla; ella siempre ha estado en manos del acreedor. Dicho de otra manera, en virtud de la

retroactividad el acto condicional no ha existido como tal; ella hace desaparecer el estado de pendencia como si nunca hubiere existido y, en consecuencia, todos los actos realizados por el deudor en el tiempo intermedio.

Es ésta una defensa para el acreedor condicional que así no se ve perjudicado en sus derechos a la época de cumplirse la condición por los actos que el deudor pueda haber realizado en el tiempo intermedio, pero es, en cambio, un grave inconveniente para los terceros, pues verán afectados los actos o contratos celebrados con el deudor mientras la condición estuvo pendiente. Ello puede llevarlos a abstenerse de contratar, con lo cual se entraba la libre circulación de los bienes, que es un anhelo del legislador.

b. La retroactividad de la condición en Chile

En Francia hay una norma expresa -el art. 1179 del Código Civil- que resuelve el problema "la condición cumplida tiene efecto retroactivo al día en que se haya contraído la obligación".

En Chile falta una norma semejante a la francesa y ello genera problemas, pues hay casos en que se acepta el efecto retroactivo de la condición; y otros en que se rechaza.

i. Casos en que se acepta el efecto retroactivo

Artículos 1486, 2413, 1490 y 1491

a) El artículo 1486, por cuanto, esta norma señala que al acreedor pertenecen los aumentos, mejoras (vaca que tiene una cría) y deterioros y pérdida fortuita de la cosa debida, ocurridos cuando estaba pendiente la condición (inc. 2º);

b) El artículo 2413, pues da pleno valor a la hipoteca desde la fecha de su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces una vez cumplida la condición suspensiva bajo la cual se otorgó (inc. 2º);

c) Los artículos 1490 y 1491, en los casos en que quedan sin efecto las enajenaciones del deudor condicional.

ii. Casos en que se rechaza el efecto retroactivo

Hay varias disposiciones que rechazan el efecto retroactivo. Se mencionan los artículos 1488, 1078 inc. 3º, 758, 1490 y 1491.

a) El artículo 1488. De acuerdo a esta disposición cumplida una condición resolutoria, no se deben restituir los frutos producidos por la cosa mientras estuvo pendiente la condición, es decir, los frutos pertenecen al deudor. Si se aceptare la retroactividad, el deudor condicional debería, al cumplirse la condición, restituir la cosa

y los frutos. Para la suspensiva, el artículo 1078, inc. 3º, contiene la misma idea anterior en las asignaciones testamentarias;

b) El artículo 758 en el fideicomiso. Esta norma autoriza al fiduciario para mudar la forma de la propiedad fiduciaria. Si la condición operara con efecto retroactivo, no podría existir esta norma. También se acepta universalmente que cumplida la condición, y operada la restitución al fideicomisario, subsisten los arrendamientos hechos por el fiduciario. Si operara la retroactividad ello no se podría aceptar, porque quien arrendó lo habría hecho sin ningún derecho.

c) Los artículos 1490 y 1491. De acuerdo a estas disposiciones, los actos de enajenación realizados por el deudor estando pendiente la condición, generalmente valen, lo que no sería posible si la condición operara con efecto retroactivo.

iii. En los casos no reglamentados en la ley ¿opera el efecto retroactivo?

Hay quienes sostienen que el Código Civil acoge en general la retroactividad y que aquellas disposiciones de excepción son meras limitaciones al principio habitual, de manera que conforme a él deben resolverse las situaciones no previstas por la ley (Alessandri, Claro Solar, Stitchkin).

Don Manuel Somarriva, sostiene que la situación es al revés: la retroactividad constituye la excepción en nuestra legislación, y como ficción que es, no puede extenderse a otros casos que los previstos expresamente.

5.4 Riesgos de la cosa debida bajo condición

Bajo este título se trata de resolver el problema de quien soporta la pérdida de la especie o cuerpo cierto debido que se destruye fortuitamente mientras pende la condición y, para el caso de que la obligación condicional incidiere en un contrato bilateral, si subsiste la obligación de la contraparte.

El artículo 1486 señala que "*si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación...*" (inc. 1º, primera parte).

Luego, si yo debo entregar un automóvil bajo condición, y pendiente ésta se destruye fortuitamente, se extingue mi obligación y se extingue también la obligación de la contraparte de pagar el precio. Esto significa que el riesgo es del deudor condicional porque no va a poder exigir a la contraparte el cumplimiento de su propia obligación (que me pague el precio), pues tal obligación carecería de causa.

En esta materia se separó el Código Civil, de la regla general contemplada en el artículo 1550, según el cual, el riesgo es del acreedor. Y es justo que así sea pues pendiente la

condición, la cosa es del deudor y "*las cosas perecen para su dueño*". La regla la reitera en la venta condicional suspensiva, el artículo 1820.

Lo que venimos diciendo rige para la destrucción total y fortuita de la especie o cuerpo cierto debida bajo condición. Si la destrucción es total y culpable, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios (artículo 1486).

Si la destrucción es parcial y fortuita, rige la regla del inciso 2º del 1486, según la cual la cosa deberá recibirla el acreedor en el estado en que se encuentre, sin derecho a rebaja en el precio. Ahora, si es parcial y culpable, la misma disposición señala que el acreedor tendrá un derecho alternativo a que se rescinda (debería decir resuelva) el contrato o que se le entregue la cosa en el estado en que se encuentra y, además, en ambos casos tendrá derecho a indemnización de perjuicios. Concuerda en esta parte con los artículos 1548 y 1672.

Finalmente, el art. 1486 en su inciso final señala que "*todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa*". Es un caso de pérdida parcial, pero que se asimila a la total, por la razón que señala el precepto. El ejemplo típico es el caballo de carrera, que se rompe una pata.

6. EFECTO DE LAS CONDICIONES

Para estudiar los efectos de las condiciones, debemos distinguir entre condiciones suspensivas y resolutorias: y, además ver los efectos de cada una de ellas, en los tres estados en que puede encontrarse: pendiente, cumplida y fallida.

6.1 Efectos de la condición suspensiva.

6.1.1 Efectos de la condición suspensiva pendiente

i. No nace el derecho ni la obligación

Por definición la condición suspensiva obsta el nacimiento del derecho. No hay derecho ni hay obligación.

Consecuencias:

- El acreedor no puede exigir su cumplimiento. Así lo dice el artículo 1485 inciso 1º: "*No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente*";

- Si el deudor paga antes del cumplimiento, paga lo no debido y puede pedir restitución. El art. 1485 inc. 2º prescribe: "*Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la*

condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido". En el caso del plazo pendiente, ocurre exactamente lo contrario (art. 1495);

- El acreedor condicional, no puede ejercer la acción pauliana -que establece el art. 2468- pues tal acción corresponde a los acreedores, calidad que todavía no tiene porque no se ha cumplido la condición;

- No hay obligación actualmente exigible. Por ello: a) la prescripción no está corriendo, pues ello sólo va a ocurrir desde que la obligación se hace exigible (artículo 2514 inc. 2); b) no se puede novar esa obligación (artículo 1633); c) no puede operar la compensación (artículo 1656 Nº 3); d) el deudor no está en mora.

ii. <u>El vínculo jurídico existe</u>

El acto o contrato se generó, si bien el derecho y la correlativa obligación, no han nacido.

Consecuencias:

- Al contratarse la obligación deben reunirse todos los requisitos de existencia y validez del acto o contrato;

- El deudor no puede retractarse, pues no puede desvincularse por su propia voluntad. Vulneraría con ello el principio contenido en el artículo 1545 del Código Civil, de que todo contrato es ley para las partes contratantes.

- La obligación condicional se rige por la ley vigente al momento de otorgarse el contrato, en conformidad al artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo.

iii. <u>El acreedor tiene una simple expectativa de derecho</u>

El derecho no nace mientras no se cumpla la condición. Pero existe una expectativa de derecho en el acreedor condicional, que la ley respeta. Algunos dicen que hay un germen de derecho, o derecho en potencia o latente (Abeliuk).

Consecuencias:

- El acreedor condicional puede impetrar providencias conservativas, mientras está pendiente la condición (artículos 1492 inc. 3º, 1078 inc. 1º; y en el fideicomiso el artículo 761 inc. 2º, otorga el mismo derecho al fideicomisario (que es acreedor condicional suspensivo).

¿En qué consisten estas medidas conservativas? La ley no lo ha dicho, quedando entregada a la decisión del juez: puede ser una caución, un nombramiento de depositario, etc.

- Este germen de derecho lo transmite el acreedor condicional a sus herederos: "*el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos, y lo mismo sucede con la obligación del deudor*" (art. 1492 inc. 1º). Esta regla no rige, en dos casos (art. 1492 inc. 2º): i) en las asignaciones testamentarias condicionales (art. 1078 inc. 2º), y ii) respecto del donatario condicional. Los arts. 962, inc. 2º y 1390, inc. 2º exigen al asignatario bajo condición suspensiva y al donatario de igual categoría, existir al tiempo de cumplirse la condición. La justificación de estas excepciones es que la donación es un contrato *intituo personae* y la asignación testamentaria también un acto gratuito en consideración a la persona, y en consecuencia, si ésta fallece sin haber adquirido lo donado o asignado nada transmite a sus herederos.

6.1.2 Efectos de la condición suspensiva fallida

Si la condición falla, quiere decir que el derecho y la correlativa obligación no van a nacer, desapareciendo, de esa manera, la expectativa del acreedor condicional.

Por esta razón si habían medidas conservativas, estás quedan sin efecto. Todos los actos de administración o disposición celebrados por el deudor condicional en el tiempo intermedio, quedan firmes.

6.1.3 Efectos de la condición suspensiva cumplida

Los efectos son exactamente los contrarios a los señalados para la condición suspensiva pendiente.

1. Nace el derecho y la obligación correspondiente,

2. El acreedor puede exigir su cumplimiento;

3. Siendo la obligación exigible, comienza a correr el plazo de prescripción extintiva, el acreedor puede ejercer la acción pauliana, es posible la compensación, queda perfecta la novación, el deudor puede ser colocado en mora, etc.

4. Si el deudor paga, el pago es válido. No puede repetir (1485 inc. 2).

5. Según algunos (Alessandri), el cumplimiento opera retroactivamente, lo que, según hemos visto, es a lo menos discutible.

6. Debe el deudor entregar la cosa debida condicionalmente en el estado en que se halle, favoreciendo al acreedor los aumentos y soportando las pérdidas (artículo 1486) siempre que estas últimas sean fortuitas;

7. Por regla general, no se entregan los frutos que la cosa produjo en el tiempo intermedio (mientras la condición estuvo pendiente). Así lo dice el art. 1078 inc. 3º. Y en cierto sentido la misma idea se puede extraer del artículo 1488, que está dada para la condición resolutoria.

8. Los actos de administración (arrendamientos, por ejemplo) celebrados por el deudor se mantienen, sin perjuicio de que el cumplimiento de la condición importe una causal de extinción del contrato como lo prueba el artículo 1950 Nº 3. Este principio se desprende del artículo 758, que otorga al propietario fiduciario -que es un deudor condicional- la facultad de administrar.

6.2 Efectos de la condición resolutoria

La condición resolutoria se define como el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho. Ej. te vendo mi casa, porque me voy a radicar a París, pero me la restituyes si vuelvo de Europa dentro de los próximos 3 años.

Para estudiar los efectos de la condición resolutoria hay que señalar que esta condición en nuestro derecho positivo puede revestir tres modalidades:
a) Condición resolutoria ordinaria,
b) Condición resolutoria tácita, y
c) Pacto comisorio.

La **condición resolutoria ordinaria** es el hecho futuro e incierto, que no sea el incumplimiento de una obligación contraída, verificado el cual se extingue el derecho y la correlativa obligación. Ej. Te presto mi casa y me la devuelves cuando yo retorne del extranjero.

La **condición resolutoria tácita** es la que deriva del artículo 1489 y se define como la que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso de no cumplirse por la otra parte lo pactado. Dice el art. 1489: "*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*" (inciso 1º). Ej. si el comprador no paga el precio, el vendedor puede pedir la resolución del contrato, por haberse cumplido la condición resolutoria tácita.

El pacto comisorio es la condición resolutoria tácita expresada. En el mismo contrato de compraventa, las partes dejan constancia que si el comprador no paga el precio, la otra parte podrá pedir la resolución del contrato.

6.2.1 Efectos de la condición resolutoria ordinaria

Estos efectos se deben estudiar, en los tres estados en que se puede encontrar la condición: pendiente, fallida y cumplida.

i. Efectos de la condición resolutoria ordinaria pendiente

Mientras está pendiente la condición el acto o contrato produce todos sus efectos, igual que si fuera puro y simple. De consiguiente, las partes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones. Y el que tiene el dominio de una cosa sujeta a condición resolutoria puede ejercer los derechos que le otorga ese título, igual que si fuere un propietario puro y simple. Naturalmente que su derecho está expuesto a extinguirse si se cumple la condición. Puede realizar actos de administración, enajenación y gravamen, sujetos a resolverse si se cumple la condición (véase por ej. el art. 1950 Nº 3º, en el caso del arriendo). Si se trata de un asignatario condicional resolutorio, se produce la inmediata delación de la herencia (art. 956), y puede incluso pedir la partición.

El deudor condicional resolutorio tiene la obligación de cuidar la cosa y conservarla como un buen padre de familia, para restituirla al acreedor si se cumple la condición. Así fluye del art. 1486 y tratándose del fideicomiso del artículo 758 inc. 2º.

Por su parte, el acreedor condicional, podrá impetrar providencias conservativas (art. 1492 inc. final) y 761 inc. 2º en el fideicomiso.

ii. Efectos de la condición resolutoria ordinaria fallida

Si la condición resolutoria falla el derecho del deudor condicional se consolida. Pasa a ser dueño puro y simple y los actos realizados mientras estuvo pendiente la condición quedan firmes. Si se habían solicitado medidas conservativas por el acreedor condicional, estas se extinguen.

iii. Efectos de la condición resolutoria ordinaria cumplida

Cumplida la condición resolutoria, quien adquirió derechos sujetos a ella, se extinguen. Dice el artículo 1487: "*Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere*". Esta norma concuerda con el artículo 1479, que define a la condición resolutoria, y con el artículo 1567 Nº 9, "*las obligaciones se extinguen, 9º Por el evento de la condición resolutoria*".

Por consiguiente, el deudor condicional debe restituir lo que recibió sujeto a esa condición. Por regla general, no se aplican a estas restituciones las normas sobre prestaciones mutuas porque el Código da reglas propias en los artículos 1486 y

siguientes. Así, por ejemplo, el art. 1488 (y también el 1078 inc. 3º) establece que no se restituyen los frutos, "*salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario*". La ley ordena restituir los frutos, por ejemplo, en la compraventa por no pago del precio (art. 1875); en las donaciones, cuando el donatario no cumple con lo que se obligó (art. 1426 inc. 2º); en las asignaciones modales, cuando opera la cláusula resolutoria (art. 1090).

En materia de expensas o deterioros rige el artículo 1486, ya visto: el acreedor se aprovecha de las mejoras y sufre los deterioros producidos por caso fortuito.

Respecto a los actos de administración que pueda haber realizado el deudor condicional, caducan y se extinguen (ver art. 1950 Nº 3, en materia de arrendamiento). El art. 1958, reitera lo mismo.

En cuanto a las enajenaciones y gravámenes, esta materia está tratada en los artículos 1490 y 1491, que luego se analizarán.

- Forma de operar la condición resolutoria ordinaria

La condición resolutoria ordinaria opera **de pleno derecho**. No requiere de declaración judicial. Nótese que el artículo 1487 dice "*cumplida la condición* -no dice declarada la resolución- *deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición*". Es, como señala un autor, "una manera de expresar que el cumplimiento de la condición resolutoria produce ipso facto su efecto de terminar o resolver el contrato, de extinguir los derechos nacidos de él" (Víctor Santa Cruz Serrano). Nótese, por otra parte, que el artículo 1479 define la condición resolutoria como la que por su cumplimiento extingue un derecho y no como la que da derecho al acreedor para que se declare extinguido un derecho. Así lo entienden todos los autores y la jurisprudencia. Si las partes van a pleito, el tribunal sólo se limitará a constatar que la condición operó y a ordenar el efecto pedido por el acreedor, ya sea la restitución de la cosa, etc., pero ellos se han producido desde que se cumple la condición.

Del hecho de que la condición resolutoria ordinaria opere de pleno derecho deriva otra consecuencia: que produce efectos universales, y puede invocarla quien tenga interés en ella, pues no proviene de una sentencia judicial de efectos relativos que la declare, sino de la ley.

- Efectos de la condición resolutoria cumplida en el contrato

Víctor Vial, estableciendo que la condición resolutoria cumplida opera con efecto retroactivo, analiza los efectos de ello en el contrato en el cual se encuentra envuelta la condición, distinguiendo al efecto las siguientes situaciones:

(i) Si el derecho que se extingue constituye un efecto esencial de un contrato unilateral, el cumplimiento de la condición resolutoria afecta al contrato, que deja de ser eficaz por la resolución del vínculo contractual. Por ejemplo, si en una donación condicional se entiende que el donatario nunca tuvo derecho a exigir la tradición de la cosa donada y el donante jamás estuvo obligado a ello, por extinguirse retroactivamente tal derecho y obligación por el cumplimiento de la condición, se debe concluir que no hay contrato de donación.

(ii) Si el derecho que se extingue constituye un efecto esencial de un contrato bilateral (por ejemplo una compraventa), el cumplimiento de la condición resolutoria produce la ineficacia del contrato, pues extinguida retroactivamente la obligación de una parte (pagar el precio), la obligación de la otra carece de causa (entregar la cosa), lo que determina su inexistencia.

(iii) Si el derecho que se extingue no constituye un efecto esencial de un contrato, sea unilateral o bilateral, el cumplimiento de la condición resolutoria sólo afecta los derechos y obligaciones envueltos en la condición, manteniéndose plenamente vigente el contrato en todo lo demás. Por ejemplo, si en un mandato, por el cumplimiento de una condición el mandatario pierde su derecho a remuneración, el contrato sigue vigente, pues la remuneración del mandatario no constituye una obligación esencial del mandato.

6.2.2 Efectos de la condición resolutoria tácita

i. Concepto.

Está establecida en el artículo 1489 en lo siguientes términos: *"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios."*.

Por su parte, Abeliuk la define como "aquella que va envuelta en todo contrato bilateral, y en que el hecho futuro e incierto que puede provocar la extinción del derecho de una de las partes es el incumplimiento de sus obligaciones". Agrega, que la condición resolutoria tácita se funda en la falta de cumplimiento del deudor.

El incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral, da a la otra parte un derecho alternativo para solicitar o el cumplimiento o la resolución, y en ambos casos, con indemnización de perjuicios.

ii. Fundamento de la condición resolutoria tácita

Se dan diversas explicaciones: equidad; voluntad presunta de las partes; falta de causa; interdependencia de las prestaciones en un contrato bilateral, forma de indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento, etc.

Es evidente la razón de equidad y justicia que hay en que si una de las partes no cumple su obligación en un contrato bilateral, la otra pueda a su vez desligarse del vínculo jurídico, dejando sin efecto el contrato.

Se dice también que el legislador interpreta la voluntad presunta de las partes, pues parece lógico concluir que el contratante diligente no desea seguir ligado con quien no ha cumplido su obligación, y esta intención ha estado presente al otorgarse el contrato.

Según algunos el fundamento de la condición resolutoria tácita estaría en el hecho de que si en un contrato bilateral una de las partes no cumple con sus obligaciones, la obligación del otro contratante carecería de causa. Así lo sostienen Henri Capitant y sus seguidores, especialmente Joulliot de la Morandiére. Sin embargo, se argumenta en contra de esta opinión señalándose que de faltar la causa, el contrato sería nulo, por lo que el contratante diligente no podría pedir el cumplimiento. Si lo puede hacer -y el artículo 1489 le da esa opción- es porque la obligación tiene causa. La verdad es que nada tiene que ver el incumplimiento de una de las partes, con la existencia de la causa. El requisito de la causa debe verse al momento en que el contrato se celebró, y a ese momento la causa existía, pues ambas partes contrajeron obligaciones recíprocas. El incumplimiento posterior no hace desaparecer la causa. En este sentido los hermanos Mazeaud.

También se ha dicho que la resolución sería una consecuencia de la interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático. Sin embargo, como acotan los hermanos Mazeaud, "esta explicación carece de precisión y no da cuenta de las diferencias que separan la resolución y la teoría de los riesgos".

Los hermanos Mazeaud concluyen que "en realidad, la resolución judicial es un modo de reparación del perjuicio que causa al acreedor el incumplimiento de la obligación del deudor". Según estos autores "al dispensarle al acreedor de cumplir con su propia obligación, o al permitirle recuperar la prestación por él efectuada, la resolución se presenta como un modo de reparación de mayor eficacia...".

iii. Características de la condición resolutoria tácita

1. Es un tipo de condición resolutoria, ya que tiene por objeto extinguir un derecho;

2. Es tácita, puesto que el legislador la subentiende en todo contrato bilateral. Por ello es un elemento de la naturaleza y, por lo mismo, renunciable;

3. Es negativa: consiste en que no ocurra un hecho, que una de las partes no cumpla su obligación;

4. Es simplemente potestativa, pues depende de un hecho voluntario del deudor.

5. No opera de pleno derecho, sino que requiere de declaración judicial.

iv. Requisitos de la condición resolutoria tácita

Los requisitos para que opere la condición resolutoria tácita son: (1) Que se trate de un contrato bilateral; (2) Incumplimiento imputable de una de las partes, (3) Que quien la invoca haya a su vez cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación; y (4) Que sea declarada judicialmente.

(1) Que se trate de un contrato bilateral.

En este sentido se inclina la mayor parte de la doctrina (Stitchkin, Alessandri, Abeliuk), pues así lo señala expresamente el art. 1489.

Sin embargo, en esta materia cabe preguntarse si esta condición cabe en los contratos unilaterales, en los contratos de tracto sucesivo y/o en la partición.

- **¿Procede la condición resolutoria tácita en los contratos unilaterales?** Claro Solar es de la opinión de que sí opera aun en los contratos unilaterales, fundado en las siguientes razones:

a) El artículo 1489 sólo dice que la condición resolutoria tácita va envuelta en los contratos bilaterales, pero no excluye la posibilidad de que también pueda darse en los unilaterales;

b) Varias disposiciones demuestran que el Código Civil no ha entendido restringida la condición resolutoria tácita exclusivamente a los contratos bilaterales. Así, por ejemplo, en el comodato, no obstante ser contrato unilateral, se otorga al comodante la facultad de solicitar la restitución de la cosa prestada aun antes del vencimiento del plazo, cuando el comodatario no la destina al uso convenido (artículo 2177). En el contrato de renta vitalicia - también contrato unilateral- la ley ha tenido que señalar en forma expresa que "el acreedor no podrá pedir la rescisión (entiéndase resolución) del contrato en caso de no pagársele la pensión..." (artículo 2271). En el contrato de prenda -artículo 2396- en que el deudor puede pedir restitución inmediata de la cosa empeñada si el acreedor abusa de ella.

La tesis de Claro Solar no ha encontrado acogida en nuestra doctrina. Las razones que se dan son, en síntesis, las siguientes:

a) El propio tenor literal del artículo 1489, que habla de "contratos bilaterales";

b) Tratándose de los contratos unilaterales, el Código ha ido resolviendo en cada caso particular, lo que ocurre cuando el deudor no cumple. Esa es la explicación de los artículos 2177, 2271 y 2396. En cambio, nada ha dicho tratándose del mutuo, que es donde el problema ha sido discutido;

c) El fundamento de la condición resolutoria tácita radicaría, según algunos en la interdependencia de las prestaciones, lo que sólo puede ocurrir en los contratos bilaterales.

La jurisprudencia se ha inclinado definitivamente por la tesis de que sólo procede la acción resolutoria en los contratos bilaterales (Gaceta 1921, 2º Semestre, Nº 299, p. 1222; T. 90, sec. 1ª, p. 14, etc.)

Sin perjuicio de lo anterior, resulta interesante revisar los fundamentos por los cuales el profesor Vial estima que esta condición si opera en los contratos unilaterales. Este autor indica que la falta de una norma específica debe ser suplida por los principios generales del derecho, y es principio del derecho el que el contratante incumplidor (sea de un contrato unilateral o bilateral) contrae una responsabilidad que se hace efectiva mediante la indemnización de perjuicios. De este modo, todo contratante tiene derecho a que solicitar la indemnización de perjuicios compensatoria, que reemplaza la obligación incumplida; pero para que pueda solicitarse tal indemnización es indispensable que se extinga la obligación infringida, y precisamente el modo de extinción de tal obligación es la resolución del contrato.

- **La resolución en los contratos de tracto sucesivo.** La resolución también opera en los contratos de tracto sucesivo, pero pasa a llamarse terminación, porque sus efectos no operan retroactivamente sino sólo para el futuro en razón de que las prestaciones de una de las partes no se pueden devolver. Y así, en un arrendamiento a dos años plazo, si el arrendatario paga la renta de los primeros seis meses, pero deja entonces de cumplirlas, el contrato puede darse por terminado, pero el arrendador no deberá restituir las rentas percibidas, porque mal podría a su vez el arrendador devolver el uso y goce de la cosa arrendada.

- **La resolución no tiene lugar en la partición.** Es corriente que en una partición se produzcan alcances en contra de alguno de los comuneros, esto es, si a un interesado se le dan bienes que exceden su cuota en la comunidad y queda debiendo el saldo. Pues bien, ¿qué pasa si no se pagan estos alcances? ¿Se puede pedir resolución de la partición? La respuesta es clara: no hay resolución. Así lo afirma en forma unánime la doctrina nacional (Somarriva, Claro Solar, Marcos Silva Bascuñan, Pedro Lira Urquieta,

Abeliuk). En el mismo sentido jurisprudencia: T. 3, sec. 1ª, p. 66; T. 5, sec. 1ª, p. 400. En sentido contrario T. 46, sec. 1ª, p. 459, con 2 votos disidentes (Alfredo Larenas y abogado integrante Marcos Silva Bascuñán)

Razones:

a) Porque si bien la partición participa de ciertos caracteres del contrato, no lo es, y menos uno bilateral;

b) Porque se opone a ello el efecto declarativo de la partición (artículo 1344) que supone que lo adjudicado a cada comunero deriva directamente del causante, no del acto de partición;

c) El artículo 1489 es doblemente excepcional: primero porque establece una modalidad, y más aún porque ella es tácita. Luego debe darse a la norma una interpretación restringida aplicable únicamente al caso regulado, que es el de los contratos bilaterales;

d) El art. 1348 hace aplicables a la partición acciones propias de los contratos, como la nulidad y la rescisión, pero nada dice de la resolución, lo que demuestra claramente su intención de excluir esta acción;

(2) Incumplimiento imputable de una de las partes

El incumplimiento de una de las partes constituye justamente el hecho condicional, por ejemplo, el comprador no paga el precio de la compraventa, el vendedor no entrega la cosa vendida, el socio no entrega el aporte prometido, el promitente vendedor se niega a otorgar la escritura definitiva de compraventa prometida, etc. Nótese que el incumplimiento tiene que ser imputable al deudor, esto es, debido a su dolo o culpa. En ese sentido la opinión absolutamente mayoritaria de la doctrina: Luis Claro Solar, Arturo Alessandri, Somarriva.

¿Dónde está establecido este requisito? Se desprende del mismo art. 1489, que establece que producido el incumplimiento la otra parte puede pedir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, y precisamente uno de los requisitos para que opere la indemnización de perjuicios es el dolo o culpa del deudor. Reiteran esta misma idea, en la compraventa, los artículos 1826 y 1873.

Además, si el incumplimiento es por caso fortuito o fuerza mayor no habrá lugar a la resolución, porque la obligación se habrá extinguido por otro modo de poner término a las obligaciones: la imposibilidad en el incumplimiento, que nuestro Código reglamenta bajo el nombre de pérdida de la cosa debida.

Se da también como argumento el art. 1546, según el cual los contratos deben cumplirse de buena fe, de donde se sigue que si el deudor no puede cumplir por un hecho ajeno a su voluntad, sería contrario a la equidad sancionarlo con la resolución del contrato. En este sentido la sentencia publicada en T. 33, sec. 1ª, p. 486.

- **¿Procede la resolución por incumplimientos de poca monta?** ¿Cualquier incumplimiento es suficiente para demandar la resolución? ¿Incluso de una obligación secundaria? Tradicionalmente se ha enseñado que al no distinguir la ley, cualquier incumplimiento sería suficiente. Así Arturo Alessandri. En el mismo sentido Somarriva.

El primero que entre nosotros plantea una opinión distinta es Claro Solar, quien piensa que el incumplimiento de una obligación secundaria, no es suficiente para pedir la resolución. Funda su opinión en la equidad. Posteriormente lo han seguido otros autores. Entre otros Abeliuk y Fueyo. Hay un fallo clásico en esta materia (Corte de Talca de 12 de noviembre de 1920, Gaceta, año 1920, segundo semestre Nº 142) que negó la resolución por el incumplimiento de una obligación de poca monta, en atención a que las obligaciones infringidas tenían muy poca influencia en cuanto a la consecuencia de los fines que las partes se habían propuesto al contratar. Abeliuk da como razones, en primer lugar, porque puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y en seguida porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento, etc.

Este problema también lo toca la doctrina extranjera. Así, en Francia, los hermanos Mazeaud, afirman que "todo incumplimiento, sea cual sea su importancia, no lleva consigo necesariamente resolución: el juez dispone de un poder soberano para apreciar el grado de gravedad del incumplimiento susceptible de acarrear la resolución. Apreciará si ese modo de reparación excede, o no, el daño". Esta última opinión guarda armonía con el fundamento que estos autores dan a la condición resolutoria tácita (forma de indemnización de perjuicios).

En Italia se contempla expresamente la hipótesis, señalando que un incumplimiento de poca importancia no autoriza la resolución (artículo 1455 del Código italiano).

- **¿Procede la resolución si el incumplimiento es parcial?** No hay duda que sí. Tanto es así que el Código lo permite expresamente en el artículo 1875 inc. 2º. En esta parte hay unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia. Somarriva, Abeliuk. Igual opinión, en la doctrina extranjera (hermanos Mazeaud). En el mismo sentido la jurisprudencia (T. 28, sec. 1ª, p. 689).

Sin embargo, Vial apunta que la resolución parcial no es posible en el caso que la obligación infringida constituya un efecto esencial del contrato o que, sin serlo, la consideración de su existencia fue el motivo determinante para contratar, de modo que,

si falta, el contrato pierde razón de ser; o que cada una de las cláusulas vayan engarzadas entre sí de tal manera que se sirven la una de sustento de la otra.

- **Incumplimiento recíproco de los contratantes.** ¿Qué pasa cuando ambos contratantes incumplen? En rigor, no cabe resolución. Así, en general, lo ha resuelto la jurisprudencia.

Sin embargo, en algunos casos, se ha dado lugar a la resolución pero sin indemnización de perjuicios (por faltar el requisito de la mora), con el objeto de no dejar amarradas a las partes a un contrato que ninguno ha demostrado interés en cumplir. Se trataba de contratos de promesa. Los fallos se fundan en el espíritu general de la legislación y en la equidad (T. 28, sec. 1ª, p. 689 y T. 57, sec. 1ª, p. 274). Somarriva, comentando la primera de estas sentencias se pregunta si "¿no podría observársele que el artículo 1489, al conceder la acción al contratante diligente, implícitamente se la niega a aquel que no ha cumplido sus obligaciones?". Además argumenta que "el artículo 1552 del Código Civil impide que se dé lugar a la resolución si ambos contratantes son negligentes".

(3) Quién demanda la resolución debe haber cumplido su propia obligación o allanarse a cumplirla

Este requisito no aparece del artículo 1489, sino que derivaría del artículo 1552, en cuya virtud "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

De consiguiente, si quien demanda la resolución no ha cumplido con su propia obligación, se le opondrá por el demandado la excepción del contrato no cumplido. En ese sentido, la doctrina: Claro Solar, Abeliuk, Alessandri, Somarriva.

(4) Que una sentencia judicial declare la resolución del contrato

El último requisito para que proceda la acción resolutoria tácita es que la resolución se declare por sentencia judicial. Hay una diferencia notable con la condición resolutoria ordinaria que opera de pleno derecho.

Nuestro Código no lo dice en forma expresa. Sin embargo, fluye con absoluta claridad del propio tenor literal del artículo 1489, que en su inciso 2º, señala "Pero en tal caso...." dando a entender que en este caso no ocurre lo mismo que en el de la condición resolutoria ordinaria. Además, el inciso 2º emplea la expresión "pedir a su arbitrio", lo que implica demandarlo a un tribunal que naturalmente deberá resolverlo.

Se suele también dar como argumento el que de operar la resolución de pleno derecho, no se ve cómo podría el acreedor usar la opción que le otorga el artículo 1489, para pedir el cumplimiento. No parece lógico que pueda pedir el cumplimiento de una

obligación ya extinguida. Abeliuk afirma que este razonamiento no es convincente desde que el artículo 1487- norma aplicable tanto a la condición resolutoria ordinaria como a la tácita- permite al acreedor renunciar a la resolución. De tal suerte, explica que "aun cuando ella operara de pleno derecho, al acreedor le bastaría con manifestar su renuncia, para poder exigir el cumplimiento".

- **Consecuencia de que la resolución requiera de sentencia judicial.** Se suele señalar que como la resolución, en el caso de la condición resolutoria tácita, requiera de sentencia judicial, viene a resultar que el deudor podría enervar la acción de resolución, pagando hasta antes de la citación para sentencia en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda instancia.

Así se ha sostenido casi invariablemente por nuestros autores. En ese sentido, Claro Solar: "Mientras la resolución del contrato no ha sido declarada por la sentencia que ha de poner término al juicio, el contrato subsiste; y por lo mismo, hallándose requerido judicialmente el demandado con la notificación de la demanda, puede evitar la resolución ejecutando la obligación, efectuando la prestación de lo debido durante toda la secuela del juicio" (Fueyo, Abeliuk, Stitchkin, Somarriva). En el mismo sentido abundante jurisprudencia de nuestros tribunales (T. 44, sec. 1ª, p. 288,; T. 45 sec. 1ª, p. 597; T. 46, sec. 2ª, p. 3; T. 77, sec. 2ª, p. 77; T. 84 sec. 1ª, p. 149).

Estas opiniones se fundan en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, que permite oponer la excepción de pago en cualquier estado de la causa hasta el cítese para sentencia en primera instancia y la vista de la causa en segunda.

Sin embargo, parte de la doctrina moderna estima que tal solución es errada en razón de una serie de argumentos, de los cuales Vial señala los siguientes:

(1) El Código Civil no establece que el deudor incumplidor puede enervar la acción resolutoria con la excepción de pago;
(2) El art. 310 del CPC no es de carácter sustantivo, sino que tan sólo procesal, y su alcance se limita a precisar la oportunidad procesal para oponer la excepción de pago en los casos en que ella sea procedente. Es claro que si el demandante busca el cumplimiento de la obligación, el demandado puede oponer la excepción de pago, pero si persigue lo contrario, esto es la resolución, dicha norma procesal tornaría en ilusoria la facultad de ejercer la acción resolutoria de no perseverar en el contrato que establece sin limitaciones el art. 1489;
(3) Finalmente, es la parte diligente –y no la incumplidora- quien decide si perseverar o no en el contrato, pero de seguirse la interpretación mayoritaria, efectuando un pago tardío que no necesariamente será satisfactorio para el acreedor será en definitiva el deudor quien decida si se continúa o no con el contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del pacto comisorio, el art. 1879 indica que la acción comisoria (especie de resolutoria) precisamente puede ser enervada mediante el

pago. Al efecto, Vial estima que la acción resolutoria con que una de las partes manifiesta su opción de desistirse del contrato y acogerse a los efectos de la condición resolutoria tácita no podría enervarse por el cumplimiento de la obligación infringida, salvo que esta sea la de pagar el precio en el contrato de compraventa, por aplicación del art. 1879.

v. Derechos que confiere la condición resolutoria tácita

El artículo 1489 confiere al contratante diligente una opción para demandar o el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización d perjuicios.

Si demanda el cumplimiento podrá hacerlo por la vía ordinaria o por la vía ejecutiva, según la naturaleza del título que invoque.

Para el caso que se demande la resolución, la vía tendrá que ser necesariamente la ordinaria ya que del sólo título no consta el incumplimiento del contrato (Somarriva).

- **Las acciones de cumplimiento y de resolución son incompatibles, pero pueden interponerse sucesivamente.** Por ello no pueden demandarse conjuntamente, a menos que lo sea en forma subsidiaria, pero nada obsta a que ejercida una se pueda ejercer posteriormente la otra si no se obtuvo (art. 17 del Código de Procedimiento Civil).

Si el contratante diligente demanda el cumplimiento y no lo obtiene, mantiene su opción para demandar la resolución. Así lo entiende la doctrina.

- **La acción de indemnización de perjuicios es accesoria a la de resolución o cumplimiento.** No se puede demandar derechamente indemnización de perjuicios, sino que sólo como consecuencia de demandar el cumplimiento o la resolución del contrato. La claridad del artículo 1489 no admite dudas. Así lo entiende la doctrina. Así también la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales (T. 30, sec. 1ª, p. 495; T. 6º, sec. 2ª, p. 70).

En relación con esto, se ha fallado que "demandado el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, es inconsecuente que el fallo rechace, por una parte, dicho cumplimiento y, por otra, acoja la indemnización. Porque, según el claro tenor literal del artículo 1489 del Código Civil, la indemnización tiene como antecedente jurídico la resolución o el cumplimiento del contrato (todavía incumplido)" (Fallos del Mes Nº 241, sent. 3, p. 382).

No se puede pues, pedir la indemnización de perjuicios si no se ha demandado el cumplimiento o la resolución.

Sin embargo, esta regla tiene una excepción importante en el caso que la obligación incumplida sea de hacer, pues respecto de ellas, si el deudor se constituye en mora el acreedor puede demandar, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; y que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato (artículo 1553)

Los perjuicios tendrán que probarse, de acuerdo a las reglas generales (T. 17, sec. 1ª, p. 117). Lo anterior, sin perjuicio de que pueda haberse convenido una cláusula penal, que releve de esta obligación al actor (Gaceta 1938, T. 2º, Nº 103, p. 478).

La regulación de los perjuicios podrá hacerse en el mismo juicio, si se hubiere litigado sobre su especie y monto. O, en caso contrario, el tribunal reservará a las partes el derecho para discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso (art. 173 Código de Procedimiento Civil).

vi. Diferencias entre la condición resolutoria ordinaria y la condición resolutoria tácita

La doctrina señala las siguientes diferencias:

a) En la condición resolutoria tácita, el hecho futuro e incierto, es el incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral; en la condición resolutoria ordinaria, cualquier hecho futuro e incierto que no sea el incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral;

b) La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho; la tácita requiere de declaración judicial;

c) La condición resolutoria ordinaria requiere de una manifestación expresa de voluntad; la tácita, es subentendida por la ley en todo contrato bilateral;

d) La condición resolutoria tácita sólo opera en los contratos bilaterales (opinión mayoritaria); la ordinaria se puede establecer en cualquier negocio jurídico;

e) Cumplida la condición resolutoria ordinaria se produce necesariamente la resolución; en cambio en la condición resolutoria tácita el acreedor condicional tiene un derecho optativo para demandar el cumplimiento o la resolución del contrato;

f) Como la condición resolutoria tácita requiere de sentencia judicial que la declare, sus efectos son relativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º Código Civil. La situación es totalmente diferente en la ordinaria ya que al operar por el sólo ministerio de la ley, aprovecha a cualquier interesado;

g) En la condición resolutoria tácita el acreedor tiene derecho a indemnización de perjuicios, lo que no ocurre en la ordinaria;

h) En la condición resolutoria tácita, el deudor puede atajarla pagando; la ordinaria no puede ser enervada porque se produce de pleno derecho.

6.2.3 Efectos del pacto comisorio

i. Concepto.

El pacto comisorio está tratado en el párrafo 10 del Titulo XXIII del Libro IV del Código Civil, a propósito del contrato de compraventa por no cumplimiento de la obligación de pagar el precio. Su concepto lo da el artículo 1877 "por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de compraventa" (inc. 1º). "Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse" (inc. 2º)

De lo expresado en este artículo, se desprende que el pacto comisorio viene a ser la estipulación de la condición resolutoria tácita, por el no pago del precio en el contrato de compraventa. En efecto, si nada hubieren dicho las partes, y el comprador no pagare el precio, el efecto sería en principio el mismo.

ii. El pacto comisorio procede en cualquier contrato y por el incumplimiento de cualquiera obligación

La ubicación de esta norma, dentro del contrato de compraventa y a propósito del no pago del precio, ha hecho surgir dudas sobre si puede también convenirse en otros contratos y en la misma compraventa por obligaciones distintas a las del pago del precio.

Hoy día la doctrina es conteste en que pese a estar el pacto comisorio tratado en el contrato de compraventa, por el incumplimiento de la obligación de pagar el precio, su alcance es general, pudiendo establecerse en cualquier contrato (incluso contratos unilaterales con el efecto propio de anticipar el cumplimiento) y por el incumplimiento de cualquier obligación. Esta opinión, se funda en los siguientes argumentos:

a) El pacto comisorio no es otra cosa que la condición resolutoria tácita expresada, convenida;

b) En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden celebrar cualquiera estipulación con tal que no se atente contra la ley, el orden público o la moral y, por la misma razón, no se ve por qué no podrían acordar un pacto como éste;

c) Únicamente por una razón histórica el pacto comisorio se ha ubicado dentro de los pactos accesorios al contrato de compraventa. Tiene su origen en la Lex Commissoria del Derecho Romano. Como allí no se aceptaba la condición resolutoria tácita, pareció necesario establecer la Lex Commissoria, en cuya virtud si el comprador no pagaba el precio, el vendedor quedaba autorizado para solicitar se dejare sin efecto esa venta.

Un problema distinto es saber qué normas se van a aplicar al pacto comisorio establecido en los demás contratos, si la de los artículos 1877 y siguientes, o las generales de la condición resolutoria tácita y de la ordinaria.

A modo de ejemplo señalemos que es muy corriente en los contratos de arrendamiento este tipo de pactos, con el objeto de que el arrendador se ponga a cubierto de la posible mora del arrendatario. Es usual encontrar cláusulas como la que sigue: "Si el arrendatario no pagare la renta convenida dentro del plazo fijado (dentro de los cinco primeros días de cada mes, por ejemplo), el contrato de arrendamiento se extinguirá de inmediato". Por otra parte, y tratándose del contrato de compraventa, es posible que se estipule un pacto comisorio relativo a la obligación del vendedor de hacer entraga de la cosa.

iii. Pacto comisorio simple y pacto comisorio calificado

La doctrina ha establecido esta clasificación del pacto comisorio, que extrae del artículo 1879: "Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de compraventa, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde en las veinticuatro hora subsiguientes a la notificación judicial de la demanda".

De esta norma se infiere que existen dos modalidades de pacto comisorio:

a) El pacto comisorio simple, que no viene a ser más que la condición resolutoria tácita expresada. Por ejemplo, en un contrato de compraventa se establece que si el comprador no paga el precio se resolverá el contrato; o si en el arrendamiento se conviene que si el arrendatario no paga la renta en la oportunidad fijada en el contrato, éste se extinguirá (recuérdese que el contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo por lo que la resolución toma el nombre de terminación); y

b) El pacto comisorio calificado o con cláusula de ipso facto, que se define como el acuerdo de las partes en orden a dejar sin efecto el contrato, de inmediato, de ipso facto, si el deudor incumple sus obligaciones. No es necesario emplear palabras sacramentales (por ejemplo: sin necesidad de juicio, de pleno derecho, inmediatamente, etc.). Estaremos frente a un pacto comisorio calificado, cualquiera que sean los términos empleados, si aparece clara la intención de las contratantes de que se produzca

la resolución de inmediato, por el sólo hecho del incumplimiento, sin necesidad de resolución judicial. Ejemplos: Si comprador no pagare el precio dentro del plazo establecido, se resolverá de inmediato, de ipso facto, el contrato de compraventa; si el arrendatario no pagare la renta convenida dentro del plazo fijado, el contrato de arrendamiento se extinguirá de ipso facto (por el sólo ministerio de la ley, sin necesidad de declaración judicial).

iv. Efectos del pacto comisorio

Para estudiar el punto, hay que hacer las siguientes distinciones:

(1) Efecto del pacto comisorio simple, en el contrato de compraventa por no pago del precio.

El artículo 1878 expresa que "por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1873", esto es, el derecho a exigir el precio (cumplimiento del contrato) o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

Como se puede observar, estos efectos son idénticos a los de la condición resolutoria tácita: es decir, el comprador, puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Y por la misma razón, para que opere se requiere de una resolución judicial, igual que ocurre en la condición resolutoria tácita.

(2) Efecto del pacto comisorio simple en el contrato de compraventa por el incumplimiento de una obligación distinta a la del pago del precio (ej. la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida) o en cualquier otro contrato por incumplimiento de cualquiera obligación.

Siendo el pacto comisorio simple sólo la condición resolutoria tácita expresada, sus efectos son los mismos de aquella, es decir, se otorga al contratante cumplidor la opción para pedir el cumplimiento o la resolución más indemnización de perjuicios. Luego, se requiere también de sentencia judicial que declare la resolución.

(3) Pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por no pago del precio.

Los efectos del pacto comisorio en este caso, están tratados en el artículo 1879: "*Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de compraventa, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda".*

Como puede observarse, pese a que las partes convinieron que la compraventa se resolviera de ipso facto, es decir por el sólo hecho del incumplimiento, no ocurre de

esta forma, puesto que se otorga al comprador un plazo de 24 horas que se cuentan desde la notificación de la demanda, para enervar la acción de resolución, pagando el precio adeudado. De manera que está claro, que la resolución no opera de pleno de derecho, sino que se requiere de una sentencia judicial que la declare.

Se demanda la resolución en juicio ordinario, pues no hay un procedimiento especial (art. 3 del Código de Procedimiento Civil). Notificada la demanda, el comprador cuenta con un plazo de 24 horas, para enervar la acción de resolución pagando. Si el vendedor no quiere aceptar el pago, podrá pagar por consignación, lo que hará depositando la suma adeudada con los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos, en la cuenta corriente del tribunal que conoce del juicio de resolución (art. 1600 inciso final).

En conclusión, dice Abeliuk, no hay más diferencia, entre la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio simple, por un lado, y el calificado en la compraventa por no pago del precio que el plazo que tiene el deudor para pagar, que es de 24 horas para este último y de todo el juicio en los dos primeros. Sin embargo, esto último no es compartido por toda la doctrina, atendido que varios autores estiman que en la condición resolutoria tácita no es posible poder pagar durante todo el juicio.

Respecto al plazo para pagar, llamamos la atención que son 24 horas, que no es lo mismo que un día, por cuanto por tratarse de un plazo de horas, se empieza a contar a partir del momento mismo en que se notifica la demanda, ej. si se notifica a las 5 P.M. del 13 de septiembre, el plazo vence a las 5 P.M. del 14 de septiembre. En tanto, que si fuere de un día, y se notifica a las 5 P.M. del día 13, el plazo vence el 14 a las 24 horas, por disponerlo así el artículo 48 del Código Civil. Además es un plazo fatal, por lo que cumplido caduca el derecho del comprador para pagar, sin necesidad de acusar rebeldía (artículo 49 del Código Civil).

No hay duda, decimos, que en el presente caso la resolución requiere de sentencia judicial. Los siguientes argumentos así lo prueban:

a) Argumento histórico. En los proyectos de Código Civil, aparece claro que don Andrés Bello se quiso separar en esta materia del artículo 1656 del Código Civil francés, que le sirvió de fuente inspiradora;

b) El artículo 1878 -aplicable al pacto comisorio simple y al calificado- no priva al vendedor de la elección de acciones, pudiendo éste pedir el cumplimiento o la resolución. Si el contrato se resolviera ipso facto, no se ve como podría solicitarse el cumplimiento, pues el contrato ya está terminado;

c) El artículo 1879, señala que el comprador podrá, "sin embargo, hacerlo subsistir". Esta frase demuestra que el contrato no se extinguió por el sólo incumplimiento, pues "subsistir" significa que sigue viviendo (de otro modo había señalado "revivir");

d) Si el comprador puede enervar la resolución pagando dentro de 24 horas, desde que le notifica la demanda, es porque la resolución no opera por el sólo hecho del incumplimiento; y

e) Finalmente, el plazo que la ley otorga al deudor para hacer subsistir el contrato se cuenta desde la notificación judicial de la demanda, lo que prueba que es necesario un juicio.

Aclarado que en el caso que se viene tratando, la resolución opera por sentencia judicial, es necesario dilucidar en qué momento se produce la resolución. Hay dos opiniones:

i) Según algunos (Barros Errázuriz, Fueyo), la resolución se produce al momento en que se acoge la demanda por sentencia ejecutoriada;

ii) Para otros (Alessandri), la resolución se produce al momento en que se extingue el plazo de 24 horas para enervar la acción pagando.

(4) Efectos del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por el incumplimiento de una obligación distinta a la de pagar el precio o, en otro contrato por incumplimiento de cualquiera obligación.

En relación con los efectos del pacto comisorio calificado en estos casos, hubo en un tiempo una discusión doctrinaria, que se estima hoy prácticamente agotada. El problema es resolver si la resolución opera de pleno derecho o si requiere también, igual que en la compraventa por no pago del precio, de una sentencia judicial que la declare. Una sentencia de la Excma. Corte Suprema, en materia de arrendamiento, resolvió que la resolución opera por sentencia judicial y aplicó por analogía el artículo 1879 del Código Civil (T. 38, sec. 1ª, p. 318). En el mismo sentido T. 86, sec. 5ª, p. 92, Considerando 2.

Abeliuk y Ramos no comparten lo anterior. Les parece absolutamente claro que el pacto comisorio calificado, en este caso, opera de pleno derecho porque es eso lo que las partes pretendieron al estipularlo. No estamos frente al pacto comisorio del artículo 1879, por lo que no hay razón para aplicar sus reglas, sino ante un pacto creado por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1545. La norma del artículo 1879, es excepcional -porque rige para la compraventa y sólo para el no pago del precio- por ello su aplicación debe ser restrictiva. Además, como afirma Stitchkin, "...para interpretar las cláusulas de un contrato en que no hayan reglas especiales, debe recurrirse a las disposiciones generales de los artículos 1560 y siguientes, que atienden principalmente a la intención de los contratantes, que al estipular en esta forma el pacto comisorio en un contrato, pretenden, sin lugar a dudas, que se resuelva de pleno derecho en caso de incumplimiento".

La Corte Suprema en sentencia de 2 de julio de 1948 (T. 48, sec. 1ª, p. 109) acoge la tesis anterior, al establecer que en los contratos de arrendamiento las partes pueden estipular la terminación ipso facto del contrato por incumplimiento de las obligaciones de alguna parte y que esta estipulación surte los efectos que quisieron atribuirle, o sea que el contrato queda terminado por el sólo hecho de no cumplirse la obligación de que se trata, sin necesidad de acción en que se pida la terminación ni de sentencia que la declare. Este fallo tiene un extenso y esclarecedor comentario favorable de Víctor Santa Cruz Serrano quien, entre otros argumentos, recuerda que el pacto comisorio constituye una condición resolutoria, por lo que cabe aplicarle lo dispuesto en el artículo 1484, según el cual las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida. Y exigir sentencia judicial, no es lo que las partes convinieron. En el mismo sentido Fernando Alessandri. En contra Arturo Alessandri, Claro Solar quienes sostienen que cuando se estipula pacto comisorio calificado en otros contratos distintos de la compraventa debe aplicarse por analogía el art. 1879, y en consecuencia resolver que el deudor puede enervar la resolución pagando dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda. Por tanto, requeriría también de un juicio para obtener la resolución.

Al operar el pacto comisorio calificado de pleno derecho en el contrato de arrendamiento por ejemplo, si en éste se estipuló que el contrato terminaba de ipso facto por el no pago de las rentas en la oportunidad fijada, y se produce el incumplimiento, el arrendador puede demandar directamente de restitución de la cosa arrendada, sin necesidad de pedir la terminación del contrato. Además, por la misma razón, el arrendatario carece de facultad para hacer subsistir el contrato consignando las rentas que en su oportunidad dejó de pagar, etc.

v. Prescripción del pacto comisorio

El artículo 1880, establece que "el pacto comisorio calificado prescribe al plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato". "Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno".

Respecto de esta norma, es importante precisar lo siguiente:

a) El plazo de prescripción que ella establece rige únicamente para el pacto comisorio -simple o calificado- que reglamenta el Código Civil, es decir para el contrato de compraventa por no pago del precio.

En el caso del pacto comisorio establecido en otros contratos, o en la compraventa por una obligación diferente a la de pagar el precio, no se aplica la norma del artículo 1880. La prescripción en esos casos, se regula por los artículos 2514 inc. 2º y 2515, vale decir, prescribe en 5 años contados desde que la obligación se hace exigible. Esta opinión no

es naturalmente compartida por quienes son partidarios de aplicar a estos pactos comisorios por analogía las reglas de la compraventa;

b) El artículo 1880, no dice que el pacto comisorio prescriba en 4 años, sino en el plazo que las partes acordaren si no pasare de 4 años. Luego puede prescribir en un plazo menor de 4 años; y

c) Finalmente, el precepto contiene una grave anomalía, porque la prescripción, contrariamente a la regla general, se cuenta desde la fecha del contrato y no desde que la obligación se hizo exigible, y de ahí que la acción puede estar prescrita antes de nacer. Por ejemplo, en una compraventa se otorgan al deudor 5 años para el pago del precio y se estipula pacto comisorio. Si a los 5 años el comprador no paga el precio, la acción resolutoria estaría ya prescrita porque han pasado 4 años desde el contrato. Y no podría el acreedor pretender que no entabla la acción resolutoria del pacto comisorio, sino la emanada del art. 1489, que se cuenta conforme a las reglas generales, porque de ser así, el art. 1880 no tendría objeto. Esta última interpretación ha sido debatida, en consideración que el pacto comisorio es un beneficio para el acreedor, que no constituye una renuncia de la condición resolutoria tácita; adicionalmente, conforme al art. 1878 sigue vigente la opción del art. 1873, que es precisamente la condición resolutoria tácita, que se rige por sus propios plazos de prescripción.

6.2.4 La acción resolutoria

i. Concepto.

Abeliuk la define como "la que emana de la condición resolutoria en los casos que ella requiere sentencia judicial, y en cuya virtud el contratante diligente solicita que se deje sin efecto el contrato por no haber cumplido la contraparte alguna de las obligaciones emanadas de él".

Dice la definición que emana de la condición resolutoria en los casos en que ella requiere sentencia judicial. Pues bien, ello se produce en las siguientes situaciones: a) en la condición resolutoria tácita, b) en el pacto comisorio simple, c) en el pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por no pago del precio.

En la condición resolutoria ordinaria o en los otros pactos comisorios, no hay acción resolutoria, porque la resolución opera de pleno derecho, no se demanda judicialmente y por ello no se requiere de acción. Luego, como observa Abeliuk, es erróneo afirmar que la acción resolutoria proviene de la condición resolutoria, pues, como se viene mostrando, hay casos de condición resolutoria que no dan acción.

ii. Características de la acción resolutoria

La doctrina señala las siguientes:

(1) La acción resolutoria es personal

Aun cuando en la doctrina extranjera su naturaleza de personal ha sido discutida, en Chile la unanimidad de la doctrina así lo entiende (Alessandri, Abeliuk, Somarriva). Es personal porque la acción deriva del contrato y éstos generan derechos personales. No olvidemos que el artículo 578 nos dice que "de estos derechos -de los personales o créditos- nacen las acciones personales".

Por ser personal, sólo se puede entablar en contra de quien celebró el contrato, no en contra de terceros. Por ello, si el comprador, por ejemplo, enajena la cosa a un tercero, no podrá intentarse la acción en contra de este tercero, porque no fue parte del contrato (T. 10, sec. 1ª, p. 507). Ello, sin perjuicio, de que exista otra acción en contra de ese tercero (reivindicatoria o restitutoria), como luego veremos.

(2) La acción resolutoria es patrimonial

Ello es así desde que su objetivo es dejar sin efecto un contrato patrimonial. No cabe la resolución en el Derecho de Familia.

Del hecho de ser patrimonial derivan importantes consecuencias:

- Es renunciable. Así fluye del artículo 1487 y es lógico que así sea pues sólo mira al interés personal del renunciante y no se encuentra prohibida su renuncia (artículo 12). Se puede renunciar en el mismo contrato, antes del incumplimiento o una vez producido éste.

Puede la renuncia ser expresa o tácita. El solo hecho de demandar el cumplimiento, no supone la renuncia a la acción resolutoria;

- Es transferible y transmisible. En consecuencia, podrán deducirla los herederos y cesionarios del acreedor, y deberán soportarla los herederos del deudor, todo ello de acuerdo a las reglas generales, a las cuales no hay excepción alguna.

- Es prescriptible. Su plazo de prescripción será normalmente de 5 años, que se cuentan desde que la obligación se hace exigible (artículos 2514 y 2515). Sin embargo, en la condición resolutoria que emana del pacto comisorio establecido en un contrato de compraventa por no pago del precio, rige la regla especial del artículo 1880, esto es, que prescribe en el plazo que fijaron las partes si no excede de los 4 años, plazo que se cuenta desde la celebración del contrato.

Entre la prescripción de la condición resolutoria tácita y la del pacto comisorio del art. 1880, hay tres diferencias: i) la de los plazos, 5 y 4 años, respectivamente, ii) en el momento en que comienzan a correr, y iii) la primera es de largo tiempo común, y se

suspende, en consecuencia, a favor de las personas enumeradas en el art. 2509, mientras que la emanada del art. 1880 es especial o de corto tiempo, y de acuerdo al art. 2524 no se suspende.

(3) La acción resolutoria es mueble o inmueble, según la cosa sobre que recaiga.

Es aplicación lisa y llana del artículo 580. Así, la del vendedor de un automóvil, es mueble, y la del vendedor de un bien raíz, inmueble.

(4) La acción resolutoria es indivisible.

Esta indivisibilidad es subjetiva y objetiva.

a) Subjetiva, porque siendo varios los acreedores, todos ellos deben ponerse de acuerdo para pedir el cumplimiento o la resolución, y siendo más de uno el deudor no podría el acreedor exigir a uno el cumplimiento y al otro la resolución. Esta conclusión se funda en el artículo 1526 Nº 6 del Código Civil y cuenta con el apoyo de la doctrina (Fueyo, Somarriva). Así también jurisprudencia (T. 57, sec. 1ª, p. 253).

b) Objetiva, porque no se puede demandar en parte el cumplimiento y en parte la resolución. Ello es así, porque el artículo 1489, da la alternativa para demandar el cumplimiento o la resolución, pero no en parte el cumplimiento y en parte la resolución.

6.2.5 Resolución y nulidad de un contrato

Son muy diferentes:

1. Porque la nulidad y rescisión suponen alguna infracción a los requisitos de validez del acto o contrato, que ha nacido viciado, y por ello se le deja sin efecto. En cambio, en la resolución el acto es perfectamente válido, en sí mismo es inatacable (por ello, se ha resuelto, que no puede demandarse la resolución de un contrato de promesa nulo. T. 46, sec. 2ª, p. 79) y es un hecho posterior, el incumplimiento de una obligación, el que permite al acreedor solicitar que se deje sin efecto el contrato, pero también puede exigir el cumplimiento, precisamente, porque el acto es válido y eficaz;

2. La nulidad y rescisión producen efectos radicales; borran totalmente el acto o contrato; la resolución es de efectos más atenuados; así la nulidad de acuerdo al art. 1689 da acción contra terceros (de buena o mala fe) sin efectuar las distinciones que realizan los arts. 1490 y 1491, para la resolución;

3. La nulidad procede en toda clase de actos y contratos, mientras que la resolución únicamente en estos últimos, si son bilaterales (según la doctrina mayoritaria);

4. La acción de nulidad absoluta prescribe en 10 años; la rescisoria en 4, y por regla general la resolutoria en 5, que pueden ser 4 en el pacto comisorio;

5. Las reglas de las prestaciones mutuas son diferentes, y así en la nulidad y rescisión el deudor de mala fe debe restituir los frutos, mientras que en la resolución ellos no se devuelven, y no se pagan las mejoras necesarias, mientras debe hacerse en la nulidad y rescisión, etc.

6.2.6 Resolución y resciliación

Corresponden a dos instituciones absolutamente diferentes. La resolución procede cuando en un contrato bilateral una de las partes no cumple sus obligaciones. La resciliación, en cambio, es un modo de extinguir las obligaciones que se produce cuando las partes, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, acuerdan dejar sin efecto el contrato de donde emana la obligación (art. 1567 inc. 1º). Por su propia naturaleza, la resciliación no puede afectar en modo alguno a los terceros, pues el acuerdo que ella supone les es inoponible, *"res inter alios acta"*.

6.2.7 Efectos de la resolución

Si bien existen varias clases de condición resolutoria, los efectos de ellas, sean ordinarias, tácitas, pacto comisorio simple o calificado, son los mismos.

Para estudiar esta materia hay que distinguir entre los efectos entre las partes y respecto de terceros.

i. Efectos de la resolución entre las partes

Los efectos entre la partes, son los propios de toda condición resolutoria, es decir, volver a las partes al estado anterior a la celebración del contrato, como si nunca hubieren contratado.

En virtud del efecto retroactivo, cumplida la condición, el deudor condicional debe restituir lo que había adquirido bajo esa condición. Así lo ordena el artículo 1487, que es de alcance general para cualquier tipo de condición resolutoria: "Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere renunciarla, pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere".

Recordemos que el deudor condicional, por regla general, no restituye los frutos percibidos en el tiempo intermedio (art. 1488); que entrega la cosa en el estado en que

se encuentre, con sus aumentos y mejoras, y sufriendo el acreedor los deterioros fortuitos que haya experimentado la especie, no así los culpables, de los que responde el deudor (art. 1486); los actos de administración realizados por el deudor (arriendos por ejemplo), quedan firmes -recuérdese que ello se infiere de las reglas del fideicomiso, artículo 758- sin perjuicio, de que producida la resolución, ésta opere como modo de extinguir esos contratos (arts. 1950 Nº 3 y 1958 del Código Civil).

Conviene precisar que si el deudor había cumplido en parte sus obligaciones, debe restituírsele lo que él hubiere pagado, pues en caso contrario habría enriquecimiento sin causa. Así lo dice el artículo 1875 inc. 2°, en la resolución de la compraventa por no pagarse el precio.

ii. Efectos de la resolución respecto de terceros

ii.1 Nociones Generales.

La primera cuestión que hay que plantearse es por qué la resolución de un contrato puede afectar a los terceros. La respuesta es obvia: va a afectar a los terceros cuando el deudor condicional, pendiente la condición resolutoria haya enajenado o gravado la cosa poseída bajo esa condición. En virtud del efecto retroactivo de la condición, cumplida ésta, cabe entender que el deudor condicional no ha sido nunca dueño, por lo que tales enajenaciones y gravámenes los realizó sobre cosa ajena, siendo, por lo mismo, inoponibles al verdadero dueño. Sin embargo, si esta regla se aplicara en forma absoluta se causaría perjuicios a los terceros que pueden haber contratado con el deudor condicional de buena fe, ignorando la existencia de la condición.

Por ello, para conciliar los intereses del acreedor con los de los terceros, el Código ha dado reglas especiales en los artículos 1490 y 1491, en cuya virtud -y hablando en términos muy generales- la resolución no afecta a los terceros de buena fe.

La idea en ambos es la misma: las enajenaciones y gravámenes quedarán sin efecto cuando el tercero sabía de la condición (art. 1490) o debía saberla por constar en el título respectivo inscrito (art. 1491).

El artículo 1490, rige para los bienes muebles y el 1491, para los inmuebles.

Para algunos estos artículos sólo se aplican en el caso de la condición resolutoria, pero no a la condición suspensiva ni al plazo. El art. 1490 los menciona expresamente, y el art. 1491, con una redacción un poco mejor, no se refirió expresamente a ellos, pero como habló de condición en general podría entenderse que comprende también a la suspensiva.

Como los preceptos abarcarían únicamente a la condición resolutoria, serían incorrectas las expresiones "debe una cosa mueble..." "debe un inmueble" que utilizan, por cuanto

el deudor resolutorio no adeuda una cosa, sino que es dueño o poseedor de ella, únicamente que expuesto a perderla en el caso de cumplirse la condición resolutoria. Por tanto, las disposiciones se refieren al que "tiene o posee una cosa" sujeta al evento de restituirla por el cumplimiento de la condición resolutoria.

Para estos autores, los arts. 1490 y 1491, en consecuencia, están mal redactados y se refieren únicamente a la situación del que tiene o posee una cosa bajo condición resolutoria, que es quien ha adquirido un derecho real en la cosa, y puede enajenarla, y si su derecho se resuelve, puede verse afectado el de su adquirente (el acreedor condicional suspensivo ningún derecho tiene y no podrá reivindicar contra el adquirente, porque no es dueño mientras la condición no se cumpla y se efectúe la tradición; el acreedor a plazo suspensivo no tiene derecho real alguno que reivindicar si no ha operado la tradición; y el acreedor a plazo extintivo es un mero tenedor de ella, como se desprende del art. 1087 porque el usufructuario es mero tenedor de la cosa dada en usufructo, y si la enajena, hay venta de cosa ajena, inoponible al verdadero dueño, sea que el tercero esté de buena o mala fe; lo único que el usufructuario puede ceder es su derecho de usufructo).

ii.2 Estudio del artículo 1490

Esta norma establece que "*si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".*

Cuando la norma habla de "cosa mueble" debe entenderse que puede tratarse de cosas corporales o incorporales (derechos).

- **Requisitos para que la enajenación o gravamen de una cosa mueble debida bajo condición resolutoria afecte a terceros.** Los requisitos son dos: a) que el deudor condicional la haya enajenado o gravado, y b) que el tercero esté de mala fe, es decir que al momento de contratar con el deudor condicional, supiera que el derecho de éste estaba sujeto a extinguirse de cumplirse la condición.

De acuerdo a las reglas generales (artículo 707), la buena fe se presume, por lo que será el acreedor condicional quien deberá probar la mala fe del tercero.

ii.3 Estudio del artículo 1491

Esta norma establece: *"Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública".*

También en este caso, al no distinguir la ley, la expresión "inmueble", comprende tanto las cosas corporales como las incorporales. No se comprende a los inmuebles por

adherencia porque ellos son considerados muebles por anticipación para los efectos de su enajenación (artículo 571).

- **Requisitos para que los terceros se vean afectados por la condición.** Según el artículo 1491, un sólo requisito es necesario: que la condición conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

Esta norma crea algunos problemas: ¿qué se entiende porque conste en el título? ¿Cuál es el titulo respectivo? El hecho de que la condición conste en el título, ¿transforma al tercero en poseedor de mala fe?

- *¿Cuándo consta la condición en el título respectivo?*

Es indudable que en el caso de la condición resolutoria ordinaria o del pacto comisorio, ellas constan en el título. La duda puede presentarse respecto de la condición resolutoria tácita, ya que ésta justamente por no estar expresada, no puede constar en el título.

Se ha entendido casi invariablemente por la doctrina que cuando se exige que la condición "conste" en el título, no quiere significar que debe estar expresada, de modo que debe entenderse que consta también la condición si del título aparece que existe una obligación pendiente, pues con ello quien va a contratar sabe que si tal obligación no se cumple operará la condición resolutoria tácita. Una cosa "consta", se dice, cuando es cierta, y si hay una obligación incumplida en un contrato bilateral, se sabe, es un hecho cierto, que podrá resolverse si no se cumple esa obligación. Por lo demás el artículo 1491, no distingue entre condición resolutoria expresa o tácita. Se agrega que el art. 1876 se refiere a la condición resolutoria tácita en la compraventa y se remite expresamente a los arts. 1490 y 1491 para determinar cuándo la resolución por el no pago del precio da derechos contra terceros poseedores. Si el art. 1491 no se aplicará a la condición resolutoria tácita, no tendría objeto la referencia de aquél.

Una opinión distinta tenía don Ruperto Bahamondez, para quien sólo constaría la condición resolutoria expresa.

Lo que venimos diciendo es del mayor interés, pues al examinarse títulos de inmuebles, deberá estudiarse si existen obligaciones pendientes, pues de haberlas, el adquirente de la cosa quedará expuesto a que su derecho se resuelva, si el deudor no cumple esa obligación, por aplicación del artículo 1489. Así, por ejemplo, si quien pretende vender, al momento de comprar el inmueble quedó adeudando un saldo de precio, deberá exigirse que se acredite, con la correspondiente escritura de cancelación, que el saldo de precio se encuentra pagado.

- *¿Cuál es el título respectivo?*

El artículo 1491, exige que la condición conste en el "título respectivo". Pues bien, ¿cuál será éste? Título respectivo es aquél en cuya virtud adquirió la cosa la persona que ahora pretende enajenar o gravar. Ej. Pedro quiere vender a Juan su casa. El título respectivo será aquél en cuya virtud adquirió Pedro (o alguno de los antecesores de Pedro en el dominio del bien).

¿Por qué la ley dice que el título debe constar en el respectivo título inscrito u otorgado por escritura pública?

Nótese, en primer lugar, que la ley no dice que para que opere la resolución la condición tenga que encontrarse inscrita. Lo que se inscribe es el título no la condición (recordar art. 53 N° 1 del Reglamento del C.B.R.).

Si la ley habla de título inscrito u otorgado por escritura pública, es porque hay ciertos títulos que no requieren de inscripción, como ocurre con las servidumbres, cuya tradición se hace mediante escritura pública (art. 698). En el caso de actos que deben inscribirse no basta la sola escritura pública, tiene que encontrarse el título inscrito.

Algunos atribuyen la frase "u otorgado por escritura pública", al hecho de que como el Conservatorio de Bienes Raíces no empezó a operar conjuntamente con el Código, hubo un lapso (hasta el 1º de enero de 1859), en que sólo podía hablarse de títulos otorgados por escritura pública, pues esa fue la forma como se adquirían los derechos reales en el lapso intermedio, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 697 del Código Civil.

- *Si la condición consta en el título inscrito u otorgado por escritura pública ¿transforma al tercero adquirente en poseedor de mala fe?*

Este problema ha sido discutido y la conclusión es que aunque la condición conste en el título inscrito u otorgado por escritura pública, ese hecho no lo transforma en poseedor de mala fe, y no tendrá esa calidad si tiene la conciencia de haber adquirido la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio, tal como lo señala el artículo 706 inc. 1º. La jurisprudencia ha dicho que como la buena fe se presume, será el reivindicante quien deberá probar que adquirió la cosa de mala fe (T. 45 sec. 1ª, p. 324; T. 23, sec. 1ª, p. 354). Abeliuk está de acuerdo con lo anterior. En contra Alessandri.

Lo anterior es importante, porque si es poseedor de buena fe y cumple los demás requisitos de posesión regular -justo título y tradición- puede llegar a adquirir la cosa por prescripción ordinaria y no sólo podrá excepcionarse con la extraordinaria.

- *Gravámenes que caducan*

El artículo 1491, plantea todavía otro problema, pues al hacer referencia únicamente a tres gravámenes -hipoteca, censo o servidumbre- se plantea la duda de lo que ocurre si el gravamen es otro, ej. si se constituye un fideicomiso, usufructo, uso, habitación ¿rige en estos casos la norma del artículo 1491? Arturo Alessandri, dice que el art. 1491, no es taxativo, sino ejemplificativo, por lo que en el caso de los otros gravámenes también rige el artículo 1491. En cambio Jorge González Von Marés cree que la norma es taxativa, argumentando que por ser excepcional, debe interpretarse en forma restringida. Además, sostiene que los artículos 763, 806, 812, 885 y 2406, establecen que los derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y prendas se extinguen por la resolución del derecho de su autor, sin distinguir si los terceros adquirentes de estos derechos estaban de buena o mala fe.

Abeliuk dice que en ambos artículos deben considerarse comprendidos todos los gravámenes, como usufructo, uso, habitación, etc., todos ellos quedarán sin efecto cumpliéndose los respectivos requisitos.

ii.4 Acción reivindicatoria de los acreedores condicionales

Cumpliéndose los requisitos de los artículos 1490 y 1491, los acreedores condicionales, tienen acción reivindicatoria contra los terceros poseedores.

Así lo dice el artículo 1490. Se trata dice Stitchkin de una verdadera acción reivindicatoria que ejercita el acreedor, porque habiéndose resuelto el contrato, el dominio vuelve automáticamente a su patrimonio y puede en consecuencia, reclamar la posesión de la cosa. La única salvedad es que no procede la acción reivindicatoria contra los terceros de buena fe (en el caso de los muebles) o respecto de los cuales la condición no constaba en el título inscrito u otorgado por escritura pública, en el caso de los inmuebles.

Como toda acción reivindicatoria, por ser real se va a dirigir en contra del actual poseedor de la cosa. Las prestaciones mutuas que se generen en este caso, se rigen por las reglas de los artículos 904 y siguientes.

Finalmente, agreguemos que el acreedor condicional, al momento de demandar puede intentar en la misma demanda la acción resolutoria en contra del contratante incumplidor y la acción reivindicatoria en contra del tercero poseedor por emanar ambas acciones de un mismo hecho (art. 18 del Código de Procedimiento Civil).

ii.5 Efectos de la cláusula de encontrarse pagado el precio

Esta es una situación especialmente tratada en el artículo 1876: "La resolución por no haberse pagado el precio no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino

en conformidad a los artículos 1490 y 1491". "Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores".

El problema que plantea esta disposición es si el inciso 2º, se aplica sólo en relación con los terceros adquirentes o si también afectaría al vendedor. Una sentencia estableció que se aplica no sólo cuando la cuestión controvertida es con terceros, sino también cuando lo es entre las partes (T. 33, sec. 1ª, p. 237. En el mismo sentido T. 31, sec. 1ª, p. 480). A Ramos no le parece que esa sea la buena doctrina. Cree que el inciso 2º del artículo 1876 está dado exclusivamente en beneficio de los terceros adquirentes, opinión que funda en los siguientes antecedentes:

a) El inciso 2º, debe interpretarse en armonía con el inciso 1º, que está tratando la situación de los terceros poseedores;

b) Porque si en la escritura se dice que el precio se pagó, sin que ello sea cierto, existe simulación, y en este caso, no hay ninguna razón para impedir al vendedor que pruebe la simulación. Recordemos que, en principio, nuestro Código acepta la posibilidad de simulación, y lo único que hace es proteger al tercero, como lo prueban los artículos 1707 y 1876; y

c) Finalmente, porque en conformidad al artículo 1700, lo declarado por las partes en una escritura pública sólo constituye una presunción de verdad, que admite prueba en contrario. Así ha sido fallado (T. 52, sec. 4º, p. 52; T. 58, sec. 2ª, p. 21).

ii.6 Los artículos 1490 y 1491, se aplican tanto a las enajenaciones voluntarias como a las forzadas

Una sentencia ha declarado que si el tercero adquirió el bien en pública subasta, de todas maneras se le aplica el artículo 1491, si la condición constaba en el título, puesto que esta disposición no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzadas (Gaceta de los Tribunales, T. 2, sent. 512, p. 534). A Ramos le parece esta sentencia absolutamente ajustada a derecho. En igual sentido T. 45, sec. 1ª, p. 324.

ii.7 La condición suspensiva regulada en los artículos 1490 y 1491.

Si bien el art. 1490 se refiere expresamente a la condición suspensiva, y el 1491 habla de "condición" sin hacer distinciones, comprendiendo por ende tanto a las suspensivas como resolutoria, regulando así el caso en el que una de las partes contrae la obligación de hacer a la otra la tradición de una cosa si se cumple una condición suspensiva, pero que mientras pendía tal condición la cosa es enajenada a un tercero, cumpliéndose posteriormente la condición. Por ejemplo: en enero del año 2008 A se obligó para con B a hacerle la tradición de un animal determinado si se recibía de abogado; en abril de

dicho año A le vendió el animal a C; finalmente, en diciembre de 2008 B se recibió de abogado, cumpliéndose así la condición.

Pese al claro tenor de los artículos 1490 y 1491, parte de la doctrina estima que la regulación que ellos hacen de la condición suspensiva es letra muerta imposible de ser aplicada. Lo anterior, atendido que si bien la condición suspensiva opera con efecto retroactivo, el acreedor condicional jamás fue dueño ni poseedor de la cosa, razón por la cual tampoco es titular de la acción reivindicatoria (que únicamente corresponde al dueño) destinada a recuperar la cosa del tercero que la adquirió de mala fe (conociendo la condición o que esta constara en título inscrito u otorgado por escritura pública).

Por el contrario, Vial estima que los ya citados artículos 1490 y 1491 son plenamente aplicables a la condición suspensiva, pues en caso contrario se arriba a una solución que no sanciona e incluso ampara a quien obró de mala fe (o que a lo menos asumió el riesgo de adquirir una cosa sujeta a condición), lo que contraviene abiertamente con los principios generales del Derecho. Si bien este autor reconoce que el acreedor condicional no es titular de la acción reivindicatoria por no ser ni dueño ni poseedor, estima que si podría entablar dicha acción en contra del tercero adquirente, no directamente, sino que subrogándose en los derechos del deudor condicional que enajenó o gravó la cosa encontrándose pendiente la condición suspensiva que con posterioridad se cumplió. "En otras palabras, el acreedor puede reivindicar, pero no como dueño, sino que subrogando al dueño, que es el deudor condicional a quien sustituye." Como es obvio, con el ejercicio de la acción reivindicatoria la cosa volverá a su dueño, el deudor condicional, y en contra de éste el acreedor condicional ejercerá las acciones destinadas a que cumpla su obligación y le restituya la cosa.

E.2 OBLIGACIONES A PLAZO

1. REGLAMENTACIÓN DEL PLAZO EN EL CÓDIGO CIVIL

El plazo está tratado en forma inorgánica en el Código Civil: a) en el Título Preliminar, artículos 48 al 50, en que se dan normas sobre la forma de computar los plazos; b) en el Libro IV, Título V: De las Obligaciones a Plazo, artículos 1494 a 1498; c) en el párrafo 3º del Título IV del Libro III, al tratar de las asignaciones testamentarias a día; y d) distintas disposiciones hacen referencia al plazo extintivo, como modo de extinguir los contratos, ej. art. 1950 Nº 2 (en el arrendamiento); art. 2163 Nº 2 (mandato), etc.

El artículo 1080, en materia de asignaciones testamentarias a plazo, establece que éstas se sujetan a las reglas dadas en el título "*De las obligaciones a plazo*, con las explicaciones que siguen"; y a su turno el artículo 1498, ubicado en el Título V del Libro IV "De las

Obligaciones a Plazo", hace aplicable a las convenciones lo dicho en el Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias a día.

2. CONCEPTO DE PLAZO

El artículo 1094 señala que "el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación...", definición que comprende exclusivamente el plazo suspensivo, pero no el extintivo. Por ello es mejor definirlo diciendo que es un **hecho futuro y cierto del cual depende la exigibilidad o la extinción de un derecho**. Este último elemento es el que lo diferencia de la condición que es un hecho incierto. De manera que cuando una obligación está sujeta a plazo el hecho necesariamente va a ocurrir, por lo que no existen plazos fallidos, como ocurre con la condición. Y por la misma razón, al definirlo, se dice que suspende la exigibilidad (no el nacimiento) del derecho.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS PLAZOS

Los plazos se clasifican en las siguientes categorías:

1. Determinado e indeterminado;
2. Fatal y no fatal;
3. Expreso y tácito;
4. Convencional, legal y judicial;
5. Continuo y discontinuo; y
6. Suspensivo y extintivo.

3.1 Plazo determinado e indeterminado

El plazo será determinado si se sabe cuando va a ocurrir el hecho que lo constituye, como una fecha del calendario (ej. me obligo a pagar dentro de 30 días, o bien el 1º de septiembre del 2008).

Es indeterminado, cuando se sabe que el hecho va a ocurrir (es un hecho cierto), pero no se sabe cuando, como el día de la muerte de una persona (art. 1081, inc. 2º). La verdad es que fuera de la muerte de una persona, es difícil encontrar otro ejemplo de plazo indeterminado.

3.2 Plazo fatal y plazo no fatal.

El plazo es fatal cuando por su sólo cumplimiento se extingue irrevocablemente un derecho. No lo es cuando no obstante estar vencido el plazo puede ejercerse todavía válida y eficazmente el derecho, hasta mientras no se acuse la rebeldía correspondiente.

El artículo 49 del C. Civil señala que "cuando se dice que un acto debe ejecutarse *en* o *dentro de* cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que

termina el último día del plazo; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo".

Los plazos fatales se conocen por la expresión "en" o "dentro de" y tienen importancia especial en materia procesal. Sobre el particular, el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil señala que "los plazos que señala este Código son fatales cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo...".

Por ende, en el procedimiento civil por regla general todos los plazos son fatales (como lo son el fijado para contestar la demanda, apelar, etc.), y excepcionalmente no lo son aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal (como el de 60 días para dictar sentencia definitiva).

No es lo mismo "plazo fatal" que "plazo no prorrogable", pues hay plazos que son fatales, pero que el juez puede prorrogar, como lo es el plazo para presentar la demanda en el marco de una medida prejudicial precautoria (art. 280 del Código de Procedimiento Civil).

3.3 Plazo expreso y plazo tácito.

Esta distinción la hace el artículo 1494. Plazo expreso es el que estipulan las partes.

El plazo tácito es definido por el art. 1494 como "e*l indispensable para cumplirlo*", como por ejemplo, el caso del traje de novia que debe ser entregado antes de la celebración del matrimonio. El plazo tácito también es aquel que la ley subentiende en ciertos casos a falta de estipulación de las partes, como lo es el caso del usufructo (si las partes nada pactan, tendrá durará toda la vida del usufructuario si es persona natural, y 30 años si es persona jurídica).

Tiene importancia esta clasificación para los efectos de constituir en mora al deudor, pues el artículo 1551, señala que "el deudor está en mora: 2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla".

3.4 Plazos convencionales, legales y judiciales

Será convencional si lo estipulan las partes, legal si lo establece la ley, judicial, si lo fija el juez.

La regla general es que los plazos sean convencionales (o voluntarios). Los legales, son excepcionales en materia civil (ejs. plazos de prescripción; el plazo de las 24 horas en el pacto comisorio calificado del art. 1879; el artículo 2200, establece en el mutuo un plazo de 10 días para devolver lo recibido si no se fijó término; plazo del partidor (artículo 1332), plazo del albaceazgo (artículo 1304, etc.), pero abundan en derecho procesal: ejs. plazo para contestar la demanda, plazo para la dúplica, para apelar, término de prueba, etc.

Los plazos judiciales son excepcionales, pues según el 1494 inc. 2º: "no podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u obscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes". Así por ejemplo el art. 904 establece que el juez que conoce del juicio de reivindicación determinará el plazo en el cual el poseedor vencido debe restituir la cosa al reivindicante. Otros casos de plazos judiciales se encuentran en los artículos 378 inc. 2º, 1094, 1276, 1305, 220l y 2291 inc. 2º.

- **Plazo de gracia.** El Código Civil habla de plazo de gracia en el artículo 1656 inciso final: "Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor". Las "esperas" es una simple prórroga del plazo. Por su parte, el concepto "plazo de gracia", en esta norma, es un mero beneficio o favor dispensado por el acreedor al deudor, sin que implique, por parte del primero, renuncia de derechos ni prórroga del plazo original.

Cabe apuntar que el recién descrito plazo de gracias no es el mismo que usan algunas legislaciones extranjeras (Francia, por ejemplo), que entienden por tal el que otorga el juez al deudor para que pueda cumplir la obligación más allá del plazo convencional (el deudor que no puede pagar pide judicialmente que se le otorgue este nuevo plazo de gracia). Un plazo de gracia de ese tipo no existe porque va contra la ley del contrato (artículo 1545) y en contra de lo dicho en el art. 1494 inc. 2º.

3.5 Plazos continuos y discontinuos

Plazo continuo o corrido es el que no se suspende durante los días feriados. Plazo discontinuo o de días hábiles, es aquel que se suspende durante los feriados. Sobre este punto, la regla es que los plazos sean continuos. Así lo dice el artículo 50 del Código Civil: "En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados". Por aplicación de esta norma, por ejemplo, el plazo de 30 días establecido en el artículo 1723, es de días corridos (no se suspende durante los feriados).

La excepción más importante, la encontramos en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: "los plazos de días que establece el presente código, se entenderán suspendidos durante los feriados, salvo que el tribunal por motivos fundados haya dispuesto expresamente lo contrario". En general, los plazos procesales, en los distintos Códigos suelen ser de días útiles, es decir, se suspenden durante los feriados.

3.6 Plazos suspensivos y extintivos

Plazo suspensivo es el que marca el momento desde el cual empezará el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación. Se caracteriza por la expresión "desde". La definición del art. 1494, se refiere a este plazo.

Nótese que a diferencia de la condición, que suspende la existencia del derecho, el plazo únicamente se refiere a su ejercicio, pues al ser un hecho cierto, el derecho ya existe.

Plazo extintivo es el que por su cumplimiento extingue un derecho y la correlativa obligación. Fueyo dice que es el "que marca el término de la relación jurídica", y pone como ejemplo, el plazo de duración del arriendo o del usufructo.

4. EFECTOS DEL PLAZO

Para estudiar esta materia es necesario distinguir entre plazo suspensivo y extintivo y volver a distinguir, en ambos casos, los efectos del plazo pendiente y del plazo cumplido.

4.1 Efectos del plazo suspensivo.

4.1.1 Efectos del plazo suspensivo pendiente

Pendiente el plazo, el derecho ha nacido (así lo prueba el artículo 1084 aplicable por mandato del 1498), pero no es exigible. La obligación no es actualmente exigible.

Consecuencias:

a) El acreedor no puede demandar el cumplimiento de la obligación, por no ser actualmente exigible. Consecuencias de ello, es que el deudor no está en mora; no corre prescripción en contra del acreedor (art. 2514 inc. 2º); y no opera la compensación legal (art. 1656 Nº 3);

b) Si el deudor paga antes, paga lo debido y, por lo mismo, no puede pedir restitución (artículo 1495). El pago anticipado significa simplemente que ha renunciado al plazo (en la condición suspensiva pendiente la situación es al revés. Art. 1485 inc. 2).

El inc. 2º del art. 1495 señala que "*Esta regla no se aplica a los plazos que tienen el valor de condiciones*". La norma está mal redactada, pues no hay plazos que tengan el valor de condiciones. Lo que la disposición quiere decir es que no se aplica al caso del artículo 1085, esto es, de las asignaciones desde día cierto pero indeterminado, que se consideran condicionales, siendo la condición que el asignatario esté vivo el día en que se cumple el plazo. Por ejemplo, le dono un vehículo a A el día que B fallezca. El fallecimiento de B es un plazo, porque tiene que ocurrir, pero es indeterminado, por cuanto no se sabe cuándo. En consecuencia, mi obligación como donante es a plazo, pero en virtud del precepto envuelve la condición de que A sobreviva a B, lo que es un hecho incierto; si muere antes que B, nada transmite a sus herederos, dado el carácter personal de la donación, y eso es lo que ha querido significar el inc. 2° del art. 1495. Si en el ejemplo yo entrego el vehículo a A antes del fallecimiento de B, puedo exigir su devolución;

c) El acreedor a plazo puede impetrar medidas conservatorias. No lo dice la ley expresamente, pero si esta facultad la tiene el acreedor condicional suspensivo (artículos 1078 y 1492 inc. final) que todavía no ha adquirido el derecho, con mayor razón la tendrá el acreedor a plazo pues éste ya tiene el derecho, si bien no es actualmente exigible; y

d) El derecho y la obligación a plazo se trasmiten (artículo 1084).

4.1.2 Efectos del plazo suspensivo cumplido

Vencido el plazo, la obligación del deudor pasa a ser actualmente exigible, por lo que empieza a partir de ese momento, a correr la prescripción; y la obligación puede extinguirse por compensación legal. Además si el plazo es convencional, su solo cumplimiento constituye en mora al deudor (artículo 1551 Nº1).

4.2 Efectos del plazo extintivo.

4.2.1 Efectos del plazo extintivo pendiente

El acto o contrato produce todos sus efectos, como si fuera puro y simple. Así, si el contrato de arriendo es por 3 años, el arrendatario usará la cosa y pagará las rentas hasta que venzan los 3 años.

4.2.2 Efectos del plazo extintivo cumplido

Se extingue el derecho, por el sólo ministerio de la ley, pero sin efecto retroactivo.

4.3 Efectos del plazo respecto de terceros.

En el título relativo a las obligaciones a plazo no existen normas como los arts. 1490 y 1491, que regulan los efectos de la condición respecto de terceros adquirentes. Sin embargo, se estima que tales normas son plenamente aplicables a los plazos: por una parte, el art. 1490, sobre bienes inmuebles, expresamente establece "*si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria* […]". Si bien el art. 1491 (relativa a los inmuebles) no hace referencia a los plazos, por integración legal (donde existe la misma razón debe existir la misma disposición), se entiende que dicha disposición también es aplicable a los plazos. Por lo demás, no se ven razones para aplicar distintas soluciones tratándose de muebles o inmuebles.

Si bien ambas normas son aplicables a los plazos, requieren de un interpretación diferente a la realizada respecto de las condiciones, pues a diferencia de éstas, el plazo no opera con efecto retroactivo. Para estos efectos nuevamente seguiremos a Vial.

(i) El caso de quien debe una cosa a **plazo suspensivo** es aquel en que una persona contrajo la obligación de hacer la tradición de la cosa a la otra parte una vez cumplido un plazo, y que pendiente el mismo, la enajena a un tercero, que adquiere el dominio. Al igual que en el estudio de las condiciones, se presenta el problema consistente en que el acreedor a plazo no podría interponer la acción reivindicatoria para recuperar la cosa, pues jamás ha sido dueño ni poseedor, y además porque no podría interponerse en contra del tercero por ser el actual propietario.

Atendido que no puede llegarse a una conclusión que ampare a quien obró de mala fe, debe entenderse que vencido o cumplido el plazo suspensivo que permite al acreedor requerir la tradición de la cosa debida, se extingue el derecho del tercero adquirente; luego, el dominio que se adquirió por el tercero se extingue por dicho plazo, pasando a ser un poseedor de la cosa y por ende legitimado pasivo de la acción reivindicatoria. Por otra parte, si bien el acreedor no es dueño, deberá interponer la acción reivindicatoria subrogando al deudor a plazo, al igual que en el caso de la condición suspensiva.

(ii) Aplicando los arts. 1490 y 1491 al **plazo extintivo**, supone que la persona tiene una cosa hasta un cierto plazo, y pendiente éste la enajena a un tercero. Lo que explica la acción reivindicatoria en este caso es el principio de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene, es decir, el tercero adquiere el dominio afecto a extinción por el vencimiento del plazo. Por su parte, el acreedor es el dueño de la misma, y puede interponer de modo directo la acción reivindicatoria.

5. EXTINCIÓN DEL PLAZO

El plazo se extingue por tres causales:
1. Por su cumplimiento (o vencimiento);
2. Por la renuncia; y

3. Por caducidad del plazo.

5.1 Extinción por cumplimiento o vencimiento.

El plazo se cumple o vence cuando llega el día fijado para que se ejerza o extinga el derecho. Esta es la forma normal de extinguirse.

5.2 Extinción por renuncia

Puede renunciar el plazo únicamente aquel en cuyo beneficio está establecido (art. 12). Lo normal es que lo sea en favor del deudor y, por esa razón, el art. 1497, dice que: "el deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar". Abeliuk señala como ejemplo de esta última situación si una persona que tiene que alejarse de la ciudad por dos meses da en comodato su vehículo por este término a otra. El plazo beneficia a ambas partes: al comodatario que podrá usar el vehículo durante la ausencia del comodante y a éste también, porque si aquel pretendiera devolverle anticipadamente el vehículo le causaría un perjuicio que justamente con el contrato quiso evitar. En semejante situación, el deudor no puede renunciar por sí solo al plazo.

En el caso del mutuo se observará lo dispuesto en el artículo 2204, esto es, que si el mutuo es con interés, el mutuario no puede pagar antes, es decir, no puede renunciar al plazo, porque no está establecido en su exclusivo beneficio, sino en beneficio de ambas partes: del mutuario porque no se le puede cobrar antes; y del mutuante, porque no se le puede pagar antes pues pierde intereses. Esta norma tiene una excepción en el art. 10 de la ley 18.010, porque, aun habiéndose convenido intereses en una operación de crédito de dinero, el deudor puede pagar antes, siempre que pague los intereses hasta la fecha de pago efectivo. Otra excepción la encontramos en la ley 18.092, sobre letras de cambio, que en su art. 55, permite pagar las letras antes de su vencimiento, aplicando las reglas del artículo 10 de la ley 18.010.

Finalmente, hay casos en que el plazo beneficia exclusivamente al acreedor y, en consecuencia, a él corresponderá renunciarlo, no pudiendo hacerlo el deudor. Así ocurre en el depósito.

5.3 Caducidad del plazo

La caducidad del plazo consiste en la extinción anticipada de éste en los casos previstos por la convención o señalados por la ley. O sea, no obstante no haber transcurrido íntegramente el término, el acreedor puede exigir el cumplimiento anticipado de la obligación, porque ciertas situaciones producidas especialmente en relación a la solvencia del deudor hacen temer que de esperarse el vencimiento, el acreedor no

pueda ya cobrar íntegro su crédito. Es, pues, una institución establecida en beneficio del acreedor y en resguardo de su acreencia.

5.3.1 Caducidad legal

La caducidad legal se presenta en los dos casos del art. 1496:

a) El deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia (art. 1496 inc. 1º). Nótese que este caso, contempla dos situaciones distintas: la quiebra, que supone una declaratoria judicial de quiebra; y la "notoria insolvencia", que es una situación de hecho, en que el deudor no está en condiciones de cumplir sus obligaciones, por ser su pasivo superior a su activo.

b) El deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones. Los requisitos son:
- Que haya un crédito caucionado;
- Que las cauciones se hayan extinguido o disminuido considerablemente de valor, por ejemplo, se hipoteca una casa y ella se incendia; y
- Que ello se deba a un hecho o culpa del deudor. Si la disminución se debe a caso fortuito, no caduca el plazo, salvo en el caso de la hipoteca, pues allí el artículo 2427, no exige este requisito.

5.3.2 Caducidad convencional

Se produce cuando las partes en forma expresa acuerdan que el acreedor pueda exigir el cumplimiento inmediato y total de la obligación, si el deudor incumple. Es muy corriente esta cláusula en los contratos en que el pago se debe ir haciendo en forma escalonada, por ejemplo, un saldo de precio de compraventa pagadero en 10 cuotas mensuales, iguales y sucesivas. Si alguna de ellas no se cumple, el acreedor estaría obligado a esperar el vencimiento de la última para poder cobrar el total de la deuda; para prevenir tal inconveniente se inserta una cláusula en cuya virtud el no pago de alguna de dichas cuotas a su respectivo vencimiento, hace exigible el total de la obligación, da por vencido el plazo u otra expresión semejante.

La caducidad convencional, es lo que se llama hoy día "cláusula de aceleración", que ha creado numerosos problemas relativos al momento en que debe empezar a correr el plazo de prescripción, cuando se ha estipulado dicha cláusula.

La jurisprudencia se ha orientado en dos sentidos. En primer lugar, reiterados fallos han sostenido que debe distinguirse según sea la forma como se ha redactado la cláusula de aceleración. Así, si se ha convenido que la cláusula opere de ipso facto, la prescripción debe comenzar a correr desde que se produjo el incumplimiento, porque a ese momento se hizo exigible la totalidad de lo adeudado. La obligación a plazo se

transformó en una obligación pura y simple. En cambio, si es facultativa, la situación es distinta, porque la fecha en que se produce el incumplimiento determinará el momento desde el cual cada cuota es exigible y por lo mismo respecto de cada cuota, la prescripción empezará a correr desde el respectivo incumplimiento (R.D.J., t. 87, sec. 1ª, p. 13; t. 89, sec. 1ª, p. 78; Gaceta Jurídica Nº 122, p. 41; Nº 124, p. 27).

Pero también hay fallos que han sostenido que la cláusula de aceleración está establecida en beneficio del acreedor, y por consiguiente, aunque se trate de una cláusula ipso facto, es necesario para que la deuda se haga exigible que exista una manifestación expresa del acreedor y, por consiguiente, mientras aquello no ocurra cada cuota será exigible desde la respectiva fecha de vencimiento y desde allí se contará el plazo de prescripción para esa cuota (R.D.J., t. 87, sec. 1ª, p. 156; t. 86, sec. 1ª, p. 38; t. 85, sec. 1ª, p. 210).

En lo relativo a cláusulas de aceleración ha habido una nutrida y variada jurisprudencia. Pocas veces se encuentra una materia tan controvertida y en que se hayan dado soluciones tan disímiles. Pero, en general, los criterios para resolver el problema han sido los dos señalados. Hay muchas sentencias con matices diversos. Una ha dicho que "tratándose de una obligación divisible, cada cuota es exigible al respectivo vencimiento, empezando a correr la prescripción desde esa fecha, se haya estipulado o no cláusula de aceleración". Esta sentencia señaló "que el que se haya sostenido que la cláusula de aceleración es en beneficio del acreedor es cierto en cuanto por ella puede exigir el pago de las obligaciones no vencidas, según contrato, beneficiándose al proteger su acreencia futura la que se hace exigible en su totalidad en casos en que el deudor haya caído en mora", pero estas cláusulas no hacen revivir las cuotas vencidas y prescritas, porque "importa hacer depender la vigencia de la deuda de algún tipo de discreción u opción del acreedor dejando así sin aplicación la institución de la prescripción y que, como se sabe sus normas son de orden público, las que además de ser disposiciones que crean un elemento estabilizador de los derechos y acciones que permiten la certeza en las relaciones jurídicas, constituyen una sanción para el acreedor negligente, que pudiendo ejercer las acciones legales correspondientes, no lo hace" (Fallos del Mes, Nº 449, sent. 13, p. 606).

E.3 OBLIGACIONES MODALES

1. REGULACIÓN

El Libro IV del Código no reglamentó las obligaciones modales, limitándose en el art. 1493 a hacerles aplicables las disposiciones sobre asignaciones modales contenidas en el Libro III en los artículos 1089 y siguientes.

Cabe hacer presente que el Código es lógico al tratar esta modalidad en las asignaciones testamentarias pues es allí donde normalmente suele tener aplicación.

2. DEFINICIÓN

El artículo 1089, no lo define. La norma sólo pretende diferenciarlo de la condición suspensiva, al expresar que "*si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".*

La doctrina define el modo como "la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad" (Abeliuk), y a la obligación modal como "aquella en virtud de la cual la persona que adquiere una cosa debe aplicarla a un fin especial, como el de ejecutar ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas" (Vial). Por ejemplo: A dona a B un inmueble con la obligación de que costee los estudios universitarios de C. Claro Solar expresa que "lo que constituye el modo es la aplicación o destinación que el asignatario debe dar a los bienes que le deja el testador, o parte de dichos bienes..."

La aplicación especial puede ser en beneficio del mismo que recibe la prestación o de un tercero.

3. MODO Y CONDICIÓN

El artículo 1089 precisa que no debe confundirse con la condición suspensiva y, en consecuencia, no suspende la adquisición ni el ejercicio del derecho. Es la principal diferencia entre ambos. Consecuente con esta idea, el artículo 1091 establece que "para que la cosa asignada modalmente se adquiera, no es necesario prestar fianza o caución de restitución, para el caso de no cumplirse el modo". Es lógica la norma al no exigir caución, que no se justificaría desde el momento que no suspende la adquisición del derecho.

No siempre es fácil diferenciarlos. Habrá que estarse a la forma como está expresada la idea. Ejemplos: "Te dejo mi casa, si haces una donación de $100.000, al Hospital de Niños". Parece que en esta estipulación hay una condición. Pero si se dice "Dejo mi herencia a Pedro, quien deberá hacer una donación de $100.000, al Hospital de Niños", nos encontramos frente a un modo.

Si la cosa se adquiere *una vez que* se haga algo, es condición, y si es *para que* se haga algo, modo.

Por otra parte, el modo no lleva necesariamente consigo resolución para el caso de no cumplirse, a menos que se le agregue por medio de una cláusula resolutoria; en

consecuencia, el derecho del deudor modal no está sujeto a extinguirse por un evento futuro e incierto, como en la condición resolutoria.

4. FORMA DE CUMPLIR EL MODO

Deberá cumplirse en la forma que las partes lo acordaron. Si no se determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse, podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de las partes, y dejando al deudor modal un beneficio que ascienda a lo menos a la quinta parte del valor de la cosa (art. 1094). Si el deudor modal es un Banco, no rige esta limitación (art. 86 Nº 6 de la Ley General de Bancos)

El modo se puede cumplir por equivalencia. Así lo señala el artículo 1093 inciso 2º: "Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados".

Lo anterior constituye otra diferencia importante con la condición que tiene que cumplirse literalmente en la forma convenida (art. 1484).

5. INCUMPLIMIENTO DEL MODO

1. Si el modo es por su naturaleza totalmente imposible, o inductivo a un hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no vale la disposición (art. 1093). Hay que entender que la obligación modal es nula.

2. Si la imposibilidad de cumplirlo es relativa, se aplica la norma del art. 1093 inc. 2, esto es, se puede cumplir por equivalencia.

3. Si la imposibilidad es sobreviniente debe distinguirse según que la imposibilidad provenga o no de hecho o culpa del deudor:

3.1 Si no hay hecho o culpa del deudor, deja de cumplirse el modo, pero subsiste el beneficio recibido, lo que pasa es que el modo se ha extinguido por imposibilidad en el cumplimiento.

3.2 Si se debe a hecho o culpa del deudor, debe nuevamente distinguirse si se ha convenido cláusula resolutoria o no:

3.2.1 No hay cláusula resolutoria. Hay que distinguir:

- Si el modo está establecido en beneficio exclusivo del propio deudor, no se genera para el deudor obligación alguna (art. 1092);

- Si está establecido en favor de un tercero, podrá éste pedir cumplimiento forzado o indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

3.2.2 Hay cláusula resolutoria.

La define el artículo 1090: "*En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo".*

La cláusula resolutoria no se presume. Si se cumple se deben restituir también los frutos. Estas dos características constituyen diferencias importantes con la condición resolutoria tácita.

¿Quién puede demandar la resolución? Somarriva cree que pueden demandar la resolución:

a) En primer lugar, el beneficiado con el modo. No lo dice la ley, pero sostiene que es así, pues tiene interés y quien tiene interés tiene acción;

b) En las asignaciones modales los herederos, pues lo que reste después de pagar el modo acrece a la herencia, con exclusión del asignatario modal (art. 1096). Pero como en este caso, estamos frente a una obligación modal, hay que entender que la resolución podrá solicitarla la contraparte.

Efectos de la resolución de la obligación modal respecto del tercero beneficiario: "Siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto, y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa. El asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiere resultarle de la disposición precedente" (art. 1096).

6. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN MODAL

La ley no fija plazo de prescripción, por lo que cabe aplicar las reglas generales, esto es, 5 años desde que la obligación se hizo actualmente exigible (arts. 2514 inc. 2º y 2515).

7. LA OBLIGACIÓN MODAL ES TRANSMISIBLE

El artículo 1095 establece "si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario".

F. NUEVAS CATEGORÍAS DE OBLIGACIONES

Aparte de las clasificaciones anteriores, ya tradicionales, la doctrina moderna ha ido elaborando nuevas categorías: obligaciones de ejecución instantánea o sucesiva, obligaciones de medio y de resultado; obligaciones personales y reales, ambulatorias o propter rem; obligaciones causadas y obligaciones abstractas.

1. OBLIGACIONES DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA O SUCESIVA

Esta clasificación atiende a la forma en que se cumplen las obligaciones, y en particular según la prestación se agote en un solo momento o necesite un lapso más largo.

(i) Obligaciones de **ejecución instantánea o única** son aquellas que se ejecutan de una sola vez, extinguiéndose ellas y el contrato mismo. Ej: entrega de una cosa específica e indivisible.

(ii) Obligaciones de **ejecución única pero postergada o fraccionada**. Es el mismo caso anterior, con la diferencia que la obligación se cumple en épocas prefijadas o por parcialidades. Ej: la obligación del comprador de pagar el precio, en cuanto se puede estipular que el precio se pague en cierta cantidad de cuotas mensuales, anuales, etc.

(iii) Obligaciones de **ejecución sucesiva o de tracto sucesivo** se caracterizan porque van naciendo y extinguiéndose sucesiva y periódicamente mientras dure la vigencia del contrato, de manera que cumplida la obligación, nace otra de la misma naturaleza y extinguida ésta, la próxima, y así sucesivamente. Ej: en el contrato de arrendamiento, el arrendador está cumpliendo constantemente su obligación de proporcionar al arrendatario el goce tranquilo y pacífico de la cosa arrendada, y éste de pagarle periódicamente la renta estipulada hasta la extinción del arriendo.

Suele indicarse que la importancia de esta clasificación reside en lo siguiente:

a) En cuanto a la *resolución por incumplimiento*, la condición resolutoria tácita opera en la forma ya analizada para las obligaciones de ejecución instantánea y fraccionada; en cambio, en el caso de tracto sucesivo la resolución toma el nombre de "terminación", y opera únicamente hacia el futuro, por lo que las obligaciones cumplidas quedan a firme, atendido que sería imposible, por ejemplo, que el arrendatario restituyera el goce de la cosa, por lo que el arrendador no está obligado a devolver las rentas recibidas.

b) En cuanto al *riesgo*, si la obligación de tracto sucesivo se hace imposible por caso fortuito, se extingue y se pone fin al contrato, pero tampoco esta finalización afecta a las obligaciones ya cumplidas.

c) En cuanto a la *extinción unilateral del contrato*. Por regla general los contratos no pueden quedar sin efecto por la sola voluntad de una de las partes; en los de tracto sucesivo suele aceptarse la revocación unilateral si no hay plazo prefijado (v. gr. el deshaucio en el arrendamiento).

2. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

Las obligaciones de hacer pueden ser de dos clases: de medio y de resultado. Son de medio aquellas en que el deudor se compromete únicamente a hacer todo lo posible y necesario, poniendo para ello la suficiente diligencia, para alcanzar un resultado determinado; en cambio, son obligaciones de resultado aquellas otras en que el deudor para cumplir debe alcanzar el resultado propuesto. Así, por ejemplo, la obligación de un abogado o de un médico, etc., son obligaciones de medio, pues ellos sólo están obligados a realizar una determinada actividad profesional, no a ganar el pleito ni a sanar el enfermo. Es obligación de resultado, en cambio, la que contrae el contratista que se obliga a construir una casa.

La distinción importa para saber cuando la obligación se va a entender cumplida y porque en las obligaciones de medio no se presume la culpa como es la regla general en materia contractual.

Nuestro Código Civil, al igual que la mayoría de los códigos civiles, no contempla expresamente esta clasificación. Sin embargo, esta distinción se encuentra reconocida a lo menos implícitamente en el inciso final del art. 2158, que dispone que "No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa".

Atendido que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no se encuentra recogida expresamente en nuestra legislación, ella no es reconocida por la totalidad de la doctrina. Así mientras algunos autores indican que todas las obligaciones son de resultado – pues siempre están destinadas a satisfacer un determinado interés del acreedor – otros sostienen que todas las obligaciones son de medios. En este último sentido, Rodriguez señala que "Sostener la existencia de obligaciones de resultado y privar con ello al deudor de su derecho de eximirse de responsabilidad probando no haber incurrido en culpa, representa, a nuestro juicio, negar la estructura misma de la obligación y darle a ésta un contenido y connotación de los cuales carece".

Códigos más modernos sí reconocen esta distinción, como lo es el Código Civil de Etiopía de 1960, que en el artículo 1712 expresa "En las obligaciones de hacer, los contratantes pueden obligarse sea a procurar a su co-contratante una ventaja determinada, sea sólo a realizar lo posible para proporcionarla".

3. OBLIGACIONES PERSONALES Y REALES (PROPTER REM O AMBULATORIAS)

A la luz de esta clasificación – que aún sigue en proceso de elaboración - por *obligaciones personales* se entienden aquellas cuyos sujetos no se vinculan a la titularidad de la cosa a la que se refiere la obligación.

Por su parte, la *obligación real, propter rem* o *ambultoria* es aquella cuyo deudor es quien sea titular de un derecho real sobre la cosa que justifica la deuda, siguiendo la obligación la suerte del derecho real individualizador, y pudiendo el deudor liberarse mediante la renuncia o el abandono de aquel derecho. En otras palabras, se caracterizan porque la persona del deudor queda determinada por su calidad de dueño, poseedor o titular de un derecho real sobre una cosa, de manera que la obligación se traspasa junto con ella o con el derecho real en que incide.

Un ejemplo de este tipo de obligaciones lo encontramos en el artículo 4 inciso 4º de la ley 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria (D.O. del 16 de diciembre de 1997) "la obligación del propietario de una unidad por los gastos comunes seguirá siempre al dominio de su unidad, aun respecto de los devengados antes de su adquisición....". Una situación análoga se halla en el Código de Aguas, que hace responsable al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, de las cuotas para gastos de contribución en favor de las Comunidades de Agua o Asociaciones de Canalistas, aun de las devengadas con anterioridad a su adquisición (art. 214 inciso 2º).

4. OBLIGACIONES CAUSALES Y ABSTRACTAS O FORMALES

Se entiende por *obligación causada* aquella en la cual la causa tiene influencia en su eficacia. Y por *obligación abstracta* aquella para cuya eficacia se prescinde de su causa. Nótese que toda obligación debe tener una causa real y lícita aunque no es necesario expresarla (artículo 1467), de manera que no se piense que sólo tienen causa las primeras. Lo que ocurre es que en las obligaciones abstractas o formales, se produce una separación entre la relación subyacente y la obligación.

Esta clasificación nació para dar seguridad al tráfico mecantil, y principalmente a los títulos de crédito. Así cuando una persona suscribe un pagaré o acepta una letra de cambio, la obligación de pagar las cantidades que en esos documentos se indica, tienen una causa, que no aparece en el mismo, y que provienen de un contrato diferente (mutuo, por ejemplo). Pues bien, con el objeto de que esa letra o pagaré (o documento de crédito de que se trate), pueda circular, se ha creado esta categoría de documentos abstractos, en que el deudor no puede oponer al tercero la excepción de falta de causa. Así lo consigna entre nosotros, el artículo 28 de la ley 18.092: "La persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra".

III.
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

1. INTRODUCCION

Tradicionalmente se ha enseñado que los efectos de las obligaciones "son los derechos que la ley confiere al acreedor, para exigir del deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumpla en todo o en parte o está en mora de cumplirla" (Arturo Alessandri R.). En términos parecidos se expresa Claro Solar: "el efecto de las obligaciones es colocar al deudor en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer alguna cosa dando al acreedor los medios de obtener la ejecución de esta prestación".

2. EFECTOS DEL CONTRATO Y EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN

El Código trata de esta materia en el Titulo XII del Libro IV, artículos 1545 y siguientes. Como observa Claro Solar, pese a que el nombre del título es "Del efecto de las obligaciones", el Código trata promiscuamente los efectos de los contratos y los efectos de las obligaciones, que son cosas diferentes, defecto éste que viene del Código francés. No deja de llamar la atención, que los autores en que se inspiró el Código francés, Pothier, Domat, no incurrían en esta confusión, y distinguían con claridad ambas cosas. Los artículos 1545, 1546, 1547, 1552, 1554 y 1558 tratan de los efectos del contrato. Las demás normas del título XII, se refieren propiamente a los efectos de las obligaciones.

Claro Solar se explica los motivos de la confusión expresando que se debe a que "siendo las obligaciones el efecto del contrato, y habiéndose propuesto tratar de las obligaciones convencionales (contractuales) y no, en general, de las obligaciones, estimaron que en el efecto de las obligaciones se comprendía también el efecto de los contratos".

En todo caso, hay que tener claro que los efectos del contrato son los derechos y las obligaciones que genera. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones. En cambio, el efecto de la obligación, mirado desde el punto de vista del deudor, viene a ser la necesidad jurídica en que se encuentra de tener que dar, hacer o no hacer algo en favor de acreedor. Y mirado, desde el punto de vista de éste último, son los medios que la ley le otorga para obtener del deudor el pago íntegro y oportuno de la prestación debida.

3. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES (PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR)

Si el deudor no cumple con oportunidad, en forma espontánea y normal, con la obligación contraída, la ley otorga al acreedor diversos medios para obtener, en primer lugar el cumplimiento forzado (derecho principal); y, cuando ello no es posible, el pago de una suma de dinero que le compense de lo que le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación (derecho secundario, indemnización de perjuicios). Pero además, la ley en su afán de proteger al acreedor, le otorga ciertos derechos destinados a la conservación del patrimonio del deudor, en razón de que será en ese patrimonio donde se hará exigible el cumplimiento, en virtud del derecho de prenda general establecido en el artículo 2465.

De acuerdo a lo que se acaba de explicar, cuando el deudor incumple, la ley otorga al acreedor tres derechos:

1. Derecho principal, a la ejecución o cumplimiento forzado de la obligación (cumplimiento en naturaleza);
2. Derecho subsidiario, para obtener el pago de una indemnización de perjuicios, que es una forma de cumplir por equivalencia; y
3. Finalmente, derechos auxiliares, destinados a mantener la integridad patrimonial del deudor (beneficio de separación, acción subrogatoria, acción pauliana, medidas conservativas).

Conviene tener presente que el incumplimiento de las obligaciones naturales, no producen los efectos que vamos a estudiar, por cuanto su característica es justamente que no otorgan acción para exigir su cumplimiento (artículo 1470).

4. EL DERECHO DE PRENDA GENERAL.

El impropiamente denominado "derecho de prenda general del acreedor" dice relación con el aforismo jurídico clásico que señala que "quien se obliga compromete todos sus bienes"; es decir, que la persona que contrae una obligación asegura su cumplimiento no con su persona –pues no existe la prisión por deudas-, sino que con todos los bienes que conforman el activo de su patrimonio.

Tal "derecho" se encuentra contenido en el artículo 2465, que dispone que "*toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618*". Al efecto, valga señalar lo siguiente:

- La nomenclatura "derecho de prenda general" ha sido correctamente criticada, por cuanto en los hechos no existe un contrato real de prenda (que supone la entrega de muebles del deudor al acreedor). Sin embargo, tal denominación se continúa

empleando pues únicamente ilustra que todos los bienes del deudor se encuentran afectos al cumplimiento de la obligación.

- El derecho de prenda general no comprende los bienes inembargables señalados en los artículos 1618 del Código Civil y 445 del Código de procedimiento Civil, pues los mismos son considerados en general como los necesarios para la subsistencia del deudor).

- El art. 2456 sostiene que toda obligación "personal" se encuentra amparada por el derecho de prenda general. Al efecto, y si bien siempre la obligación del deudor principal es personal, se debe considerar que el artículo en análisis se refiere a la obligación "personal" en contraposición de las obligaciones "reales", que son aquellas que emanan de contratos de garantía reales, como lo son la prenda y la hipoteca. El acreedor de una obligación que emana de una caución real no puede perseguir el cumplimiento de la obligación en todos los bienes del constituyente de la garantía, sino que solamente en los que se encuentran afectos a la garantía que hubiesen sido dados en prenda o hipoteca. Todo lo contrario ocurre con las garantías personales, como la fianza, pues el fiador, al igual que el deudor principal, se obliga con todos sus bienes.

A. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA OBLIGACIÓN

El primer efecto de las obligaciones consiste en que el acreedor puede instar por el cumplimiento o ejecución forzada de la obligación, cuando el deudor no se allana a pagar voluntariamente. Para tales efectos, y considerando que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, el acreedor debe recurrir al juez para reclamar el cumplimiento de la obligación, de modo que el deudor sea compelido por la autoridad de la justicia a pagar lo que debe.

El Código de Procedimiento Civil regula los llamados "juicios ejecutivos", que a diferencia del juicio ordinario, constituye un procedimiento más expedito para que el acreedor pueda demandar la ejecución forzada. Para ello requiere de un "titulo ejecutivo", esto es, un documento que deje constancia de la obligación en forma indubitable (los principales títulos ejecutivos se encuentran enumerados en el art. 434 del CPC, que menciona, entre otros, las sentencias y las escrituras públicas). Si el acreedor carece de un título ejecutivo, y no logra obtenerlo mediante las denominadas gestiones preparatorias de la vía ejecutiva (por ejemplo, el reconocimiento de firma o la confesión de deuda), sólo le queda iniciar un juicio ordinario de lato conocimiento, cuya sentencia podrá servir de título ejecutivo.

Expuesto lo anterior, debe considerarse que lo que se va a exigir forzadamente no es de una misma naturaleza, pues va a depender del tipo de obligación, debiendo distinguirse entre: a) obligación de dar; b) obligación de hacer; y d) obligación de no hacer.

1. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LAS OBLIGACIONES DE DAR

Si la obligación es de pagar una suma de dinero, que será lo más corriente, el acreedor se dirigirá directamente sobre el dinero para hacerse pago con él, o bien sobre los bienes del deudor, para realizarlos y pagarse con el producto de la venta; si la obligación es de dar una especie o cuerpo cierto y ésta se encuentra en poder del deudor, la ejecución forzada se dirigirá a obtener la entrega de esa especie, o al pago de la indemnización si ello no es posible.

El procedimiento ejecutivo está establecido en el titulo I del Libro III del Código de Procedimiento Civil (arts. 434 a 530).

Para que proceda la ejecución forzada se requiere:
a) Que la obligación conste en un título ejecutivo,
b) Que la obligación sea actualmente exigible,
c) Que la obligación sea líquida o que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas, con sólo los datos que el mismo título ejecutivo suministre, y
d) Que la acción ejecutiva no se encuentre prescrita.

Si no se reúnen estos requisitos, se deberá demandar en juicio declarativo y obtener una sentencia que una vez firme servirá de título ejecutivo (art. 434 Nº 1 del Código de Procedimiento Civil).

2. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

El cumplimiento forzado de una obligación de hacer presenta más dificultades, pues es difícil obligar a un deudor a que realice satisfactoriamente el hecho debido. Sólo será posible tratándose de hechos que puedan ser ejecutados por otra persona. Por ello, es que el artículo 1553 autoriza al acreedor para demandar directamente el pago de la indemnización de perjuicios.

En conformidad al artículo 1553 del Código Civil, si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, el acreedor podrá pedir, junto con la indemnización de perjuicios por la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya:
1. que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;
2. que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; y
3. que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

El procedimiento ejecutivo está establecido en el titulo II del Libro III del Código de Procedimiento Civil (arts. 530 a 544). Para que proceda es necesario que exista un título

ejecutivo; que la obligación esté determinada; que sea actualmente exigible y que la acción ejecutiva no se encuentre prescrita

Si el acreedor demanda indemnización de perjuicios tendrá que hacerlo en juicio declarativo, pues el valor de lo demandado no puede constar en el título. Se requiere de una sentencia firme que resuelva previamente la existencia y monto de los perjuicios. Ejecutoriada la sentencia que se dicte, quedará constituido el correspondiente título ejecutivo.

3. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

"Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho". Si se puede destruir la cosa hecha "y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor" "Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo" "El acreedor quedará de todos modos indemne" (art. 1555).

El procedimiento ejecutivo está establecido en el Titulo II de Libro III del Código de Procedimiento Civil.

B. CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA O INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

B.1 NOCIONES GENERALES

1. CONCEPTO.

El cumplimiento subsidiario, por equivalencia, o indemnización de perjuicios consiste en el derecho que la ley otorga al acreedor para obtener del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente al beneficio pecuniario que le habría reportado el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación. Según Abeliuk "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" (Abeliuk Manasevich, René: *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, T. II, Nº 814, Santiago, 1993, pág. 668).

En otras palabras, la infracción de una obligación contractual da lugar a una responsabilidad consistente en la reparación de los daños causados al acreedor. Frente a esta responsabilidad contractual, que tiene lugar en la medida que exista un vínculo jurídico previo, se encuentra la responsabilidad extracontractual, en la que el daño no proviene del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, sino que de cualquier otro hecho.

La indemnización de perjuicios cumple una doble función. Es una sanción para el deudor que incumple con dolo o culpa; y, a la vez, es un medio dado al acreedor para que pueda obtener el cumplimiento de la obligación por equivalencia.

Cabe observar que la indemnización de perjuicios no es la única forma de resarcir al acreedor por los perjuicios sufridos en virtud de un contrato. También sirven esa función la resolución del contrato y la nulidad.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR PERJUICIOS

Para la mayoría de los autores la de indemnizar los perjuicios es la misma obligación que dejó de cumplirse (*perpetuatio obligationis*), y que ante el incumplimiento cambia el objeto: en vez de perseguirse el cumplimiento de la obligación tal como ella se originó (*in natura*), 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 (*aestimatio rei*). De este modo, no habría novación, porque no se está extinguiendo la obligación anterior, no hay reemplazo de la obligación original por la de indemnizar.

Una doctrina minoritaria entiende en cambio que la obligación de indemnizar sería una nueva obligación que nace del hecho ilícito consistente en el incumplimiento de una obligación contractual.

La primera de las posturas sería la adoptada por el Código, pues los artículos 1672 y 1555 precisamente dan cuenta que se trata de una misma obligación, pero que varía de objeto.

La importancia de determinar cual es la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar consiste en que si se considera que es la misma obligación, todas las garantías de la obligación incumplida protegen la indemnización, y a la vez todo aquello que afectaba al vínculo de la obligación primitiva (por ejemplo una nulidad) afectará igualmente a la obligación de indemnizar.

3. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ES UN DERECHO SUBSIDIARIO

Ello, porque, en principio, el deudor debe cumplir en la forma convenida, no pudiendo por la misma razón, el acreedor "solicitar la indemnización sino subsidiariamente, demandando como petición principal el cumplimiento de la prestación estipulada" (Gatica Pacheco, Sergio: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Nº 22, Editorial Jurídica de Chile, 1959, pág. 30).

La regla anterior es cierta, tratándose de las obligaciones de dar. Sin embargo, no lo es, en las **obligaciones de hacer** por cuanto el artículo 1553 Nº 3 permite al acreedor demandar directamente el pago de la indemnización de perjuicios, en caso de incumplimiento. Y en las **obligaciones de no hacer**, ocurre lo mismo, máxime si se concede al deudor la facultad de oponerse a la destrucción de la cosa ofreciendo un medio equivalente para obtener el fin perseguido por el acreedor (artículo 1555).

4. CLASES DE INDEMNIZACIÓN

La indemnización de perjuicios puede ser: a) compensatoria; y b) moratoria.

En conformidad a la **doctrina clásica**, la indemnización de perjuicios compensatoria es la cantidad de dinero que tiene derecho el acreedor para repararle el perjuicio que le reportó el incumplimiento total o parcial de la obligación. "No es otra cosa que la avaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada; la compensación, en consecuencia, de los perjuicios que la inejecución le causa" (Baudry-Lacantinnerie et Barde, *Traité Theorique et practique de Droit Civil. Des obligations*, t. XII, pp. 482-483). Su monto debe regularse considerando el valor de la cosa debida. Y si la obligación es de hacer, para determinar su monto se atenderá a lo que representaría económicamente la ejecución del hecho. Por su parte, la indemnización de perjuicios moratoria, es aquella que tiene por objeto reparar al acreedor el perjuicio sufrido por el incumplimiento tardío de la obligación. "No es otra cosa que la avaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada en la época en que debía serlo" (Baudry-Lacantinnerie et Barde, ob. cit., pp. 482-483). En ambos casos la indemnización se paga en dinero, por ser el dinero una común medida de valores.

Sin perjuicio de lo anterior, cierta **doctrina moderna** (encabezada por V. Vial) critica lo anterior, pues de ello se desprendería que si el deudor no ejecuta la prestación o la cumple parcialmente, el acreedor debería demandar necesariamente la indemnización de perjuicios compensatoria; y si el deudor cumplió pero tardíamente, se tendría que dar lugar a la indemnización moratoria, todo lo cual no es efectivo en conformidad a la regulación del Código Civil.

Al efecto, y fundado en el ya estudiado art. 1489 –que regula la condición resolutoria tácita, Vial señala que la indemnización de perjuicios compensatoria se puede reclamar cuando el acreedor hubiese optado por solicitar la resolución del contrato, pues en tal caso, y atendido que la resolución extingue el derecho para exigir la prestación debida y la obligación de efectuarla, la indemnización compensatoria reemplaza o sustituye la obligación extinguida. Por su parte, la indemnización de perjuicios moratoria se puede reclamar cuando el acreedor demanda la ejecución forzada de la obligación, y que sin sustituir dicha obligación, que se mantiene vigente, se limita a reparar los daños sufridos por el acreedor por no haberse efectuado en tiempo oportuno.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario considerar que sea que se exija la indemnización compensatoria o moratoria, en ambos casos la pretensión indemnizatoria es dependiente e indisociable de la pretensión principal (cumplimiento o resolución) no pudiendo en razón de este carácter ejercerse en forma independiente, sino que siempre asociada a esta.

- **No se puede acumular el cumplimiento y la indemnización de perjuicios compensatoria, pero sí el cumplimiento y la indemnización moratoria o bien ambas indemnizaciones.**

Como la indemnización compensatoria equivale al cumplimiento de la obligación no se puede demandar conjuntamente el cumplimiento más indemnización compensatoria, porque importaría un doble pago. Pero sí se puede pedir cumplimiento e indemnización moratoria porque ésta última sólo resarce los perjuicios provenientes del atraso. Esto está permitido expresamente en el artículo 1553, y fluye también de los artículos 1502, 1555 y 1672.

Por excepción en la cláusula penal, en ciertos casos se puede acumular el cumplimiento de la obligación y la pena (artículo 1537).

Y también se pueden demandar ambas indemnizaciones, compensatoria y moratoria, porque se refieren a perjuicios diferentes.

5. REGLA GENERAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD.

Según se ha estudiado, en conformidad al art. 1437 las obligaciones pueden encontrar cinco fuentes: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. Frente al incumplimiento de una obligación, el Libro IV del Código Civil regula dos estatutos jurídicos de responsabilidad: en el Título XII se regula la responsabilidad contractual (aplicable a obligaciones que surgen de un contrato), mientras el Título XXXV regula la responsabilidad extracontractual (aplicable a obligaciones que surgen de un delito o un cuasidelito).

De lo anterior surge la pregunta ¿Qué reglas de responsabilidad se aplican a las obligaciones nacidas de la ley o de los cuasicontratos? En otras palabras, ¿cuál es la regla general en materia de responsabilidad: contractual o extracontractual?

Buena parte de la doctrina tradicional, fundada en los amplios términos del Título XII, "Del efecto de las obligaciones", sin hacer distinción, estima que las normas de los arts. 1545 y siguientes constituyen el derecho común y general en materia de indemnización de perjuicios, aplicándose cualquiera sea el origen de la obligación incumplida, contractual, cuasicontractual, legal, etc. No se aplicarían, en cambio a los siguientes casos: a) cuando la ley ha dado reglas distintas, como ocurre con la responsabilidad extracontractual, proveniente de los delitos o cuasidelitos civiles, que trata especialmente esa materia en el Título 35 del Libro IV, artículos 2314 y siguientes; y b) cuando las partes se han dado reglas especiales, haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad. Ello con algunas limitaciones como la que les impide renunciar anticipadamente al dolo o a la culpa grave (arts. 1465 y 44 inc. 1º, parte final) (Stitchkin, ob. cit., 2ª parte, Nº 523, pág. 35; Claro Solar, t. XI, Nº 1067, pp. 521 y ss.; Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Nº 28, pág. 54).

Sin embargo, tal conclusión es a lo menos cuestionable, si se considera que el Título "Del efecto de las obligaciones" discurre sobre la idea de una estipulación previa entre las partes (un contrato), sin considerar las obligaciones que surgen sin convención (legales, cuasicontractuales, delictuales y cuasidelictuales). Lo anterior se ve reforzado por el a. 2284, que precisamente distingue entre las obligaciones que se contraen con convención de las que se generan sin una, dando a entender que estas últimas tienen una naturaleza diversa de las obligaciones contractuales. En razón de lo anterior, resulta más adecuado que los arts. 1545 y siguientes, sobre responsabilidad contractual, únicamente se aplican a las obligaciones contractuales; en cambio las obligaciones que encuentran su origen en la ley, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito se encontrarán regidas por las normas dadas para la responsabilidad extracontractual, contenidas en el Título XXXV del Libro IV.

B.2 REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Los requisitos de la indemnización de perjuicios en materia contractial, son:

1. Incumplimiento imputable del deudor (dolo o culpa);
2. Perjuicio del acreedor;
3. Relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios;
4. Mora del deudor. Esta es la gran diferencia con la responsabilidad extracontractual en que no opera este requisito.

1. PRIMER REQUISITO: INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE.

1.1 El incumplimiento en general.

Usando los términos del art. 1.556, hay incumplimiento en tres casos: (i) cuando la obligación no se cumple; (ii) cuando la obligación se cumple imperfectamente; o (iii) cuando se retarda el cumplimiento de la obligación. Dicho de otra manera, cuando se falta íntegramente al pago, o se infringe alguno de los requisitos de éste.

1.1.1 Incumplimiento voluntario e involuntario

El deudor puede dejar de cumplir por su propia voluntad o sin ella. El incumplimiento es objetivo, pero a la ley no le puede ser indiferente la razón, la causa que lo provoca. Por ello se toma en cuenta el elemento subjetivo de la actuación del deudor, para determinar su responsabilidad.

Dentro del incumplimiento voluntario hay aún que distinguir algunas situaciones:

1º El deudor deja de cumplir por culpa o dolo suyo: es el incumplimiento imputable, que concurriendo los requisitos legales hace nacer la responsabilidad del deudor.

2º El deudor puede dejar de cumplir por un acuerdo con el acreedor, esto es, aceptando éste el incumplimiento, por lo cual no hay responsabilidad ulterior para el deudor; así ocurrirá si opera una remisión, una transacción o una novación, aunque ésta, equivale al cumplimiento. Cierto que el deudor no cumple la obligación que tenía, pero ello es porque pasa a ser reemplazada por una nueva.

3º El deudor no cumple, pero se justifica para así hacerlo en que a su turno el acreedor tampoco ha cumplido alguna obligación suya; así ocurre en la excepción del contrato no cumplido y el derecho legal de retención.

4º El deudor deja de cumplir, porque ha operado algún modo de extinguir liberatorio para él, ya sea que destruyó el vínculo jurídico o puso término a la obligación nacida de él: prescripción, nulidad.

En el incumplimiento involuntario, el deudor deja de cumplir por un hecho ajeno a su voluntad, de los cuales el más importante es el caso fortuito o fuerza mayor; su obligación se extinguirá sin ulterior responsabilidad para el deudor, o la cumplirá eliminando el obstáculo, pero sin que responda por el retardo.

1.1.2 Incumplimiento total y parcial

El incumplimiento es total si no se ejecuta la obligación en todas sus partes.

Y es parcial en los dos casos del art. 1556:

1º Si la obligación se cumple imperfectamente, o sea, no se paga en forma íntegra, como si de una deuda de $10.000 el acreedor acepta un abono de $5.000; si se paga la deuda, pero no los intereses; si el edificio tenía defectos de construcción, etc.

El acreedor debe haber aceptado este cumplimiento imperfecto, porque no está obligado a recibir un pago que no sea íntegro. Si rechaza el cumplimiento incompleto habrá lisa y llanamente incumplimiento total, y

2º Cuando existe retardo en el cumplimiento, o sea, la obligación no se ha cumplido en su oportunidad.

1.2 Prueba del incumplimiento y presunción de imputabilidad

De acuerdo al art. 1698, corresponde probar la obligación o su extinción al que alega aquélla o ésta.

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

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

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

Si debe probar la diligencia quien debió emplearla, ello equivale a presumir la culpa, y la conclusión es que el deudor debe destruir la presunción legal de imputabilidad.

1.3 Imputabilidad del deudor (dolo o culpa del deudor)

Para que se genere la obligación de indemnizar perjuicios, el incumplimiento debe ser imputable al deudor, es decir, provenir de su dolo o culpa.

1.3.1 Dolo contractual

i. Concepto

En materia civil, el dolo opera en a lo menos dos casos de acción: (i) en la formación del consentimiento, como un vicio del mismo consistente en engañar a otro a fin de inducirlo a celebrar un acto jurídico, lo que da lugar a la nulidad del mismo; (ii) en la indemnización de perjuicios, como la intención de dañar a otro, sea en el incumplimiento de una obligación contractual, o mediante la ejecución de un hecho ilícito extracontractual.

El dolo está definido en el artículo 44 del Código Civil, como "*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*". Este concepto es precisamente el aplicable a la indemnización de perjuicios.

Tal concepto ha sido criticado por la doctrina. En este sentido, Pablo Rodriguez y Fernando Fueyo estiman que de entender que sólo hay dolo cuando existe una intención maliciosa, hace casi imposible su prueba, agregando que en la vida real, salvo que se trate de una personalidad perversa, el deudor no deja de cumplir sólo por perjudicar al acreedor, sino para conseguir un provecho o ganancia, aún a costa del perjuicio del acreedor, a quien no desea exclusivamente perjudicar, pero acepta hacerlo en función de sus intereses. En razón de lo anterior, la doctrina moderna, trasladando conceptos propios del derecho penal, distingue entre el "dolo directo", consistente en la intención de añar definida en el art. 44, del "dolo eventual", consistente en la conducta de quien si bien no tuvo intención de causar daño, pudo representarse que su actuar sí podía producirlo.

ii. Prueba del dolo

El dolo, dice el artículo 1459, no se presume, sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás deberá probarse". Esta norma si bien está establecida al tratar del dolo vicio del consentimiento, es de aplicación general. Ello, por otra parte, resulta absolutamente concordante con el principio de que "la buena fe se presume", que si bien está establecido en materia posesoria, hay unanimidad para entenderlo como principio general.

El dolo se puede probar por cualquier medio probatorio, sin que rijan las limitaciones que para la prueba de testigos establecen los artículos 1708 y siguientes.

iii. Efectos del dolo en el incumplimiento de las obligaciones

1. Agrava la responsabilidad del deudor. Ello, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1558. De acuerdo a esta disposición, lo normal es que el deudor responda sólo de los perjuicios directos previstos (o que pudieron preverse) al tiempo del contrato. Mas, si hay dolo, se responderá además de los perjuicios directos imprevistos. Además, si la especie debida se destruye en poder del deudor después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo (art. 1680).

2. Se ha entendido también que si son varios los deudores que incumplen con dolo, su responsabilidad sería solidaria, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2317 inciso 2º. Si bien esta norma está ubicada en la responsabilidad extracontractual, se piensa por algunos, que el inciso 2º sólo se justifica, si su alcance es general. En caso contrario sería inútil pues no haría más que repetir lo dicho en el inciso 1º.

iv. El dolo no se puede renunciar anticipadamente

Así está establecido en el artículo 1465. Puede, no obstante, renunciarse el dolo pasado, siempre que se haga en forma expresa (art. 1465)

v. El dolo se aprecia en concreto, no en abstracto, como la culpa

Lo anterior significa que en cada caso, deberá el tribunal resolver si la conducta del hechor resulta o no dolosa. En cambio, la culpa se aprecia en abstracto, esto es, comparándola con un modelo ideal definido en la ley.

1.3.2 La culpa contractual

i. Concepto.

El incumplimiento es también imputable al deudor cuando proviene de su culpa.

En términos generales, se entiende por culpa la omisión de la diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho, y por culpa contractual la falta del cuidado debido en el cumplimiento de un contrato.

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.

Se ha discutido en doctrina si la culpa es una sola (teoría unitaria de la culpa) o si es diferente la culpa contractual de la extracontractual.

ii. Diferencias entre la culpa contractual y extracontractual

Sea que se estime que existe una sola culpa o que la culpa contractual y extracontracual son diferentes, es lo cierto, que se pueden apreciar en ellas algunas diferencias importantes:

a) La culpa contractual supone un vínculo jurídico previo entre las partes. La extracontractual no.

b) La culpa en la responsabilidad contractual admite grados: grave, leve y levísima. En materia de responsabilidad extracontractual, la culpa es una sola.

c) La culpa contractual se presume. La extracontractual debe probarse.

d) Para que la culpa contractual de origen a la indemnización de perjuicios -dice Alessandri- "es menester que el deudor se haya constituído en mora, condición previa para que el acreedor pueda exigir indemnización al deudor que viola su obligación. Tratándose de la culpa delictual, no es necesario constituir en mora al deudor; basta la ejecución del simple hecho ilícito para que el acreedor tenga acción por los perjuicios contra el deudor" (ob. cit., pp. 73-74)

iii. Graduación de la culpa

Bello, siguiendo a Pothier, estableció en el artículo 44, una clasificación tripartita de la culpa: en grave, leve y levísima, definiendo cada una de ellas.

Dice esta norma: "*La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".*

"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano".

"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa".

"Culpa o descuido levísimo es 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".

Como puede observase, la culpa contractual se aprecia en abstracto, pues la ley compara la conducta del sujeto con un modelo ideal ("padre de familia", "personas

negligentes y de poca prudencia", "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes").

iv. La culpa grave equivale al dolo

Así lo dice el artículo 44 inciso 1º parte final. ¿Cuál es el alcance de esta afirmación?

Cuando el deudor incumple con culpa grave, su responsabilidad se agrava, igual que en el dolo, respondiendo de todos los perjuicios directos, previstos e imprevistos. Además, no podría renunciarse anticipadamente la culpa grave (1465); y si hay culpa grave de varios deudores, su responsabilidad sería solidaria (2317 inc. 2º).

v. ¿Se presume la culpa grave?

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.

Se ha fallado que "la circunstancia de que el artículo 44 del Código Civil, equipare el dolo a la culpa grave no significa que ésta deba probarse al igual que aquél" (R.D.J., t. 19, sec. 1ª, p. 415). Somarriva critica esta doctrina por tres razones: a) porque el art. 44 no hace distinciones, sino que equipara en una forma absoluta ambos conceptos; b) porque la norma viene de Pothier, que le daba al principio un alcance amplio; y c) porque no le parece lógico presumir la culpa grave contractual en circunstancia que ni el dolo ni la mala fe se presumen por expresa disposición del legislador" (ob. cit., sent. 55, pág. 42). En el mismo sentido Tomás Chadwick ("De la naturaleza jurídica del dolo", en R.D.J., t. 36, 1ª parte, pp. 98 y ss.); Pablo Rodríguez (ob. cit., pp. 58 y ss.).

Este último autor estima que "si la culpa grave en materia civil se asimila (la ley dice "equivale") al dolo, ello implica que la culpa grave debe también probarse, al igual que el dolo". Y da sus razones: "si la culpa grave se presumiera (como consecuencia de que deba probarse la diligencia debida por quien está obligado a prestarla) y los efectos de la misma fueran los que corresponden al dolo, ello implicaría que sería más grave y perjudicial incumplir una obligación con culpa grave que incumplirla con dolo" (ob. cit., pp. 58 y ss.).

Sin embargo, según la mayor parte de la doctrina, la equivalencia no tiene alcances probatorios. De consiguiente, tratándose de culpa, cualquiera que ella sea, incluso, la grave, se presume siempre, por lo que corresponde al deudor probar el descargo, acreditando que ha empleado la diligencia debida; en cambio en el dolo, la prueba corresponde al acreedor (Claro Solar, ob. cit., t. 11, Nº 1070, p. 525; Alessandri, *Teoría de las Obligaciones*, p. 78; Fueyo, *Derecho Civil*, t. I, Nº 298, p. 296). El primero de estos autores expresa que la equivalencia entre la culpa grave y el dolo no pueden llegar a

significar que sean una misma cosa, pues si así fuere el artículo 44 no habría dado dos definiciones. Y agrega que "el artículo 1547 no hace referencia al dolo, sino únicamente a la culpa y no habría razón para suponer que no se haya referido a la culpa lata al exigir al deudor la prueba del cuidado que según la naturaleza del contrato se le exige". El art. 1547 inc. 3º que presume la culpa en materia contractual no distingue entre las clases de culpa.

vi. <u>De qué culpa responde el deudor</u>

La primera regla que debe aplicarse es que el deudor responde de la culpa a que se haya obligado. Ello porque, esta es una materia, en que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden alterar las reglas de responsabilidad establecidas en la ley, con algunas limitaciones. Así lo señala el inciso final del artículo 1547: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes*, y de las estipulaciones expresas de las partes*".

Si las partes nada han acordado entra a operar lo dispuesto en el artículo 1547, según el cual, para saber de qué culpa responde el deudor debe distinguirse según el contrato de que se trate, siendo la responsabilidad del deudor mayor en aquellos casos en que él es el único beneficiado y menor, cuando el principal beneficiado es el acreedor. Señala esta disposición: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en aquellos contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio" (inciso 1º).

Así, por ejemplo, en el contrato de depósito, que sólo beneficia al depositante, el depositario, responde únicamente de culpa grave (art. 2222). En cambio, en el comodato, el comodatario, que es el único beneficiado, responde hasta de culpa levísima (art. 2178). En los contratos conmutativos, en que las partes se benefician recíprocamente, se responde sólo hasta de culpa leve.

Nótese que el que sólo responde hasta de culpa grave, es el que tiene menos responsabilidad, pues está obligado a emplear únicamente aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. El que no emplea este cuidado mínimo tiene una conducta tan descuidada que la ley la asimila al dolo ("Esta culpa en materia civiles equivale al dolo", art. 44 inciso 1º, parte final).

A la inversa, el que responde de culpa levísima, es el que tiene la mayor obligación de cuidado, pues debe tener aquella "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes". Y es lógico que así sea, pues él es el único que se está beneficiando con el contrato, como ocurre con el comodatario.

Lo normal es que se responda hasta de la culpa leve. Así ocurre con el que administra bienes ajenos, ej. el padre de familia (art. 250), el tutor o curador (art. 391); el mandatario (art. 2129); el agente oficioso (art. 2288); el albacea (art. 1299); el partidor (art. 1329). También responde de esta culpa el que tiene una cosa sujeta a plazo o a condición (arts. 758 inc. 2º, propietario fiduciario; 787, usufructuario; 818 usuario y habitador).

vi. Cláusulas para alterar la responsabilidad de las partes

El inciso final del artículo 1547 permite a las partes alterar el grado de responsabilidad, idea que repite el artículo 1558, inciso final. Luego las partes pueden celebrar distintos pactos para modificar su responsabilidad, haciendo al deudor más o menos responsable de lo que legalmente corresponde.

Sin embargo, esta facultad de las partes tiene como límite el que no se puede eximir de responsabilidad al deudor. Lo anterior, en atención a que como la culpa grave equivale al dolo, ésta no puede condonarse anticipadamente, cosa que precisamente ocurriría si se eximiese de toda responsabilidad al deudor.

vii. La culpa contractual se presume

En la responsabilidad contractual la culpa se presume. Este principio se desprende del artículo 1547 inciso 3º. En efecto, según esta norma "la prueba de diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". Si corresponde al deudor probar que ha empleado el cuidado debido, es porque la ley está presumiendo que si incumple es porque no empleó el cuidado a que estaba obligado, que actuó con culpa.

En el artículo 2158 (mandato) se encuentra una excepción a esta regla, en cuanto permite que el mandante se pueda liberar de sus obligaciones "alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo, *salvo que le pruebe culpa*".

viii. Culpa del deudor por el hecho de personas que dependen de él

Los artículos 1679 y 1590, incisos 1º y 3º, hacen responsable al deudor por el hecho de terceros que dependen de él. La primera de estas normas expresa que "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable"; y la segunda, reitera la misma idea.

En el caso de hechos de terceros por quienes no responde el deudor, el acreedor sólo podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero autor del daño (art. 1590 inciso final; art. 1677).

2. SEGUNDO REQUISITO: PERJUICIO DEL ACREEDOR

2.1 Concepto

Es un requisito obvio que surge del propio enunciado "indemnización de perjuicios". No puede repararse lo que no existe. La ley no ha necesitado decirlo en forma expresa, pero indirectamente fluye de varias disposiciones (1548, 1553 Nº 3, 1559 Nº 2).

El perjuicio o daño -ambos términos son sinónimos- puede definirse como el detrimento, menoscabo o lesión que sufre una persona tanto en su persona como en sus bienes.

Si se produce el incumplimiento de un contrato pero éste no genera perjuicios al acreedor, no hay lugar a la indemnización de perjuicios. El ejemplo que citan los textos, es el del Conservador de Bienes Raíces, que habiéndosele requerido inscribir una hipoteca, sin razones valederas deja de practicarla, faltando así a las obligaciones propias de su cargo. Posteriormente la propiedad sale a remate público y el precio en que se adjudica es tan bajo que aun de haberse inscrito la hipoteca ese acreedor hipotecario no habría alcanzado a pagarse (véase Fueyo, *Derecho Civil*, t. IV, "De las Obligaciones", vol. I, Nº 249, p. 260).

2.2 Clasificación de los perjuicios.

Tradicionalmente la doctrina realiza las siguientes clasificaciones de los perjuicios:

(i) Perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

Atendiendo a la naturaleza del bien lesionado, los daños reparables han sido clasificados tradicionalmente en dos grandes categorías: daños materiales o patrimoniales y daños morales o extrapatrimoniales.

Los perjuicios **patrimoniales** son aquellos que inciden en el patrimonio del acreedor, sea porque producen la disminución efectiva de dicho patrimonio o la pérdida de una legítima ganancia.

Por su parte, son **extrapatrimoniales** aquellos que sin afectar el patrimonio del acreedor, afectan su honra o sus sentimiento. Daño moral es el que afecta los atributos o facultades morales o espirituales de la persona (R.D.J., T. 39, sec. 1ª, p. 203). En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc. Como han dicho otras sentencias, es el dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito (R.D.J., T. 57, sec. 4ª, p. 229, T. 60, sec. 4ª, p. 447 y T. 70, sec. 4ª, p. 68*)*; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo (R.D.J., T. 58, sec. 4ª, p.

375 y otras definiciones en T. 31, sec. 1ª, p. 462; T. 45, sec. 1ª, p. 526; T. 56, sec. 4ª, p. 195, y T. 57, sec. 4ª, p. 144).

Durante muchos años se aceptó como dogma que el daño moral no se indemnizaba en materia contractual. Sin embargo, se aceptaba su indemnización en la responsabilidad extracontractual, en virtud de existir la regla del art. 2329, según la cual "Por regla general *todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". Faltaba, se decía, para la responsabilidad contractual una norma como la del art. 2329.

Esta solución resulta manifiestamente injusta pues no se ve por qué razón, por ejemplo, si una persona que va dentro un bus que choca y sufre lesiones (responsabilidad contractual), no tiene derecho a que se le indemnice por los padecimientos que le produce este accidente; en cambio, sí lo tiene si estando en la calle, esperando el bus, es arrollada por éste y sufre el mismo tipo de lesiones (responsabilidad extracontractual).

Desde hace varios años, la doctrina viene señalando que hay en este trato discriminatorio, una grave inconsecuencia. Así, entre otros, Fernando Fueyo (*El daño extrapatrimonial y su indemnización especialmente en materia contractual*, separata de la Revista de Derecho Privado, año 1 Nº 1, enero-marzo 1966); Leslie Toamsello Hart (*El daño moral en la responsabilidad contractual*, Edit. Jurídica de Chile, 1969, pp. 165-166). Pero la jurisprudencia, se había mantenido invariable y sólo recién ahora empieza a cambiar. Y ya encontramos algunos fallos que aceptan indemnizar el daño moral (Fallos del Mes, Nº 431, sent. 1, p. 657. Véase un comentario a esta sentencia de la Excma. Corte Suprema de 20 de octubre de 1994, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción Nº 196, p. 155, que hace el profesor Ramón Domínguez).

¿Qué razones se han dado para no indemnizar el daño moral? 1. En primer lugar, la ya explicada, que faltaba una norma como la del art. 2329 aplicable a la responsabilidad extracontractual. 2. En seguida, que el artículo 1556 establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, conceptos éstos de claro contenido patrimonial; y 3. Que es difícil su prueba y avaluación.

En realidad ninguno de los argumentos es categórico. En efecto, si falta la norma, nos encontramos frente a una laguna legal, que el juez en conformidad al artículo 24 del Código Civil, debe llenar recurriendo a los principios generales del derecho y a la equidad natural. En cuanto a que el art. 1556 no lo contempla, es cierto, pero tampoco lo prohíbe. Finalmente, no es serio sostener que no debe indemnizarse por ser difícil de probar y de avaluar, desde que en materia extracontractual el problema es el mismo y se pagan.

En todo caso cabe señalar que el artículo 1556, no es un buen argumento para acoger el daño moral, pues esa disposición se tomó del Código de Napoléon y en especial de Pothier (*Obligations*, I, Cap. 2, art. 3) que sólo autorizaban la indemnización por daños

patrimoniales. La reparación del daño moral, no fue siquiera planteada por Pothier, quien, por lo demás, entendía "por daños y perjuicios la pérdida que uno ha sufrido y las ganancias que ha dejado de hacer". Sin embargo, en Francia con una disposición semejante a nuestro artículo 1556 (art. 1149), se viene aceptando desde hace mucho tiempo la indemnización del daño moral en materia contractual, entendiéndose agotado el debate.

En Chile, hoy día, frente al texto constitucional -art. 19 Nros. 1 inc. 1º y 4, que asegura a todas las personas tanto el derecho a la integridad física y psíquica (Nº 1), como el respeto a la intimidad y vida privada, y el honor-, no parece sostenible seguir negando la indemnización del daño moral. En estas disposiciones constitucionales y no en el artículo 1556, deben fundarse las demandas por daño moral.

Pero debe quedar claro también que cualquier incumplimiento contractual no puede ser fuente de daño moral. Así, por ejemplo, si la obligación incumplida es la no entrega de 100 sacos de porotos, no parece razonable pensar que ello pueda producir un daño moral al acreedor. En cambio, si una persona lleva a achicar el anillo de compromiso de sus padres, y el joyero lo pierde, sí que se ve como factible la indemnización. Lo mismo si se lleva a enmarcar la fotografía única de un antepasado lejano, y el establecimiento la pierde, etc. En el caso acogido por la jurisprudencia (Fallos del Mes, Nº 431, sent. 1, p. 657) se trataba de un banco que en forma descuidada entregó a un tercero talonarios de la cuenta corriente de un cuentacorrentista. El tercero aprovechando estos talonarios giró cheques que fueron protestados, lo que ocasionó un daño moral al cuentacorrentista al lesionarse su crédito, su honor, su prestigio y buen nombre.

(ii) Daño emergente y lucro cesante.

El artículo 1556 dice que "*la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente*". La ley no define estos conceptos.

Es **daño emergente** la disminución efectiva del patrimonio del acreedor como consecuencia de la infracción de la obligación.

Por su parte, el **lucro cesante** es la pérdida de la legítima ganancia que hubiera obtenido el acreedor si el deudor hubiera cumplido la obligación en forma íntegra y oportuna.

Ej: se contrata a Pavaroti, para que venga a dar un concierto; se gasta en propaganda, viajes, etc, pero en definitiva el artista no viene. El daño emergente, está representado por lo que se gastó en propaganda, viajes, etc. El lucro cesante, está determinado por la utilidad que el empresario pensaba obtener con este concierto.

En conformidad al artículo 1556 ambas clases de perjuicios deben ser indemnizados, salvo que la ley limite la indemnización sólo al daño emergente. Así ocurre, por ejemplo, en lo artículos 1930 inc. final, 1932, 1933 del Código Civil y 209 y 210 del Código de Comercio (contrato de transporte).

No es fácil la prueba del lucro cesante. Por la misma razón, se debe apreciar la prueba con mayor liberalidad. Así lo entiende Sergio Gatica: "el lucro cesante, a diferencia del daño emergente, es difícil de establecer, por su carácter esencialmente eventual, que lo transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres". Y agrega que "por la misma razón el legislador ha prescindido de dictar normas al respecto, dejando entregada a la prudencia del tribunal la sana aplicación de los hechos de la causa". (*Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 108).

(iii) Perjuicios directos e indirectos.

Esta clasificación se encuentra reconocida en el art. 1558. Los perjuicios **directos** son los que surgen como consecuencia directa y necesaria del incumplimiento de la obligación. En cambio, los **indirectos** si bien surgen como consecuencia de la infracción contractual, no encuentran en ésta una causa directa, sino indirecta o remota.

En el clásico ejemplo de Pothier para ilustrar el concepto de daño indirecto, el suicidio del comprador de una vaca enferma, que luego de ser introducida en el rebaño, contagia y causa la muerte de todas las demás ocasionándole la ruina, no puede atribuirse razonablemente al hecho del vendedor que oculta el vicio.

En conformidad al artículo 1558 sólo los perjuicios directos pueden ser indemnizados, y no así los indirectos, pues respecto de éstos faltará un requisito propio de la responsabilidad, como lo es la relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido; lo anterior, salvo que las partes hubiesen acordado algo distinto.

(iv) Perjuicios directos previstos y directos imprevistos.

Los perjuicios directos pueden clasificarse en **previstos**, que son aquellos que las partes previeron o pudieron razonablemente prever al tiempo de contratar; y por otra parte son **imprevistos** los que no se previeron ni se encontraban en situación de prever a la fecha de celebración del contrato.

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 habría 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 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.

En conformidad al art. 1558, si el deudor obró con dolo deberá indemnizar tanto los perjuicios previstos como imprevistos; en caso contrario sólo responde de los daños previstos.

2.3 Prueba de los perjuicios

La prueba de los perjuicios corresponde al actor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil. Por excepción, en algunos casos no es necesario probarlos:

a) Cuando existe una cláusula penal, en virtud de lo establecido en el artículo 1542 "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio; y

b) Tratándose de la indemnización moratoria en el incumplimiento de una obligación de dinero, en conformidad al artículo 1559 Nº 2: "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, basta el hecho del retardo".

En relación con esta materia conviene precisar que, en conformidad al artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, el acreedor que ha sufrido un perjuicio proveniente del incumplimiento de un contrato, puede adoptar dos caminos: a) demandar su pago, litigando inmediatamente sobre su especie y monto (es decir la descripción detallada de los mismos y su monto) o b) solicitar únicamente que se declare su derecho a cobrar perjuicios y se le reserve el derecho para discutir la especie y monto de ellos en juicio aparte o en la ejecución del fallo. Si se elige el primer camino, la sentencia no puede reservar a las partes el derecho de discutir la especie y monto de los perjuicios en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso; y si lo hace, la sentencia debe anularse por no contener la decisión del asunto controvertido (R.D.J., t. 5º, sec. 1ª, p. 225).

Se ha fallado que no se necesita señalar en la demanda una suma determinada como indemnización, basta con solicitar que se paguen los perjuicios experimentados, cuyo monto queda entregado a la apreciación del tribunal (R.D.J., t. 33 sec. 1ª, p. 161). También se ha fallado que cuando se litiga sobre la especie y monto de los perjuicios, el tribunal puede ordenar pagar una cantidad diferente, menor que la demandada (R.D.J., t. 27 sec. 1ª, p. 265; t. 13, sec. 1ª, p. 199, t. 13, sec. 1ª, p. 226).

Una jurisprudencia reiterada de los tribunales ha declarado que esta disposición (art. 173 del C.P.C.) 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 (R.D.J., t. 31, sec. 1ª, p. 462, t. 31, sec. 1ª, p. 144, t. 32 sec. 1ª, p. 538, t. 51, sec. 1ª, p. 216). En sentido contrario, véase R.D.J., t. 94, sec. 2ª, p. 3.

3. TERCER REQUISITO: RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL INCUMPLIMIENTO Y LOS PERJUICIOS

Los perjuicios que se indemnizan son los que provienen del incumplimiento.

En el Código Civil, esta exigencia se desprende del artículo 1556 "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..." y con más claridad todavía, del artículo 1558, en cuanto establece que en caso de incumplimiento con dolo el deudor "es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación de haberse demorado su cumplimiento ".

Consecuencia importante de lo que venimos diciendo es que no se indemnizan los perjuicios indirectos ni aun en el caso de haberse incumplido con dolo (art. 1558), a menos que las partes hubiesen pactado algo distinto.

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.

El requisito nexo causal no sólo se exige en la responsabilidad contractual, sino también la extracontractual. Sólo se indemniza el daño proveniente del hecho ilícito

4. CUARTO REQUISITO: MORA DEL DEUDOR

4.1 Generalidades.

El último requisito de la indemnización de perjuicios es la denominada "mora del deudor", exigida por el artículo 1557 en los siguientes términos: "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora...". Reitera esta misma idea el artículo 1538, en materia de cláusula penal: "Háyase o no estipulado

un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora..." (es necesario considerar que "la pena" es una forma de regular la indemnización de perjuicios).

Esa exigencia rige tanto para la indemnización compensatoria como para la moratoria (Claro Solar, ob. cit., t. II, Nº 122, p. 731; Alessandri, *Teoría de las Obligaciones*, pp. 82-83; Fueyo, *Derecho Civil*, t. IV, "De las Obligaciones", vol. I, Nº 305, p. 300; Abeliuk, ob. cit., t. 2, Nº 868, p. 711).

Se afirma, que en las obligaciones de no hacer, no se requiere el requisito de la mora del deudor, pues en conformidad con el artículo 1557, en este tipo de obligaciones, la indemnización se debe desde el momento de la contravención (Stitchkin, ob. cit., 2ª parte, Nº 583, p. 82; Abeliuk, ob. cit., t. 2, Nº 868, p. 711). René Ramos, cree que también en este caso se requiere mora, con la diferencia que ésta se produce por el solo hecho de la contravención (*De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 273).

4.2 Concepto

Abeliuk define la mora del deudor (*mora solvendi*) "como el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor" (ob. cit., t. II, Nº 868, p. 711). En términos semejantes Stitchkin: "retardo culpable en el cumplimiento de la obligación más allá de la interpelación del acreedor" (ob. cit., 2ª parte, Nº 584, p. 83).

4.3 Requisitos

1. Que el deudor retarde el cumplimiento de la obligación.
2. Que el retardo sea le imputable (con dolo o culpa).
3. Interpelación del acreedor; y
4. Que el acreedor haya cumplido su obligación o se allane a cumplirla.

4.3.1 Que el deudor retarde el cumplimiento de la obligación

El retardo es el antecedente necesario de la mora, pero sólo el antecedente, no la mora misma, pues el retardo puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor, caso en que no habrá mora.

Se debe distinguir, entonces, entre exigibilidad, retardo y mora;

a) La obligación es exigible cuando no se halla sujeta a modalidades suspensivas.

b) Se retarda el cumplimiento de la obligación cuando no se cumple en la oportunidad debida, pero el solo retardo no implica mora (que exige otros requisitos: imputabilidad e interpelación). Nuestro Código en algunos casos habla de "la mora

producida por fuerza mayor o caso fortuito" (véase el artículo 1558, inciso 2º), señalando que no da lugar a la indemnización de perjuicios. Lo que la norma quiere significar es que no hay indemnización de perjuicios, porque si hay caso fortuito no puede haber mora ya que éste extingue la obligación.

c) La mora supone el retardo imputable del deudor más allá de la interpelación hecha por el acreedor (arts. 1551 y 1558 inc. 1º).

El artículo 1537, en materia de cláusula penal, distingue con mucha claridad entre mora y simple retardo.

4.3.2 Que el retardo sea imputable del deudor

Es decir, para que se configure la mora es necesario que el atraso en cumplir sea debido al dolo o culpa del deudor.

El artículo 1558, claramente exige el requisito de la imputabilidad, al decir en el inciso 1º: "Si no se puede imputar dolo al deudor...." para agregar en el inciso siguiente: "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios". Lo que quiere expresar la norma es que si hay caso fortuito o fuerza mayor, no hay indemnización de perjuicios porque no hay mora.

4.3.3 Interpelación del acreedor

Se define como el acto por el cual el acreedor hace saber al deudor que su retardo le causa perjuicios.

Hay tres formas de interpelación, que están contenidas en el artículo 1551, que a la letra señala: "El deudor está en mora, 1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; 2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; 3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Atendido lo dispuesto en esta disposición, la interpelación, se produce en cualquiera de estos tres casos, constituyendo la regla general, el contemplado en el Nº 3.

La doctrina llama a la interpelación del Nº 1, contractual expresa; a la del Nº 2, contractual tácita; y a la del Nº 3, judicial.

i. Interpelación contractual expresa (art. 1551 Nº 1)

Opera cuando las partes han establecido un plazo en el contrato, para que el deudor cumpla su obligación. Cumplido el plazo se van a producir coetáneamente tres situaciones jurídicas: exigibilidad, retardo y mora. Por el solo hecho de cumplirse el plazo, el deudor queda constituido en mora, salvo que la ley exija que se le requiera para constituirlo en mora. Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de arriendo: artículo 1949 "para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio..."; en el artículo 1977, cuando el arrendatario se encuentra en mora de pagar la renta, es necesario dos reconvenciones, entre las cuales debe mediar a lo menos 4 días.

Para que nos encontremos en el caso del Nº 1 del artículo 1551, es preciso que se trate de un plazo convenido por las partes, pues la norma habla de no haberse cumplido la obligación "dentro del término estipulado". Por ello, no rige, por ejemplo en el caso en que haya sido establecido por el testador (para pagar un legado), caso éste en que será necesario para constituir en mora al deudor requerirlo judicialmente.

Si se trata de obligaciones de cumplimiento fraccionado, la mora respecto de cada cuota, se irá produciendo al vencimiento del plazo establecido para su pago. Ello, sin perjuicio, de que pueda haberse convenido una cláusula de aceleración que pueda producir la caducidad del plazo y, por consiguiente, la mora respecto de todo el saldo insoluto.

ii. Interpelación contractual tácita (art. 1551 Nº 2)

Se le llama interpelación tácita porque a pesar de que no se ha establecido en forma expresa un plazo dentro del cual debe cumplirse la obligación, ésta por su propia naturaleza y por la forma como fue convenida, tiene un plazo tácito, para cumplirse. Ej. El traje de novia tiene que estar terminado y entregado antes del día de la boda; los disfraces antes de la fiestas de carnaval; la máquina trilladora, antes de la trilla; la construcción del stand para una feria, antes de que esta se abra, etc.

iii. Interpelación judicial (o extracontractual) (art. 1551 Nº 3)

La interpelación judicial constituye la regla general, como se desprende de la forma como comienza el Nº 3 "En los demás casos..."

La regla es entonces que para que el deudor quede constituido en mora se le debe demandar. Problema aparte es determinar qué entiende el Nº 3, por reconvenir judicialmente al deudor. Está claro que no es necesaria una gestión judicial en que específicamente se solicite que se constituya en mora al deudor. Se ha entendido que cualquier gestión judicial destinada a que el acreedor haga efectivos sus derechos para el caso de que el deudor incumpla es suficiente requerimiento judicial. Así satisfacen este

objeto, una demanda en que se pida el cumplimiento del contrato o su resolución; o si se demandan perjuicios, etc. (R.D.J., t. 28, sec. 1ª, p. 717). La Corte Suprema ha dicho que no es reconvención suficiente, la gestión de preparación de la vía ejecutiva (R.D.J., t. 9, sec. 1ª, p. 79). Abeliuk, discrepa de este fallo, pues una diligencia de este tipo supone el cese de la inactividad del acreedor y el conocimiento del deudor de que su incumplimiento está causando perjuicios.

¿En qué momento queda el deudor constituido en mora? René Ramos (ob. cit., Nº 330, p. 277) y Abeliuk (ob. cit., Nº 872, p. 716) entienden que lo es cuando se le notifica válidamente la demanda. Así lo ha entendido en general, la jurisprudencia (R.D.J., t. 30, sec. 1ª, p. 561; t. 36 sec. 1ª, p. 402, etc.). Hay fallos, sin embargo, que dicen que la constitución en mora se produce desde la contestación de la demanda (R.D.J., t. 23, sec. 1ª, p. 522; t. 23, sec. 1ª, p. 354; t. 21 sec. 1ª, p. 490).

Se ha fallado que para que el deudor quede constituido en mora, el requerimiento debe hacerse ante juez competente (R.D.J., t. 9, sec. 1ª, p. 358), decisión discutible, pues aunque el tribunal sea incompetente, queda clara la intención del acreedor de hacer efectiva la obligación (Abeliuk, ob. cit., Nº 872, pp. 714-715).

4.3.4 Si el contrato es bilateral, que el acreedor haya cumplido su propia obligación o se allane a cumplirla en la forma y tiempo debido

Es el último requisito de la mora, y lo contempla el artículo 1552: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Esta norma contiene el principio denominado "la mora purga a la mora".

Cabe agregar que la mayoría de la doctrina nacional estima que este artículo contiene la llamada "excepción de contrato no cumplido", que es aquella que tiene la parte de un contrato bilateral que es demandada por la otra parte para que cumpla el contrato, a fin de que se rechace la demanda si esta última no ha cumplido o no se encuentra llana a cumplir las obligaciones que ella ha contraído.

4.4 Efectos de la mora

Los efectos que produce la mora son los siguientes:

1. El acreedor puede demandar indemnización de perjuicios.
2. El deudor se hace responsable del caso fortuito.
3. El riesgo pasa a ser del deudor.

4.4.1 El acreedor puede demandar indemnización de perjuicios

Justamente por ello, se estudia la mora, como requisito de la indemnización de perjuicios. Este efecto lo establece el artículo 1557 del Código Civil: "se debe indemnización de perjuicios *desde* que el deudor se ha constituido en mora".

Aclarado que sin constituir al deudor en mora, no hay indemnización de perjuicios, cabe resolver otro problema. Reconvenido el deudor ¿desde cuándo se deben pagar los perjuicios? ¿Desde la fecha de la constitución en mora o desde que se produjo el incumplimiento?

Fueyo afirma que constituido el deudor en mora, debe éste pagar los perjuicios producidos desde el retardo, pues no hay ninguna norma que descarte la zona intermedia entre el simple retardo y la interpelación judicial. Se trata, de sancionar un acto ilícito e injusto, agrega (*Derecho Civil*, t. IV, "De las Obligaciones", Nº 311, p. 303). Abeliuk, en cambio, distingue entre los perjuicios compensatorios y los moratorios. Los primeros se habrán siempre producido antes de la constitución de la mora por el sólo incumplimiento, como lo prueba el art. 1672, según el cual si la cosa perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste pero varía de objeto, siendo obligado el deudor al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. El precio, agrega Abeliuk, corresponde evidentemente a la indemnización compensatoria. En cambio, los perjuicios moratorios sólo se van a generar con la constitución en mora, como parece demostrarlo el artículo 1559 Nº 1 en las obligaciones de dinero, en cuanto dicha norma expresa que si la deuda no devengaba intereses "empiezan a deberse los legales" (Abeliuk, ob. cit., Nº 877, pp. 718-719).

4.4.2 El deudor se hace responsable del caso fortuito

Así lo dice el artículo 1547 inciso 2º. Esta regla tiene una excepción, en que a pesar de la mora el deudor, éste no responde del caso fortuito. Ello se produce si el caso fortuito hubiese sobrevenido a pesar de haberse cumplido oportunamente la obligación (arts. 1547 inc. 2º, 1672 inc. 2º, 1590). Este último hecho deberá probarlo el deudor (art. 1674 inciso 2º: "Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo").

4.4.3 El riesgo de la especie o cuerpo cierto debida que normalmente es del acreedor, pasa al deudor

Por regla general, de acuerdo el artículo 1550, en nuestra legislación el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe es del acreedor, salvo algunas excepciones, 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".

4.5 Mora del acreedor

4.5.1 Concepto

Se puede decir que la mora del acreedor consiste en la resistencia ilegítima al cumplimiento de la obligación del deudor. Esta mora no debe confundirse con la excepción de contrato no cumplido, por cuanto en ella el acreedor no está rechazando infundadamente el cumplimiento de la obligación del deudor, sino que ha incumplido una obligación propia.

El Código no ha reglamentado en forma orgánica la mora del acreedor (*mora accipiendi*), pero en varias disposiciones se refiere a ella: arts. 1548, 1680, 1827, 1559 (que habla de la repugnancia del acreedor a recibir la cosa).

4.5.2 ¿Desde cuándo está en mora el acreedor?

Según algunos desde que el deudor haya debido recurrir a pagar por consignación pues es el procedimiento que el legislador ha establecido para que el deudor cumpla su obligación ante la negativa del acreedor. Abeliuk (ob. cit., Nº 882, p. 723) no está de acuerdo ya que esta posición confunde dos cosas: la consignación es un pago, extingue la obligación del deudor, mientras la mora del acreedor no libera al deudor sino que disminuye su responsabilidad. Según otros, debe aplicarse por analogía el art. 1551 Nº 3 y concluir que estará en mora desde que sea judicialmente reconvenido. Finalmente -y es la doctrina más aceptada- (Claro Solar, ob. cit., Nº 1242, p. 750) se estima que basta cualquier ofrecimiento del deudor, incluso extrajudicial, para constituir en mora al acreedor. Así lo demostraría el artículo 1680, que no hace ninguna exigencia especial bastando que la especie o cuerpo cierto sea ofrecida al acreedor.

4.5.3 Efectos de la mora del acreedor

Los efectos que se producen con la mora del acreedor son los siguientes:

1. Disminuye la responsabilidad del deudor, pues sólo va a responder de la culpa grave o dolo en el cuidado de la cosa (1680 y 1827). Además queda relevado de los perjuicios moratorios.

2. El acreedor debe indemnizar los perjuicios que se sigan de no recibir la cosa, como lo prueba el artículo 1827 ubicado en la compraventa pero de alcance general: "Si el comprador se constituyere en mora de recibir abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido".

3. Si el deudor tuvo que pagar por consignación, debe pagar las expensas de la oferta o consignación válidas (art. 1604).

B.3 CAUSALES DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Se pueden mencionar como causales de exención de responsabilidad, las siguientes, no todas aceptadas:

1. Fuerza mayor o caso fortuito;
2. Ausencia de culpa;
3. Estado de necesidad;
4. El hecho o culpa del acreedor (mora del acreedor);
5. La teoría de la imprevisión;
6. El hecho ajeno

1. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Como consideración preliminar, es necesario considerar que de acuerdo a cierta doctrina, el Código Civil regula dos clases de caso fortuito según sean los efectos que produzca en el cumplimiento:

a) El caso fortuito *permanente*, que opera como *modo de extinguir* la obligación por pérdida de la cosa que se debe o imposibilidad absoluta de ejecución del hecho debido (v. gr. destrucción de la cosa específica que se debía); y

b) El caso fortuito *temporal*, que opera como *eximente de responsabilidad* y no como modo de extinguir, porque terminado el caso fortuito sí debe cumplirse (v. gr. se destruye el camino que necesariamente debía tomar el deudor para entregar la cosa debida; en tal caso, no responde por el retraso en el cumplimiento, pero debe entregar la cosa una vez que se haya reparado el camino).

1.1 Concepto

El artículo 45 lo define diciendo que *"se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc"*.

Se ha señalado que la definición es incompleta por faltarle el requisito de la inimputabilidad, que es indispensable si se considera que nuestro Código sigue el sistema de la responsabilidad subjetiva. Pero se agrega, que esta omisión aparece suplida por el artículo 1547 que en su inciso 2º dispone que "el deudor no es responsable del caso fortuito, *a menos que... haya sobrevenido por su culpa*".

1.2 Elementos del caso fortuito

Los elementos del caso fortuito son:

1. Hecho inimputable;
2. Imprevisto;
3. Irresistible.

1.2.1 Hecho Inimputable

Quiere decir que debe ser ajeno al deudor; no debe provenir de su hecho o culpa o del hecho o culpa de las personas por quien él responde. Así resulta de varias disposiciones: arts. 934, 1547 inc. 2º, 1590, 1672 inciso 1º, 1679, 1925 inc. 1º, 1926 inc. 1º, 2015 inc. 3º, 2016 inc. 2º, 2178 Nº 2, 2242, etc.

Sobre esta materia, en Francia se ha fallado que un comerciante que vende mercaderías a plazo, que él no tiene, debe daños e intereses si una fuerza mayor le impide hacerlas venir lo suficientemente rápido como para entregarlas dentro de plazo (Dalloz, *Les Codes Annotes*, t. X, Nº 23, p. 1037, citado por Coustasse e Iturra, ob. cit., p. 87). No hay caso fortuito por faltar la inimputabilidad: es culpable la conducta del deudor de ofrecer mercaderías que no tenía. Abeliuk señala este ejemplo como de falta de previsión, el vendedor debió prever la dificultad (ob. cit., T. II, Nº 842, pp. 688-689).

1.2.2 Hecho Imprevisto

Así lo dice la definición. Es el elemento típico del caso fortuito. Que sea imprevisto significa que dentro de los cálculos ordinarios de un hombre normal, no era dable esperar su ocurrencia. Lorenzo de la Maza, define los acontecimientos imprevistos como aquellos poco frecuentes, que por excepción suelen sobrevenir, y que no han sido tomados en cuenta por las partes al momento de contratar (*La Teoría de la Imprevisión*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 30, 1ª parte, pp. 73 y ss.). La Corte Suprema ha dicho que "el caso fortuito es imprevisto cuando no hay ninguna razón especial para creer en su realización " (R.D.J., t. 46, sec. 1ª, p. 533; t. 60, sec. 1ª, p. 59). Se ha fallado que "la sequía no constituye en sí misma un caso fortuito, ya que ella es insuficiente para eximirse de responsabilidad si se considera que en períodos de escasez de recursos hídricos, como sucede frecuentemente en nuestro país, es posible la generación a niveles normales de energía hidroeléctrica y aun sustituir el faltante mediante la generación termoeléctrica..." (R.D.J, t. 89, Nº 3, sec. 5ª, p. 254).

1.2.3 Hecho Irresistible

Significa que impide al deudor, bajo todo respecto o circunstancia, poder cumplir. Si puede hacerlo en forma más difícil o más onerosa, no estamos frente a un caso fortuito. También este elemento está comprendido en la definición del artículo 45. La Corte Suprema ha dicho que es irresistible cuando no es posible evitar sus consecuencias, en términos que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias habría podido preverlo ni evitarlo (R.D.J., t. 46, sec. 1ª, p. 533; t. 60, sec. 1ª, p. 59). Y en

un antiguo fallo (G.T., 1910, t. 2, sent. 1066) se estableció que el hecho de no conseguir por una huelga carros de ferrocarril para entregar cierta cantidad de harina en tiempo oportuno, no constituía una imposibilidad absoluta si ella puede hacerse por camiones u otro medio (cit. por De la Maza, ob. cit, p. 82).

Es importante tener en cuenta que los elementos de todo caso fortuito siempre estará ligados al grado de diligencia asumido por el deudor.

1.3 Efectos del caso fortuito

El efecto propio del caso fortuito es liberar de responsabilidad al deudor. Así lo dice el artículo 1547, inc. 2º: "*el deudor no es responsable del caso fortuito,...",* y lo reitera el art. 1558 inc. 2º: "*La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios".*

En opinión de Vial, es necesario hacer presente que el caso fortuito presenta una doble naturaleza jurídica: (i) por una parte, como circunstancia que impide considerar que la infracción de obligación es imputable al deudor –lo que se traduce en la imposibilidad en que se encuentra el acreedor de exigir indemnización de perjuicios -. En este evento, si bien el caso fortuito hace imposible cumplir la obligación, no la extingue, porque se supone que el obstáculo es temporal o transitorio y que una vez que desaparece la obligación puede cumplirse, sin que el deudor contraiga responsabilidad por el cumplimiento tardío. (ii) Por otra parte, el caso fortuito puede considerarse como un elemento esencial de un modo de extinción de las obligaciones denominado pérdida de la cosa debida o imposibilidad absoluta de ejecución. En este caso, y a diferencia del punto anterior, se trata de un caso fortuito de efectos permanentes y no transitorios, por lo que no sólo exime de responsabilidad, sino que además extingue la obligación.

1.4 Excepciones en el que el caso fortuito no libera de responsabilidad al deudor

1. Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor. Así lo señala el artículo 1547 inc. 2º, y aplican este principio los artículos 1590 inciso 1º y 1672 inciso 2º. En verdad, si el hecho proviene por culpa del deudor, resulta impropio hablar de caso fortuito, pues el hecho le sería imputable.

2. Cuando sobreviene durante la mora del deudor. Así lo dice el artículo 1547 inc. 2º, y lo reiteran los artículos 1672 y 1590 inciso 1º.

Esa excepción no rige si el caso fortuito igualmente hubiere sobrevenido si el acreedor hubiere tenido en su poder la cosa debida: artículos 1547 inc. 2º, 1590 inc. 1º y 1672 inciso 2º.

3. Cuando se ha convenido que el deudor responda del caso fortuito. Ello puede establecerse en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de lo dicho en los artículos 1547 inc. final, 1558 inciso final y 1673.

4. Cuando la ley pone el caso fortuito de cargo del deudor (art. 1547 inciso final). Así ocurre, por ejemplo, respecto del que ha hurtado o robado una cosa (artículo 1676). Otro caso es el contemplado para el colono (arrendatario de predio rústico) en el artículo 1983 inciso 1º, en cuanto "no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios, que han deteriorado o destruído la cosecha".

1.5 Prueba del caso fortuito

Los artículos 1547 inciso 3º y 1674, establecen que incumbe la prueba del caso fortuito al que lo alega. Estas disposiciones constituyen una aplicación de la regla general de onus probandi contemplada en el artículo 1698, según el cual corresponde la prueba de la extinción de una obligación al que alega esta circunstancia.

Constituye una excepción a la regla de que el caso fortuito debe probarse, el artículo 539 del Código de Comercio, en el contrato de seguro: "el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o la ley".

2. AUSENCIA DE CULPA

La segunda causal de exoneración de responsabilidad del deudor sería -empleamos el condicional pues no es generalmente aceptada- la ausencia de culpa.

El problema es el siguiente ¿le basta al deudor probar que ha empleado la debida diligencia para liberarse de responsabilidad o debe probar además la existencia del caso fortuito? La doctrina no es uniforme. La Corte Suprema ha dicho que le basta al deudor acreditar que ha empleado el cuidado a que lo obligaba el contrato, sin que sea necesario probar el caso fortuito (R.D.J., t. 46, sec. 1ª, p. 533). Antes había estimado lo contrario (R.D.J., t. 3, sec. 1ª, p. 36).

Abeliuk opina que es suficiente con que el deudor pruebe su ausencia de culpa. Ello, por las siguientes razones:

a) La redacción del artículo 1547 inciso 3º que contrapone las dos situaciones: prueba de la diligencia o cuidado y prueba del caso fortuito. Explica que "si el deudor no se libera sino ante este último, carecería de objeto que probara su diligencia o cuidado.

b) El artículo 1670 establece, sin hacer distinción alguna, que si la cosa perece se extingue la obligación del deudor. Más adelante, en el artículo 1672, está la excepción al señalar que si ello ha ocurrido por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto: la indemnización de perjuicios. Luego, si no ha habido culpa o mora, no hay excepción y se aplica la regla del artículo 1670, quedando la obligación extinguida;

c) Si en conformidad al artículo 1678, cuando la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, sólo se lo obliga a pagar el precio sin indemnización de perjuicios, con mayor razón si hay un hecho involuntario y no culpable del deudor, éste debe quedar exento de responsabilidad (ob. cit., Nº 849, pp. 694-695).

En sentido contrario, Claro Solar: "la imputabilidad cesa, cuando la inejecución de la obligación o la demora en su ejecución es el resultado de una causa extraña al deudor, o sea de fuerza mayor o caso fortuito (ob. cit., t. 11, Nº 1224, p. 730).

3. EL ESTADO DE NECESIDAD

Cabe preguntarse si el deudor queda liberado de responsabilidad en el caso en que pudiendo cumplir, no lo hace para evitar un mal mayor. Se diferencia del caso fortuito, en que no hay un impedimento insuperable. Fueyo coloca varios ejemplos. Veamos uno de ellos: el del capitán del barco que, en peligro de naufragar, lanza al mar las mercaderías que transporta ¿debe responder?

La doctrina no es unánime. Chironi, por ejemplo (citado por Fueyo), cree que para quedar exento de responsabilidad, tiene que configurarse una fuerza mayor. En la doctrina nacional Abeliuk está en esa posición (ob. cit., t. I, Nº 850, pp. 695-696). Estima que si no se configura un caso fortuito, el deudor debe cumplir, ya que no hay disposición alguna en que pueda asilarse el estado de necesidad. Pero la tendencia moderna, es que el estado de necesidad legitima el hecho y lo convierte en lícito, liberando de responsabilidad al deudor.

El Código Civil, en un caso, toca el punto desechando el estado de necesidad. Es la situación del comodatario que en un accidente, puesto en la alternativa de salvar la cosa prestada o la propia, opta por esta última (art. 2178 Nº 3). Hace responsable al comodatario, lo que se explica porque responde hasta de la culpa levísima.

4. HECHO O CULPA DEL ACREEDOR

Nuestro Código no ha reglamentado en forma orgánica la mora del acreedor (*mora accipiendi*). Pero se refiere a ella en varias disposiciones para exonerar de responsabilidad al deudor. Así, en el artículo 1548, en las obligaciones de dar, libera de responsabilidad al deudor, por el cuidado de la especie o cuerpo cierto debido, cuando el acreedor se ha

constituido en mora de recibir; en el artículo 1680, repite la misma idea, haciendo responsable al deudor sólo por culpa grave o dolo; en el artículo 1827, en que exime al vendedor del cuidado ordinario de conservar la cosa, si el comprador se constituye en mora de recibir.

5. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

5.1 Concepto.

En aquellos contratos de tracto sucesivo, en que las obligaciones de las partes se van cumpliendo durante períodos prolongados, puede ocurrir que durante la vida del contrato, sobrevengan hechos imprevistos y graves, que hagan para una de ellas excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones. La pregunta que cabe formular es si en tal supuesto, puede el afectado recurrir a la justicia para que se revise el contrato y se restablezca el equilibrio patrimonial. Si aceptamos esta posibilidad, estamos aceptando la teoría de la imprevisión.

Don Lorenzo de la Maza define la teoría de la imprevisión, diciendo que es la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbación grave con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas" (*La Teoría de la Imprevisión*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 30, 1ª parte, p. 93).

5.2 Elementos de la imprevisión

Para que opere la teoría de la imprevisión se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Que se trate de un contrato de tracto sucesivo o por lo menos de un contrato de ejecución diferida. "La teoría de la imprevisión tiene necesariamente que suponer obligaciones que tengan duración en el tiempo, prestaciones sucesiva o diferidas o que no estén completamente ejecutadas. De otro modo no es posible concebir que sobrevengan acontecimientos imprevisibles y esto es de la esencia de la imprevisión" (De la Maza, ob. cit., p. 122).

2. Que por circunstancias sobrevinientes, ajenas a las partes y no previstas, se produzca un desequilibrio patrimonial en las prestaciones.

3. Que los hechos que producen la alteración, sean tan extraordinarios y graves, que si las partes los hubieran tenido a la vista al momento de contratar no habrían contratado o lo habrían hecho en condiciones diferentes.

5.3 Posiciones doctrinarias

Frente a estos graves desequilibrios en las prestaciones de cada parte, hay en doctrina dos posiciones.

Para una primera, todo contrato es ley para las partes, que ninguna de ellas puede desconocer aunque hayan variado las condiciones bajo las cuales lo celebraron. Lo acordado tiene que cumplirse en la forma convenida (*"pacta sun servanda"*). La seguridad jurídica así lo exige. Ello implica no aceptar la revisión de los contratos y, por ende, el rechazo de la teoría de la imprevisión.

Para una segunda, que tuvo su origen en el Derecho Canónico, y que cobró mucha fuerza después de la Primera Guerra Mundial como consecuencia de los fenómenos económicos que de ella derivaron, debe admitirse, por razones de equidad, de moralidad, la revisión de los contratos, cuando varían gravemente, y por causas imprevistas, las condiciones bajo las cuales el contrato fue acordado. Contraponen al *"pacta sun servanda"* el principio *"rebus sic stantibus"*. Dicen los sostenedores de esa posición que "en cada contrato, se puede considerar como subentendida una cláusula tácita *"rebus sic stantitus"*, según la cual las partes no quedarán obligadas a sus prestaciones recíprocas sino en el caso de que las circunstancias generales existentes al tiempo de obligarse subsistan en el mismo estado hasta la ejecución completa de la obligación" (Zaki, cit. por De la Maza, ob. cit., p. 108). Lo anterior, porque "cada parte, al establecer las cláusulas del acto, sólo pensó y sólo pudo pensar en los riesgos normales que podrían ocurrir y de acuerdo con esto formuló sus condiciones. Los acontecimientos anormales, imprevisibles, no han podido entrar en sus puntos de vista. Su voluntad se manifestó en relación con el medio existente y los riesgos normales" (De la Maza, ob. cit., p. 111).

Aceptan la teoría de la imprevisión autores tan importantes como Ripert, Bonnecase, René Demogue. Las razones de cada uno son muy diferentes. Así Ripert se funda en razones morales; Demogue, en la función económica y social del contrato; Boneccase, en la idea de justicia, etc.

Otros, en cambio, la rechazan enérgicamente (Baudry-Lacantinnerie et Barde, Henri Capitant).

5.4 Teoría de la imprevisión en Chile

Se estima que en nuestro país no tiene cabida la teoría de la imprevisión. El artículo 1545 obsta a ella. Un fallo publicado en G.T., 1925, 1er sem., p. 23, estableció que "los

tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad, o bien de costumbres o reglamentos administrativos".

Cabe agregar, sin embargo, que hay casos puntuales, en que la propia ley la acepta, y otros, por el contrario en que en forma expresa la rechaza. La acepta, por ejemplo, en el artículo 2003, regla 2ª, en el contrato para la construcción de edificios, por un precio único prefijado (contrato de empresa). Esta disposición señala que: "2º: si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionare costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preveerse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda".

Otros ejemplos de disposiciones que acogerían la teoría de la imprevisión serían: el artículo 1496 que admite la caducidad del plazo por causas sobrevinientes; el artículo 2180, en el comodato en cuanto autoriza para pedir la restitución anticipada de la cosa prestada si surge para el comodante una necesidad imprevista y urgente; el artículo 2227, en el depósito, en que se acepta que el depositario pueda anticipar la devolución de la cosa si ésta peligra o le causa perjuicios; en el artículo 2348, que permite al acreedor exigir fianza al deudor cuya ausencia del territorio nacional se tema y que carezca de bienes suficientes para la seguridad de la obligación.

En otros casos, se rechaza expresamente. Así ocurre en el mismo artículo 2003, regla 1ª: "el empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales..." Y lo mismo pasa en el artículo 1983, en el arrendamiento de predios rústicos: "El colono no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios, que han deteriorado o destruído la cosecha" (inciso 1º).

El problema se va a presentar en aquellas situaciones en que no hay un pronunciamiento legal. La generalidad de la doctrina la rechaza fundada en el efecto obligatorio de los contratos (artículo 1545) y además si las partes supieran que tienen el camino abierto para una posterior revisión del contrato los deudores inescrupulosos tendrían un pretexto más a fin de eludir o postergar su cumplimiento en largos pleitos.

5.5 Argumentos en favor de la teoría de la imprevisión

Como dice De la Maza, no existe ninguna disposición que permita de un modo expreso y franco la aplicación de la teoría de la imprevisión. Para ello se recurre a interpretaciones poco aceptables (ob. cit., p. 148). Algunas son:

a) El art. 1560. De acuerdo a esa disposición "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". De esta norma se sigue que para interpretar un contrato debe buscarse la intención con que éste se

celebró. Y cabe presumir que lo querido por las partes al momento de contratar, fue la mantención del contrato en el entendido que no varíen substancialmente las condiciones existentes en ese momento. Por ello, si por causas que no se pudieron prever, se produce durante la vida del contrato un cambio significativo de esas condiciones, debe procederse a la revisión del contrato.

b) El art. 1546, obliga a las partes a cumplir el contrato de buena fe. Sería contrario a esta buena fe que una de ellas pretenda que la otra deba cumplir en condiciones excesivamente onerosas, que rompen el equilibrio patrimonial y que fatalmente lo llevarán a la ruina.

c) Toda persona -se agrega- al contratar contrae un determinado deber de cuidado. Si cambian las condiciones, pasaría a asumir un riesgo que va más allá del que el deudor aceptó al momento de contratar; y

d) Por regla general, el deudor responde únicamente de los perjuicios previstos (art. 1558 inc. 1º). Si las condiciones en que se celebró el contrato cambian violentamente, por circunstancias que no se pudieron prever al momento de contratar, y se mantiene el contrato tal como fue convenido, viene a resultar que se estaría respondiendo de perjuicios imprevistos.

5.6 Evolución de la jurisprudencia y proyecto de ley.

Si bien durante largo tiempo nuestros tribunales rechazaron enérgicamente la aplicación de la teoría de la imprevisión, fundados principalmente en el art. 1545, hace sólo un par de años cierta jurisprudencia arbitral comenzó a acoger, tímidamente, la aplicación de esta institución.

A ello cabe agregar que la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2006 recaída en los autos rol 6812-2001, estableció que nuestro ordenamiento jurídico si aceptaba la aplicación a esta teoría en los artículos 1545, 1546, 1547, 1558, 1560, 1568, más el artículo 1444, todos del Código Civil, lo que constituye el primer fallo emanado de los tribunales ordinarios en este sentido. Al efecto, dicha Corte resolvió que si bien de la simple lectura del art. 1545 pareciere emanar en forma definitiva, la inmutabilidad absoluta del contrato, estima que el análisis del tema discutido en el caso no puede abortarse de inmediato, pues la Teoría de la Imprevisión no es, en ningún caso, un peligro para tal principio. Tratándose en la especie de un acto jurídico bilateral que reporta beneficio para ambas partes, era el cuidado de un buen padre de familia el que debían emplear estas y ese comportamiento es el único que se les puede exigir. No pudiendo calificarse jurídicamente el contrato celebrado entre las partes sino como oneroso y conmutativo, la equivalencia en las prestaciones resulta fundamental por cuanto dicha característica es un elemento de la naturaleza de ese tipo de contrato, de manera que, al alterarse la equivalencia en las prestaciones, se lesiona el contrato mismo, situación que permite consecuentemente su revisión.

A ello debe agregarse que actualmente existe un proyecto de ley acerca de la teoría de la imprevisión. En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que permite la revisión judicial de contratos civiles y mercantiles (Boletín N° 309-07-1), de 31 de Julio de 2001, dicha Comisión aprobó el proyecto de ley, que consta de 5 artículos, y cuyo artículo 1°, en su inciso primero, señala: "*Los contratos civiles y mercantiles, bilaterales conmutativos y unilaterales onerosos, de tracto sucesivo o de ejecución diferida, podrán ser revisados judicialmente si la prestación se hubiere convertido, por acontecimientos extraordinarios, imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes, en excesivamente gravosa de ser cumplida. En tal evento, el tribunal estará facultado para modificar las cláusulas respectivas, restableciendo la equivalencia de las prestaciones existente al momento de contratar*".

6. EL HECHO AJENO

Para determinar la responsabilidad del deudor que incurre en incumplimiento por hecho o culpa de un tercero, es preciso distinguir si es civilmente responsable por él o no.

Por regla general la intervención del tercero es para el deudor un caso fortuito si reúne los requisitos propios de éste de imprevisibilidad e irresistibilidad. Por ello el art. 1.677, que se cita como un caso de acción oblicua, establece que el acreedor puede exigir que el deudor le ceda los derechos y acciones que tenga contra el hechor. Lo mismo dispone el inc. final del art. 1.590 para el caso de deterioros.

Pero el hecho del tercero por el cual el deudor es civilmente responsable se considera hecho suyo. Así lo dispone el art. 1.679: "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable". Nos encontramos, pues, frente a un caso de responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno, tal como ocurre en la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, el legislador no dijo en el art. 1679 -a diferencia del 2320- quiénes son estos terceros por los cuales el deudor es civilmente responsable. En los contratos en particular enumera sí varios casos: arts. 1.925, 1.926, 1.929, 1.941, 1.947, inc. final; 2.000, inc. 2º, 2.014, 2.015, inc. final; 2.003, regla 3ª, 2.242, 2.243.

B.4 AVALUACIÓN DE PERJUICIOS

Hay tres formas de avaluar los perjuicios: judicial, legal, y convencional (cláusula penal).

Lo normal viene a ser la avaluación judicial, pues la legal, sólo procede respecto de las obligaciones de dinero; y la convencional, supone un acuerdo de las partes que no siempre se da.

1. AVALUACIÓN JUDICIAL

1.1 Introducción

Es la que hace el juez. Para ello, éste debe pronunciarse sobre tres cuestiones:

a) Determinar si procede el pago de la indemnización, para lo cual el tribunal tendrá que ver si se cumplen los requisitos generales estudiados.

b) Determinar los perjuicios que deben indemnizarse; y

c) Fijar el monto de los perjuicios.

1.2 Perjuicios que deben indemnizarse

Según se ha estudiado al analizar los perjuicios como requisito de la responsabilidad contractual, es necesario distinguir:

(i) En conformidad a la doctrina moderna, deben indemnizarce tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales (morales), lo que deberá resolverse caso a caso.

(ii) En conformidad al art. 1558, sólo se indemnizan los perjuicios directos, y no los indirectos.

(iii) En conformidad al art. 1558, si el deudor obró con dolo debe indemnizar tanto los daños previstos e imprevistos; en caso contrario, sólo debe indemnizar los previstos.

(iv) En conformidad al art. 1556, se deben indemnizar tanto el año emergente como el lucro cesante, a menos que la ley limite la reparación al primero.

Sin perjuicio de las reglas legales indicadas, cabe indicar que **las partes pueden alterar las reglas sobre los perjuicios a indemnizar.** Así lo consigna el inciso final del art. 1558: "*Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".*

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 aún los inciertos, eliminar toda responsabilidad con ciertas limitaciones, etc.

2. AVALUACIÓN LEGAL

2.1 Concepto y Naturaleza Jurídica

La avaluación legal de los perjuicios está establecida en el art. 1559, que la limita exclusivamente a la indemnización moratoria, que se genera por el incumplimiento de una obligación de dinero: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios *por la mora* está sujeta a las reglas siguientes...".

¿Por qué sólo contempla la indemnización de perjuicios moratoria y no la compensatoria? La explicación es simple: en la indemnización compensatoria se paga una suma de dinero, que equivale al cumplimiento íntegro de la obligación. Pero si la deuda es de dinero, la suma que se paga "no equivale" al cumplimiento íntegro, sino que "es" el cumplimiento íntegro.

Cabe señalar que aun cuando el punto se ha discutido, no se ve una buena razón para estimar que respecto de esta indemnización, no se requiera constituir en mora al deudor. René Ramos (ob. cit., Nº 343, p. 288) piensa que sí es necesario constituirlo, por aplicación de las reglas generales. En el mismo sentido Abeliuk (ob. cit., Nros. 898-899, pp. 738-739).

2.2 Características de la liquidación legal

1. El artículo 1559 es una disposición supletoria y excepcional. Supletoria porque rige sólo a falta de pacto entre las partes; excepcional -doblemente excepcional podríamos agregar- porque se refiere sólo al incumplimiento de las obligaciones de dinero y únicamente a la indemnización moratoria.

2. Cuando sólo se cobran intereses, los perjuicios se presumen, situación absolutamente excepcional, ya que la regla es que deben probarse.

3. Lo anterior, se explica porque los intereses representan el perjuicio que el acreedor experimenta si no se le paga con oportunidad el dinero que se le debe, pues cabe suponer que obtenida esa suma podría haber ganado intereses con el simple expediente de depositarlos en una cuenta de ahorro bancaria.

4. El acreedor, aparte de los intereses, puede cobrar otros perjuicios, pero para ello deberá probarlos, de acuerdo a las reglas generales.

2.3 Reglas del art. 1559

De acuerdo al art. 1559, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

- **Regla primera del art. 1559.** *"Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos" (1559 Nº 1).*

Para entender esta regla es indispensable recordar los distintos tipos de interés: legal, corriente, convencional. Hoy, en virtud del art. 19 de la Ley Nº 18.010 debe entenderse por interés legal el corriente.

Luego, en conformidad a esta regla, habrá de distinguirse varias situaciones: a) que las partes hayan pactado intereses convencionales y que estos sean superiores al interés legal (corriente), se siguen debiendo los intereses convencionales, b) que las partes no hayan pactado intereses o que pactándolos han sido inferiores al legal, se empiezan a generar los intereses legales (corrientes); y c) si se está frente a una disposición que autorice el cobro de intereses corrientes (después de la ley Nº 18.010 hay que entender esta frase como el cobro de otros intereses) en ciertos casos, no rigen las reglas anteriores.

- **Regla segunda del artículo 1559.** *"El acreedor no tiene necesidad de justificar intereses cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo".*

Ya se ha explicado. Solo resta agregar que se pueden cobrar otros perjuicios, siempre que se acrediten.

- **Regla tercera del artículo 1559.** "*Los intereses atrasados no producen interés".*

Lo que la norma está señalando es que no acepta el anatocismo, que así se llama la capitalización de intereses (El art. 9 de la Ley Nº 18.010 permite pactarlo en las operaciones de crédito de dinero).

- **Regla cuarta del artículo 1559**. *"La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".*

Por esta razón si las partes no han convenido otra cosa, las rentas de arrendamiento atrasadas no devengan interés. Lo que no significa que se deban pagar en valor nominal, pues la Ley Nº 18.101 establece la reajustabilidad (art. 21).

3. AVALUACIÓN CONVENCIONAL: LA CLÁUSULA PENAL

3.1 Concepto

Está definida en el artículo 1535: *"La cláusula penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal".*

3.2 Funciones que cumple la cláusula penal

La cláusula penal cumple tres funciones:

i) Es una forma de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios;
ii) Constituye una caución; y
iii) Importa una pena civil.

i. La cláusula penal constituye una forma de avaluar perjuicios

No hay disposiciones especiales que le confieran este carácter, pero ello fluye con claridad de diversos artículos. Así, por ejemplo, de los artículos 1537 y 1538, que exigen la constitución en mora del deudor; del artículo 1539, que establece la rebaja de la pena estipulada en el caso de cumplimiento parcial (evitando con ello acumular cumplimiento con indemnización); del art. 1540, que permite dividir la pena entre los distintos herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Como forma de avaluar perjuicios, presenta dos características: a) es convencional y b) anticipada.

a) Convencional

Porque proviene del acuerdo de las partes. Ello significa que si la pena se establece unilateralmente, por ej. la fija el testador para el heredero que no pague un legado, no estamos frente a una cláusula penal, a menos que fallecido el causante, este heredero acepte la situación, con lo que pasa a ser convencional. Por la misma razón tampoco puede establecerla la ley o el juez.

La cláusula penal no es la única forma de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios, pues el mismo carácter tienen las arras confirmatorias que también constituyen una liquidación anticipada de los perjuicios derivados de un incumplimiento contractual.

b) Anticipada

La cláusula penal constituye una avaluación anticipada porque el monto de los perjuicios quedan irrevocablemente fijados antes del incumplimiento. Tanto es así que producido éste, el deudor no puede discutir ni la existencia ni el monto de estos perjuicios (art. 1542).

ii. La cláusula penal constituye una caución

Como la cláusula penal tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1535), no puede discutirse su condición de caución, atendido que el Código define la voz caución como "cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de una obligación propia o ajena" (art. 46). Por lo demás, es mencionada como tal por el artículo 1472, al lado de la fianza, hipoteca y prenda.

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 (art. 1542).

Pero puede irse más lejos aún, y por estipulación expresa de las partes, al acreedor le es posible cobrar tanto la obligación principal como la pena (art. 1537), y, por otro convenio también expreso, la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios (art. 1543); todo ello sería inexplicable si se trata de una mera avaluación convencional de los daños.

Sin embargo, debe considerarse que la cláusula penal por sí sola no asegura el cumplimiento de la obligación principal. Sólo sirve de estímulo para que el deudor cumpla. Como dice un autor "la eficacia de la cláusula penal como caución reside fundamentalmente en la coacción psicológica que la pena ejerce sobre el ánimo del deudor, la cual naturalmente está en relación directa con la cuantía de la misma" (Gatica, ob. cit., Nº 287, p. 378).

Su condición de caución se robustece cuando se constituye para garantizar una obligación ajena, pues en ese supuesto, hay dos patrimonios que van a estar respondiendo del cumplimiento de la obligación.

Como caución es personal porque no afecta bienes determinados al cumplimiento de la obligación que puedan perseguirse en poder de terceros, como ocurre con la prenda o la hipoteca. 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.

iii. La cláusula penal constituye una pena civil

Así esta dicho en la propia definición legal. Puede agregarse que la cláusula penal nació en el Derecho Romano con una finalidad estrictamente sancionadora, carácter que aun conserva.

3.3 La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria

Como la cláusula penal es una forma de indemnizar perjuicios, puede ser tanto compensatoria como moratoria. Así se desprende de la propia definición legal: "en caso de no ejecutar" (compensatoria) o de "retardar la obligación principal" (moratoria). Así lo ha dicho la jurisprudencia (R.D.J., t. 55, sec. 2ª, p. 123). Y otro fallo ha señalado que "la regla general es que la cláusula penal sea compensatoria; así se deduce del texto del artículo 1537" (R.D.J., t. 61, sec. 1ª, p. 121).

Vial, siguiendo su criterio ya estudiado, la clasificación de cláusula penal compensatoria y moratoria no atiende a si la pena se pacta por la no ejecución de la obligación principal o por el retardo en el cumplimiento de la misma, sino que se hace en consideración a que el acreedor puede optar por perseverar en el contrato o desistirse de él.

3.4 Diferencias de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios ordinaria

Como indemnización de perjuicios la cláusula penal, presenta algunas particularidades:

a) Difiere de la indemnización de perjuicios ordinaria, en cuanto a la oportunidad en que se fija pues, como ya lo hemos dicho, estamos frente a una indemnización establecida antes del incumplimiento;

b) Los perjuicios no se reparan necesariamente en dinero, como ocurre con la avaluación legal o judicial, pues en este caso, la pena puede consistir en un dar o en un hacer (como lo indica el artículo 1535) o en un no hacer (como lo señala la doctrina);

c) No es necesario probar los perjuicios, como lo indica el artículo 1542. Este caso y el de la evaluación legal son las excepciones a la regla de que los perjuicios deben probarse.

3.5 Paralelo de la cláusula penal con otras instituciones

Se asemeja a la fianza pero se diferencia de ésta en que el fiador sólo se obliga a pagar una suma de dinero (2343 inciso final), en tanto que la cláusula penal puede consistir en dar, hacer o no hacer algo. Tampoco el fiador puede obligarse en términos más

gravosos que el deudor principal (art. 2344), limitación que no existe en la cláusula penal.

Se semeja también a las arras. En éstas se da una cosa con el fin de constituir una seguridad de la celebración o ejecución de un contrato, o como parte del precio o señal de quedar convenidos (arts. 1803 a 1805). Se pueden apreciar algunas diferencias importantes: las arras garantizan la celebración de un contrato y no el cumplimiento de una obligación. Además en las arras hay una entrega actual de dinero u otra cosa, lo que no ocurre en la cláusula penal en que la entrega -suponiendo que la cláusula penal establezca la entrega de algo- sólo se va a producir cuando se produzca el incumplimiento.

3.6 Características

1. Es consensual.
2. Es condicional.
3. Accesoria.
4. Puede garantizar una obligación civil o natural.

i. Consensual

Pues la ley no ha sometido su establecimiento a ninguna formalidad especial, aunque naturalmente le rigen las limitaciones para la prueba testimonial. Aun más, la voluntad de las partes puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita.

ii. Condicional

Tiene ese carácter porque el derecho del acreedor a cobrar la cláusula penal está sujeto al hecho futuro e incierto que se produzca el incumplimiento del deudor. y que éste se encuentre en mora (artículo 1537). En este sentido, R.D.J., t. 32, sec. 1ª, p. 188.

iii. Accesoria

Esta característica proviene del hecho de ser una caución. De ello surgen varias consecuencias importantes:

a) Extinguida la obligación principal, por cualquier medio, se extingue la cláusula penal.

b) La acción para exigir el pago de la pena prescribe conjuntamente con la obligación principal (art. 2516).

c) La nulidad de la obligación principal trae consigo la nulidad de la pena (art. 1536 inciso 1º). El artículo 1701 hace una clara aplicación de este principio al establecer que

"La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de un cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá valor alguno".

En relación con esta característica es necesario estudiar dos situaciones vinculadas directamente con la nulidad de la obligación principal: casos en que se establezca una cláusula penal en la promesa de hecho ajeno y en la estipulación en favor de otro, situaciones tratadas en los incisos 2º y 3º del artículo 1537, respectivamente.

- Cláusula penal en la promesa de hecho ajeno

La promesa de hecho ajeno está contemplada en el artículo 1450: *"Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa"*

Ahora bien, el artículo 1536, después de dejar consignado en su inciso 1º que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, establece en su inciso siguiente, lo que parece una excepción: "Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona".

La verdad es que no hay ninguna excepción a la regla del inciso 1º, pues lo que está garantizando la cláusula penal es la obligación que asumió el promitente de que el tercero acepte la obligación que se contrajo para él, o, dicho de otra manera, que ratifique lo obrado por el promitente. Y justamente, este es un caso en que la cláusula penal tiene clara utilidad.

- Cláusula penal en la estipulación en favor de otro

La estipulación en favor de otro está establecida en el artículo 1449: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla, pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él" (inc. 1º).

El inciso final del artículo 1536 señala que "lo mismo sucederá -valdrá la pena- cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido".

Tampoco constituye una excepción a la regla del inciso 1º. Este es un caso en que la cláusula penal presenta evidente utilidad, porque como en conformidad al art. 1449, el estipulante no puede exigir al promitente el cumplimiento de lo acordado (cumplimiento que sólo puede demandar el beneficiario), estipula esta cláusula para poder compeler al promitente a que cumpla. Como dice Somarriva "tampoco hay aquí nulidad de la obligación principal, sino que sencillamente el promitente contrae dos obligaciones: con respecto al beneficiario, cumplir con lo estipulado, y, con respecto al estipulante, pagar la pena en caso de incumplimiento" (*Tratado de las Cauciones*, Nº 17, pp. 19-20).

iv. La cláusula penal puede garantizar una obligación civil o natural

El artículo 1472, reconoce en forma expresa que pueda caucionar una obligación natural. Dice "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituídas por terceros para seguridad de estas obligaciones (naturales) valdrán".

Cuando la cláusula penal está destinada a garantizar una obligación ajena, y esta obligación principal se transforma en natural, algunos entienden que la obligación del tercero tiene este mismo carácter (Meza Barros, *De las Obligaciones*, Nº 77, p. 50). Esta opinión no es compartida por Gatica "porque la caución accede no a la obligación civil, sino a la que ya es natural, y porque de otro modo ella no tendría sentido, ni el artículo 1470 del Código Civil le habría reconocido validez" (Gatica, ob. cit., Nº 280, p. 366).

3.7 Extinción de la cláusula penal

La cláusula penal puede extinguirse por vía principal y por vía accesoria. Por vía principal, cuando se extingue no obstante mantenerse vigente la obligación principal (por ejemplo la cláusula penal es nula y la obligación principal, es válida, artículo 1536 inc. 1º); y por vía accesoria, cuando desaparece como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal, en razón de su carácter accesorio

3.8 Efectos de la cláusula penal

El efecto propio de la cláusula penal es dar al acreedor el derecho de cobrarla cuando no se cumple la obligación principal.

i. Requisitos para que el acreedor pueda cobrar la pena

Para que el acreedor pueda cobrar la pena deben cumplirse las condiciones ya estudiadas para la indemnización de perjuicios, con la salvedad que no es necesario probar la existencia de los perjuicios (art. 1542). Luego se requiere de:

a) Incumplimiento de la obligación principal;
b) Que este incumplimiento sea imputable al deudor; y
c) Mora del deudor.

ii. Efectos de la cláusula penal cuando el incumplimiento es parcial

Si el acreedor acepta del deudor un pago parcial, el deudor tiene derecho a que *"se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación"* (art. 1539).

3.9 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 los arts.1.537 y 1543.

Se pueden resumir las reglas que señala este precepto en cuatro:

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

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

3. Por excepción, el acreedor puede acumular la pena y la obligación principal, y

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

i. 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 (art. 1.538), 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, únicamente el cumplimiento del contrato.

ii. 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:

ii.1 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.

ii.2 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. En la cláusula penal, en cambio, el legislador permite al acreedor elegir a su arbitrio entre la ejecución forzada y la pena.

ii.3 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. 1543: "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.

iii. 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:

iii.1 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.

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.

iii.2 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.

iii.3 En la transacción.

Dispone el art. 2.463: "*si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habría 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.

iv. El acreedor sólo por estipulación expresa puede cobrar la pena e indemnización ordinaria

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.

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.

3.10 Pluralidad de acreedores o de deudores

i. Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es de cosa divisible.

Al efecto, el art. 1540 inc. 1º establece que "Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. 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 a la obligación."

ii. Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es de cosa indivisible o cuando se ha puesto la cláusula penal con la intención expresa de que el pago no pueda fraccionarse.

En estos casos puede el acreedor cobrar al culpable el total de la pena o, cada uno de los deudores incluidos los inocentes, su cuota en la pena, quedando a salvo el recurso de éstos contra el infractor (1540 incs. 2º y 3º).

iii. Situación en el caso que la pena sea indivisible

Si la pena es indivisible, se podrá reclamar a cualquiera de los deudores, sin importar quien sea el infractor. Ello porque estamos frente a una obligación indivisible, y es ése precisamente 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 2 del art. 1526.

iv. Situación en el caso que la obligación principal sea solidaria

La ley no da solución al problema. Cabe entender que la pena también se puede cobrar solidariamente, por el carácter accesorio que tiene. Así Somarriva (*Tratado de las Cauciones*, Nº 63, p. 66); Claro Solar (t. 10, Nº 597, p. 536); Gatica (ob. cit., Nº 351, p. 460). Abeliuk estima que esta solución es discutible, porque la indemnización de perjuicios es conjunta aun entre los deudores solidarios. "Por otro lado, agrega, pesa el argumento de que todos los codeudores han consentido en someterse a la pena" (ob. cit., t. II, p. 755). También para René Ramos parece discutible la solución porque la solidaridad requiere de texto expreso.

v. Cláusula penal garantizada con hipoteca

Trata de esta situación el artículo 1541: "Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar". Esta solución es consecuencia del carácter indivisible de la hipoteca.

vi. Cobro de la cláusula penal cuando hay pluralidad de acreedores

No está resuelta esta situación en la ley. De acuerdo a las reglas generales, cada acreedor sólo podrá demandar su cuota en la pena, salvo que la pena fuere de cosa indivisible o hubiere solidaridad activa.

3.11 Cláusula penal enorme

En doctrina, la cláusula penal enorme es "aquella que contempla una pena desmesurada, lo que contribuye a que pierda su carácter indemnizatorio y constituya una fuente de lucro o ganancia para el acreedor. La persona que se sujeta a la pena en la cláusula penal enorme sufre una lesión, que consiste en el perjuicio que sufre a raíz de la prestación excesivamente gravosa" (Vial, op. Cit. P. 290).

Esta materia está regulada en el artículo 1544, que distingue varias situaciones:

a) Cláusula penal en los contratos conmutativos

Cuando la cláusula penal garantice el cumplimiento de la obligación de pagar cantidades determinadas como equivalente a lo que debe pagar la otra parte y la pena consista asimismo en el pago de cantidades determinadas se aplica la regla del artículo 1544: "Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, *podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera incluyéndose ésta en él*".

La norma es confusa, pues no está claro lo que significa la frase "incluyéndose ésta en él". Hay dos interpretaciones:

Una mayoritaria que estima que el alcance es que la pena no puede exceder del doble de la obligación principal. Ej., si la obligación alcanza a 100; la pena no puede ser de más de 200.

Para otros, el sentido de la frase es que si la obligación principal es de 100, la pena puede llegar hasta 300, pues alcanza al doble de la obligación principal más la obligación principal.

La doctrina nacional está por la primera tesis: Alessandri (ob. cit., p. 117); Somarriva (*Tratado de las cauciones*, Nº 33, p. 35); Gatica (ob. cit., Nº 379, p. 486); Claro Solar (ob. cit., t. X, Nº 590, p. 530); Fueyo (*Derecho Civil*, t. IV, De las Obligaciones, vol. I, Nº 374, pp. 359-360), Abeliuk (ob. cit., t. II, Nº 923, p. 757).

b) Cláusula penal en el mutuo

Dice el art. 1544 inc. 3º que en el caso del mutuo "*se podrá rebajar la pena en lo que exceda del máximum del interés que es permitido estipular".*

Sin embargo, cuando se pactan intereses por la mora -lo que implica una cláusula penal- y ésos exceden al máximo que es permitido estipular, la sanción es que los intereses se rebajan al interés corriente (art. 8º de la Ley Nº 18.010), no al máximo permitido

estipular, como lo señala el art. 1544. Por ello se sostiene que este art. 8º dejaría sin aplicación el art. 1544 del Código Civil, en el caso que el mutuo sea de dinero. Luego el art. 1544 inc. 3º se mantendría vigente únicamente para los mutuos que no fueren de dinero (Tomasello, Leslie: ob. cit., p. 89).

c) Cláusula penal enorme en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado

Respecto de estas obligaciones, dice el art. 1544 inc. final, que el juez la moderará prudencialmente, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme. Un viejo fallo resolvió que "la obligación de entregar la cosa arrendada dentro del término convenido, a la cual accede la cláusula penal, es por la naturaleza de valor indeterminado: el tribunal puede moderar prudencialmente la pena si en su concepto fuera enorme" (R.D.J., t. 5, sec. 1ª, p. 238. En el mismo sentido, véase F. del M., Nº 385, sent. 11, p. 757). Se aplicó también 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 pleitaba. La Corte de Talca la rebajó a $ 1.000 de la época, por encontrarla enorme (G.T. de 1906, sent. Nº 759, p. 97).

C. DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

1. CONCEPTO

Como en virtud del derecho de prenda general (art. 2465) es el patrimonio del deudor el que está respondiendo del cumplimiento de sus obligaciones, la ley otorga al acreedor ciertas acciones o medios destinados a mantener la integridad de ese patrimonio, a fin de que los bienes que lo componen no se deterioren, se enajenen o confundan con otros patrimonios. Estas acciones o medios son denominados "derechos auxiliares del acreedor".

No hay uniformidad sobre cuales serían esos derechos. Pero hay un cierto consenso, en atribuirle este carácter a los siguientes:

a) Las medidas conservativas, destinadas a evitar que determinados bienes salgan del patrimonio del deudor;

b) La acción oblicua, indirecta o subrogatoria, destinada a obtener que ingresen ciertos bienes al patrimonio del deudor que éste negligentemente pretende dejar fuera;

c) La acción pauliana o revocatoria cuyo objeto es reintegrar al patrimonio del deudor bienes que han salido de él en perjuicio de sus acreedores (art. 2468); y

d) El beneficio de separación destinado a impedir que los bienes del causante se confundan con los del heredero, en perjuicio de los acreedores hereditarios o testamentarios (arts. 1378 al 1385).

Algunos autores agregan el derecho legal de retención (arts. 1937, 2162, 2193, 2234, etc.; arts. 545 y 546 del C.P.C.)

2. MEDIDAS CONSERVATIVAS

El Código en diversas disposiciones hace referencia a las medidas conservativas (arts. 156, 761, 1078, 1492 inc. final) pero no las define. La doctrina señala que "son aquellas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan de su poder los bienes que lo forman, a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación" (Alessandri). Claro Solar, por su parte, expresa que "tienen el carácter de conservativas todas las medidas destinadas a asegurar el ejercicio futuro de un derecho, sin constituir su ejercicio actual". Por su parte, Vial las define como "aquellas que pueden ejercer los acreedores para evitar que los bienes embargables del deudor se destruyan o deterioren, o sean objeto de enajenaciones que los hagan salir del patrimonio de este".

Entre las medidas conservativas se pueden mencionar:

(i) Las medidas precautorias reglamentadas en los artículos 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, consistentes en: (a) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; (b) El nombramiento de uno o más interventores; (c) La retención de bienes determinados; y (d) La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados. Adicionalmente, el artículo 298 del CPC admite y ergula las medidas precautorias innomindas.

(ii) La guarda y aposición de sellos, de que tratan los artículos 1222 y siguientes del Código Civil;

(iii) La confección de inventario solemne, que exigen muchas disposiciones del Código Civil (arts. 124, 374, 775, 1255, 1765, 1766, etc.).

3. ACCIÓN OBLICUA O SUBROGATORIA

3.1 Concepto

La ley en determinados casos otorga a los acreedores el derecho a actuar en nombre del deudor, respecto de ciertas acciones o derechos, que correspondiendo a éste, negligentemente o con el propósito de perjudicar a sus acreedores, no ejercita. Ello con el objeto de que estas acciones o derechos ingresen al patrimonio del deudor, mejorando de esa forma el derecho de prenda general. Estas acciones se denominan

acciones indirectas, oblicuas o subrogatorias. Abeliuk las define como "el ejercicio de los derechos y acciones del deudor por parte de sus acreedores, cuando el primero es negligente en hacerlo".

Es el caso, por ejemplo, del deudor que repudia una herencia, que renuncia a una donación, o que no cobra las rentas a que tiene derecho por un arrendamiento. El acreedor, en esos supuestos podría actuar en nombre del deudor y aceptar la herencia o la donación, cobrar las rentas, etc.

Estas acciones subrogatorias no son acciones directas que emanen del contrato, sino que las otorga la ley. Sus diferentes denominaciones se explican: *subrogatoria* porque los acreedores pasan a ocupar el lugar del deudor para ejercitar sus derechos y acciones, haciéndolo por cuenta y a nombre él. *Indirecta u oblicua*, porque la acción o derecho se incorpora al patrimonio del deudor, para que después el acreedor pueda hacer efectivo su crédito en ese patrimonio.

En Chile, no existe una disposición que en forma general la conceda. En Francia es diferente, pues el artículo 1166 permite que "los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que estén unidos exclusivamente a su persona".

3.2 Requisitos

Estos requisitos pueden estudiarse en relación con: 1. la persona del acreedor; 2. con el crédito del acreedor; 3. con la persona del deudor; y 4. con los derechos y acciones respecto de los cuales opera.

i. Requisitos de la acción oblicua en relación con el acreedor

Respecto a los requisitos que debe cumplir el acreedor, se estima que sólo debe tener interés, lo que va a ocurrir cuando la negligencia del deudor en ejercitar el derecho o acción, comprometa su solvencia. Por ello, falta este requisito si el deudor tiene bienes suficientes para cumplir sus obligaciones. Ello explica que el artículo 2466 hable del "deudor insolvente".

ii. Requisitos de la acción oblicua en relación con el crédito

En cuanto a los requisitos que tiene que tener el crédito del acreedor para poder accionar, tendrá que ser cierto y actualmente exigible, es decir, no podrá estar sujeto a plazos o a condiciones suspensivas.

iii. Requisitos de la acción oblicua en relación con el deudor

El deudor debe ser negligente en el ejercicio de sus derechos y acciones. Corresponde al acreedor probar esta circunstancia. Abeliuk, señala sobre este punto que "la negligencia deberá probarla el acreedor, pero no es necesario que constituya previamente en mora al deudor, y en buena doctrina habría que concluir que ni siquiera es necesario oír a éste". Y agrega "Nos parece, sin embargo, de toda conveniencia emplazar al deudor para evitar discusiones posteriores sobre el efecto de la acción a su respecto". Así lo exige, por ejemplo, el Código italiano expresamente (art. 2900 inc. 2°).

iv. Requisitos de la acción oblicua en relación con los derechos y acciones

Finalmente, respecto a los derechos y acciones que pueden ejercerse por el acreedor en nombre del deudor, tienen que ser patrimoniales; referirse a bienes embargables; y, en ningún caso, opera la subrogación respecto de los derechos o acciones personalísimos, como sería, por ejemplo, la acción de reclamación del estado de hijo.

3.3 Efectos de la subrogación

Todos los efectos que se siguen son consecuencia del principio de que el acreedor va a actuar por cuenta y a nombre del deudor. Se parece a la representación, pero es diferente, porque en la representación el representante interviene en interés del representado. Acá, en cambio, lo mueve su propio interés.

Los efectos son consecuencia de que el acreedor va a actuar por cuenta del deudor:

a) El tercero demandado puede oponer al acreedor las mismas excepciones que podía oponer a su acreedor (el deudor);

b) La sentencia que se pronuncie en este juicio produce cosa juzgada respecto del deudor. Abeliuk encuentra esto discutible y por ello recomienda que se le emplace siempre.

c) No se requiere de una resolución previa que autorice la subrogación. Esta calificación se hará en el mismo juicio en que se hace efectiva la acción.

d) Los bienes ingresan al patrimonio del deudor, beneficiándose con ella, no sólo el subrogante sino todos los acreedores (de ahí que Abeliuk diga que la acción oblicua no es de mucha importancia y aplicación).

3.4 Procedencia de la acción oblicua en Chile

Hay distintas opiniones sobre este punto. Para algunos (Alessandri, Fueyo, Abeliuk) sólo cabe para los casos en que la ley expresamente lo autoriza. Para otros, en cambio (Claro Solar), la acción oblicua opera en forma general. Pese a no haber un texto tan

claro como el de Francia, la situación sería semejante y emanaría de los artículos 2465 y 2466.

3.5 Situaciones en que se autorizaría expresamente la acción oblicua.

i. Caso de los derechos de prenda, usufructo, retención.

El art. 2466 inc. 1º señala: "Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le conceden las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores". A primera vista, la frase final de este inciso, estaría otorgando a los acreedores la facultad de subrogarse. Abeliuk, piensa que ello no es así, y que "pareciere más bien que el legislador continuara reglamentando el derecho de ejecución que fluye de la garantía general establecida en los artículos 2465 y 2469".

Por ejemplo, en la prenda querría decir que el acreedor ejecutante embargaría el crédito garantizado con ella, y lo sacaría a remate, como cualquier otro bien del deudor. En cambio, por la acción oblicua los acreedores podrían cobrar los créditos garantizados con prenda. Para Abeliuk entonces el inc. 1° se estaría refiriendo al embargo de los derechos del deudor sobre bienes de que no es dueño, y no estableciendo una acción oblicua.

ii. Caso de los derechos que corresponden al deudor derivados del contrato de arriendo.

El artículo 2466 inciso 2º establece que "podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968".

Para Abeliuk el art. 1965 se asemeja a la acción oblicua, pero verdaderamente lo que ocurre es que hay un traspaso legal del contrato, a consecuencia del embargo, y como modalidad de la ejecución. Tanto es así que esta sustitución sólo beneficia a los acreedores que intentaron el embargo, y no a la masa, como ocurre en la acción oblicua.

El art. 1968 se refiere a la situación del arrendatario insolvente. Lo que ocurre es que los acreedores del arrendatario pueden tener interés en mantener el arriendo porque, por ejemplo, allí tiene su explotación el deudor, con cuyo producto podrá quizás pagarles sus créditos; para evitar la pérdida de esta expectativa, la ley les da el derecho de sustituirse en el contrato, dando fianza. Dice Abeliuk: "Aunque también participa de otros caracteres, y especialmente de la cesión legal de contrato, no hay duda de que tiene mucho de acción oblicua".

iii. Caso del deudor que no puede cumplir la obligación de entregar una especie o cuerpo cierto por culpa de un tercero.

Cuando el deudor no puede cumplir con la obligación de entregar la especie o cuerpo cierto debida, porque se perdió por culpa de un tercero, el acreedor puede exigir al deudor que le ceda las acciones contra el tercero (art. 1677). Es un caso claro de subrogación.

iv. Caso del deudor que repudia una herencia o legado.

Si el deudor repudia una herencia o legado: "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste" (art. 1238).

El artículo 1394 repite la misma idea en el inciso 2º: "Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para substituirse a un deudor que así lo hace -repudia una herencia, legado o donación- hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero".

Para Abeliuk la figura "tiene mucho de acción oblicua, y tanto es así que el art. 1394 habla de "sustitución" del deudor; ello porque se ejerce un derecho de éste. Pero también tiene bastante de acción pauliana, y tanto que el art. 1238 utiliza la expresión "rescisión" tan erróneamente a nuestro juicio, como lo hace en el art. 2468 para la acción pauliana; en efecto, se deja sin efecto un acto ya ejecutado y en perjuicio de los acreedores. No se exige, en cambio, el fraude pauliano que identifica esta institución y que es de más difícil prueba que el mero perjuicio a los acreedores que exigen los arts. 1238 y 1394".

4. ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA

4.1 Concepto

Esta acción tiene su origen en Roma. Allí los actos realizados por un deudor en fraude de sus acreedores, constituían un delito privado, "*el fraus creditorum*", sancionado mediante una acción especial llamada por los comentadores "acción pauliana". G. Marty afirma que "el origen de este apelativo es mal conocido. Algunos autores pretenden que se deriva del nombre del pretor que estableció la acción, el cual se llamaría Paulus. Es más verosímil- agrega- que ese nombre derive del gran jurisconsulto Paulo, que trata de la acción en un fragmento del Digesto".

Se le llama también *acción revocatoria* porque tiene por objeto revocar, dejar sin efecto, los actos fraudulentos del deudor realizados en perjuicio de sus acreedores.

Está tratada en el artículo 2468. Abeliuk la define como "la que la ley otorga a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos y siempre que concurran los demás requisitos legales".

4.2 Requisitos

Estos pueden estudiarse: 1. en relación con el acto; 2. en relación con el deudor; 3. en relación con el acreedor; y 4. en relación con el adquirente del deudor.

i. Requisitos en relación con el acto

La acción pauliana puede intentarse para dejar sin efecto cualquier acto o contrato voluntario del deudor (no los forzados, pues en tal caso no se divisa el fraude ni hay voluntad del deudor). Los términos del art. 2468 son bastante amplios. Pueden ser actos o contratos de distinto tipo (unilaterales, bilaterales, gratuitos, onerosos, donaciones, renuncia de derechos, etc.). Las cauciones otorgadas por el deudor también quedan incluidas si son fraudulentas, y por ello el Nº 1 del art. 2468 menciona la prenda, hipoteca, anticresis. Sería el caso, por ejemplo, de una deuda pendiente que el deudor garantiza con una hipoteca totalmente innecesaria, puesto que el acreedor no puede aún presionarlo.

No obstante que procede tanto respecto de los actos gratuitos como de los onerosos, los efectos que se siguen en uno y otro caso son diferentes. En efecto, si el contrato que produce la insolvencia del deudor es oneroso, para revocarlo será necesario probar la mala fe del deudor y la mala fe del adquirente, esto es acreditar que ambos conocían el mal estado de los negocios del deudor. En cambio, si el contrato es gratuito, basta que el acreedor pruebe la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

ii. Requisitos en relación con el deudor

En Roma tanto la acción pauliana como la oblicua, se ejercitaba en el procedimiento colectivo de ejecución sobre los bienes. Era ejercida por el "curator bonorum" a nombre de todos los acreedores (G. Marty).

En Chile la situación es diferente, pues no es necesario para la procedencia de la acción pauliana que el deudor esté en quiebra. En efecto, el artículo 2468 precisamente trata de los "los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso". Es lógico que sea así, pues de exigirse la declaratoria de quiebra, quedarían sin poder ser atacados por esta vía -por faltar la declaratoria de quiebra- muchos actos fraudulentos y claramente lesivos para los acreedores.

Si se produce la declaratoria de quiebra, el art. 2467 establece que "son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores". Sin perjuicio de lo anterior, también se

pueden revocar los actos previos a la quiebra, según lo regulado por los artículos 74 y siguientes de la Ley de Quiebras, que establecen las denominadas acciones de inoponibilidad o revocatorias concursales.

Respecto del deudor lo que exige el artículo 2468 es que esté de mala fe. Es una mala fe específica, denominada *fraude pauliano* o mala fe pauliana, que consiste en que realice el acto conociendo el mal estado de sus negocios.

iii. Requisitos en relación con el acreedor

El acreedor que entabla la acción debe tener interés, y sólo va a tenerlo cuando se reúnan los siguientes requisitos: a) que el deudor sea insolvente o que con el acto haga aumentar su insolvencia; y b) que su crédito sea anterior al acto que produce la insolvencia (T. II, sec. 2ª, p. 75). Somarriva explicado estos requisitos señala que "se entiende que existe este perjuicio cuando a consecuencia del acto el deudor queda en insolvencia, o se aumenta la ya producida". Y agrega "Con lo expuesto se comprenderá que al acreedor que adquiere el carácter de tal después del acto, éste no puede causarle perjuicios, pues él conocía el estado en que se encontraban los negocios del deudor y aceptó contratar en esas condiciones".

iv. Requisitos en relación con el tercero adquirente

Si el acto es gratuito, no se requiere ningún requisito especial en el tercero adquirente; basta la mala fe del deudor y el perjuicio (art. 2468 Nº 2). Si el acto es oneroso, el tercero adquirente debe estar de mala fe es decir, haber celebrado el acto sabiendo el mal estado de los negocios del deudor (art. 2468 Nº 1).

La razón de esta diferencia radica en que habiendo varios intereses en juego: del acreedor que quiere mantener la máxima integridad de su garantía; del deudor que debe conservar la libre administración de sus bienes, y a quien el legislador sólo sanciona en casos de negligencia o fraude, y del tercero que ha contratado con el deudor, la ley sacrifica con mayor facilidad el de éste, si no ha efectuado sacrificio alguno para su adquisición. El tercero en definitiva no pierde nada, queda igual que antes del acto. En cambio, el que ha adquirido a título oneroso, ha efectuado un desembolso, un sacrificio económico, que tendrá posteriormente que entrar a recuperar. Por ello el legislador no puede prescindir de su actitud y sólo lo sanciona si es fraudulento también.

v. Situación del subadquirente

El Código no regula la situación de los subadquirentes, esto es de aquellos cuyos derechos emanan del tercero que celebró el contrato con el deudor. Por ejemplo, el deudor donó su automóvil a A, y éste a su vez vendió el vehículo a B. Contra A, hay acción pauliana; ¿afectará ella a B, y en qué condiciones?

Para estos efectos, es necesario distinguir:

(i) Si no procede la acción pauliana en contra del adquirente (por ejemplo porque este se encontraba de buena fe en la celebración de contrato oneroso), tampoco procederá en contra del subadquirente, ya sea a título gratuito u oneroso, siendo irrelevante que se encuentre de buena o mala fe.

(ii) En cambio, en el caso que proceda la acción pauliana en contra del adquirente, para que ésta pueda entablarse en contra de los subadquirentes hay que distinguir si la enajenación a éste fue a título gratuito u oneroso:

(a) Si él subadquirente lo es a título gratuito, la acción pauliana procede en contra él aunque se encuentre de buena fe.

(b) Si él subadquirente lo es a título oneroso, sólo procederá la acción pauliana en contra de él en la medida que se encuentre de mala fe, esto es que haya sabido del mal estado de los negocios del deudor.

4.3 Características de la acción pauliana

1. Es una acción *directa* del acreedor, que ejerce a su propio nombre y no por cuenta del deudor;

2. Es una acción *personal*. El punto se ha prestado a cierta controversia, porque al igual que otras acciones personales (como la de resolución, pago de lo no debido o nulidad), puede afectar a terceros. Antes por el contrario, la acción carece de todo objeto si ella no va a implicar al tercero adquirente. Es más, dice Abeliuk, no hay duda alguna que el tercero debe ser parte en el pleito en que se discuta la revocación, tanto que si es adquirente a título oneroso esta en discusión su buena fe.

Pero ello no quita la calidad de acción personal a la pauliana, porque deriva de una relación de crédito entre el acreedor y deudor, y que involucra al tercero por disposición de la ley y por su participación en el hecho.

3. Es una acción *patrimonial*, de donde se sigue que a) es renunciable; b) transferible, c) transmisible, y d) prescriptible.

El plazo de prescripción de esta acción es de un año, contado desde la fecha del acto o contrato (artículo 2468 Nº 3). Siendo una prescripción especial o de corto plazo, no se suspende (art. 2524).

En cambio, el artículo 80 de la Ley de Quiebras establece una prescripción de dos años contados desde la celebración del acto o contrato para el ejercicio de las acciones revocatorias concursales, plazo que además pueden suspenderse en favor de los

acreedores por el lapso de otros dos años desde la fecha de la resolución que declara la quiebra.

4.4 Efectos de la acción pauliana

El efecto propio de la acción pauliana es dejar sin efecto el acto o contrato impugnado, hasta el monto del crédito del acreedor que intenta la acción. Consecuencia de ello, es que el deudor puede enervar la acción pagando al acreedor.

Por aplicación del efecto relativo de la sentencia judicial -artículo 3º del Código Civil- la revocación sólo afecta a las partes que litigaron.

Los efectos de la revocación variarán según el cato de que se trate; así, si se trata de una enajenación quedará total o parcialmente sin efecto, y el adquirente perderá la cosa de que se trate; si se dirige contra una hipoteca, se cancelará ésta; si se ataca a una remisión, renace el crédito, etc.

4.5 Naturaleza jurídica de la acción pauliana

Hay diferentes opiniones sobre la naturaleza de la acción pauliana.

Alessandri tomando pie de la expresión "rescindibles" que emplea el 2468, entiende que es una *acción de nulidad relativa*. Tiene importancia esa conclusión para los efectos de saber si a los terceros subadquirentes se les va o no exigir mala fe. Alessandri, fundado en el art. 1689, piensa que no tiene importancia que los terceros subadquirentes estén de buena o mala fe. Ramos dice que sin duda y aunque el artículo 2468 emplee la forma verbal "rescindan" (propia de la nulidad relativa), la acción pauliana no es una acción de nulidad, pues el acto que se pretende dejar sin efecto, es un acto válido, pues en su formación no hubo vicios. Recuérdese que para que haya nulidad tiene que existir un vicio originario.

Somarriva, piensa que se está frente a una típica *acción de inoponibilidad por fraude*. Ello implica que al acreedor no le afecta el acto y por ello puede pedir su revocación. El hecho de que el acto se revoque hasta el monto del crédito del acreedor es un buen argumento en favor de esta posición. Esta tesis la sigue también Abeliuk. La actual Ley de Quiebras justamente habla de inoponibilidad (arts. 76 y 80 de la ley 18.175).

Para otros (Planiol), se trata de una *acción indemnizatoria* por un hecho ilícito. La reparación adopta una forma especial que es, precisamente, dejar sin efecto el acto ilícito.

5. BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

En virtud de los principios sobre sucesión por causa de muerte, fallecida una persona, su patrimonio (activo y pasivo) pasa a sus herederos, confundiéndose con el patrimonio de estos. Al producirse lo anterior va a ocurrir que si el heredero estaba cargado de deudas, sus acreedores personales van a mejorar su situación pues tienen ahora un patrimonio más rico sobre el cual hacer efectivas sus acreencias. Pero ello, en perjuicio de los acreedores que el difunto tenía en vida (acreedores hereditarios) y de aquellos cuyos créditos han sido adquiridos en virtud del testamento (acreedores testamentarios, legatarios) quienes verán peligrar sus acreencias al tener que concurrir con los acreedores personales del heredero.

Por este motivo, se establece el beneficio de separación de patrimonios que tiene por objeto evitar que se confundan los bienes del causante con los del heredero, para que, de esa forma, puedan pagarse en los primeros, los acreedores hereditarios y testamentarios, con preferencia a los acreedores propios del heredero.

Al estudiar sucesión por causa de muerte, se analiza en detalle esta importante institución, que el Código regula en los artículos 1378 al 1385 (Título XII del Libro III).

IV.
MODIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

1. CONCEPTO

La doctrina indica que hay modificación o variación de la obligación cada vez que, *sin extinguirse*, experimenta una alteración de cualquier naturaleza que ella sea en alguno de sus elementos integrantes, objetivos o subjetivos.

2. MODIFICACIÓN OBJETIVA DE LA OBLIGACIÓN.

La modificación objetiva de la obligación tiene lugar cuando se cambia el objeto de la obligación, esto es la prestación a la cual se encontraba obligado el deudor.

Ciertos autores estiman que esta clase de modificación tiene lugar en la llamada novación objetiva; sin embargo, y como se estudiará más adelante, en la novación la obligación no se modifica, sino que se extingue para luego ser sustituida por otra obligación.

Una norma que si contiene un caso de modificación objetiva es en el art. 1672, en virtud del cual si el cuerpo cierto debido perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto, pasando a deberse la indemnización de perjuicios.

3. MODIFICACIÓN SUBJETIVA DE LA OBLIGACIÓN.

La modificación subjetiva de la obligación tiene lugar cuando se cambia uno de los sujetos de la obligación, sea acreedor o deudor.

Según se ha estudiado, toda obligación ofrece dos aspectos: uno *activo*, consistente en el derecho o crédito de que es titular el acreedor, y uno *pasivo*, consistente en la deuda o carga del deudor.

Por regla general, las obligaciones puede traspasarse a otra persona tanto activa como pasivamente. Cuando el traspaso tiene lugar por sucesión por causa de muerte se le denomina *transmisión*. En cambio, cuando el traspaso tiene lugar por un acto entre vivos se le llama *transferencia.*

3.1 Transmisión por causa de muerte.

La muerte de una persona, por regla general, no extingue las obligaciones, sino que estas se transmiten tanto en su aspecto activo como pasivo.

Si bien por regla general todos los derechos y deudas son transmisibles, excepcionalmente no se transmiten algunos debido a su carácter personalísimo, por lo que se extinguen por la muerte de su titular. Así, y sólo a modo de ejemplo, no son transmisibles (por regla general) los derechos y obligaciones emanados del mandato, de un usufructo, de un derecho de alimentos, entre otros.

Dicho lo anterior, es necesario indicar que la transmisión por causa de muerte puede ser a título universal o a título singular.

(i) Transmisión por causa de muerte a título universal.

En conformidad al art. 951, el título es universal "cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto".

La asignación a título universal se llama herencia y el que la recibe se le denomina heredero.

Si bien esta materia se estudia en profundidad y detalle en el ramo Derecho Sucesorio, desde ya debe indicarse que las deudas pueden ser hereditarias o testamentarias: mientras las primeras son aquellas que el causante tenía en vida, las segundas son aquellas impuestas por el testador a sus herederos en forma de legados. Por regla general, los herederos responden ilimitadamente ambas clases de deudas, sin perjuicio de la división que se hace de las mismas.

(ii) Transmisión por causa de muerte a título singular.

Por su parte, el art. 951 establece que se sucede a título singular "cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo".

La asignación a título singular se llama legado y el asignatario se llama legatario, quien sólo excepcionalmente responderá por las deudas hereditarias y/o testamentarias.

3.2 Transferencia por acto entre vivos.

A diferencia de lo que ocurre en materia de transmisión por causa de muerte, la ley únicamente regula la *cesión de derechos o créditos* por acto entre vivos (arts. 1901 y siguientes), sin que nada diga acerca de la *cesión de deudas*, la cual para buena parte de la doctrina se encuentran prohibidas.

Lo anterior encuentra su motivo en el hecho que mientras es indiferente deberle a una u otra persona (por lo que poco importa ceder libremente un crédito), en cambio si es fundamental la persona del deudor por su patrimonio y solvencia, por lo que sería injusta una cesión libre de la deuda. Sin embargo, excepcionalmente el Código permite la cesión de deudas. Así, el art. 1962 impone al adquirente de una cosa arrendada respetar en ciertas circunstancias el contrato de arrendamiento relativo al bien raíz adquirido, asumiendo así las obligaciones que la ley y/o el contrato imponían al arrendador. Otro caso, también en materia de arrendamiento, se encontraría en el art. 1698.

Finalmente, cabe señalar que el Código Civil tampoco regula la denominada *cesión de contrato*, que tiene lugar cuando una de las partes de un contrato bilateral, con el consentimiento de la otra, traspasa los derechos y obligaciones emanados del contrato a un tercero que pasa a ocupar la misma calidad jurídica del cedente (acreedor y deudor). El único caso en que nuestro código reconoce esta figura es en el art. 1946, relativo al arrendamiento. En los demás casos, la doctrina discute acerca de la procedencia de la cesión del contrato, la cual podría ser admitida en virtud de la libertad contractual y en la medida que exista acuerdo consentimiento de las tres partes.

V.
MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

1. CONCEPTO

El derecho personal o crédito, y la obligación correlativa, son de duración temporal, pues cumplido su objetivo, desaparecen. Pero el cumplimiento de la obligación, no es la única forma como ésta se extingue. Sólo es la forma normal de extinción; pero además esta extinción puede ser la consecuencia de haber sobrevenido un hecho o un acto al que la ley le atribuye el valor de hacer cesar los efectos de la obligación.

Por ello, podemos definir los modos de extinguir las obligaciones como todo hecho o acto al que la ley atribuya el valor de hacer cesar los efectos de la obligación. Vial los define como "aquellos hechos jurídicos que la ley reconoce como idóneos para la disolución del vínculo de obligación".

2. CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

El artículo 1567, ubicado en el titulo XIV del Libro IV "De los modos de extinguirse las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo", hace una enumeración de los modos de extinguir, que contiene 10 numerandos.

Dicha disposición establece lo siguiente: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: 1º Por la solución o pago efectivo; 2º Por la novación; 3º Por la transacción; 4º Por la remisión; 5º Por la compensación; 6º Por la confusión; 7º Por la pérdida de la cosa que se debe; 8º Por la declaración de nulidad o por la rescisión; 9º Por el evento de la condición resolutoria; 10º Por la prescripción. De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este Libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales."

En relación con ella, las siguientes observaciones:

(i) Si bien tiene 10 numerandos, contiene 11 modos de extinguir por cuanto en el inciso 1º, se establece uno más: la resciliación o mutuo disenso;

(ii) No es una enumeración taxativa, pues hay otros modos de extinguir que ella no contempla como, por ejemplo: (a) el plazo extintivo, que el mismo legislador considera al tratar de la extinción de algunos contratos de tracto sucesivo, v. gr. arts. 1950 Nº 2 (arrendamiento); 2098 (sociedad); 2163 Nº 2, (mandato), etc; (b) la dación en pago; (c) la imposibilidad absoluta de cumplir una obligación de hacer (art. 534 del Código de

Procedimiento Civil); (d) la voluntad de una de las partes como ocurre con el desahucio en el arrendamiento y con la revocación y renuncia en el mandato (artículos 2163 Nºs. 3 y 4, respectivamente); (e) la muerte del deudor o del acreedor en las obligaciones intransmisibles y en los contratos "intuito persona", como el mandato (artículo 2163 Nº 5º), la sociedad (artículo 2103), comodato (artículo 2180 Nº 1), etc.

3. CLASIFICACIÓN.

En doctrina suelen clasificarse los modos de extinguir desde un doble punto de vista:

3.1 En primer lugar se distingue si el modo de extinguir la obligación **satisface o no el interés del acreedor**. Sí lo hacen, por ejemplo, el pago, la novación y la compensación. Por el contrario, el acreedor no verá satisfecho su interés si la obligación se extingue, por ejemplo, por la pérdida de la cosa que se debe o por prescripción.

3.2 Por otra parte, se distingue entre aquellos modos que **extinguen directamente la obligación de aquellos que lo hacen en forma indirecta o consecuencial**. En la mayoría de los casos el modo extingue directamente, produciendo el efecto inmediato de disolver la obligación. Sin embargo, también hay casos en que el modo extingue la fuente de la obligación, y consecuencialmente disuelve la obligación. De esta última clase son la nulidad y la resolución de un contrato.

A. RESCILIACIÓN O MUTUO DISENSO

1. CONCEPTO

Está establecido este modo de extinguir en el artículo 1567 inciso 1º: "*Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula*".

Luego, la resciliación es un acuerdo de voluntades (convención) en que las partes dotadas de capacidad de disposición, dejan sin efecto un acto anterior, extinguiendo de esa manera, las obligaciones pendientes provenientes de ese acto.

Como observa Stitchkin, si bien esta disposición habla de "toda obligación", es indudable que la resciliación sólo tiene cabida tratándose de obligaciones contractuales, es decir, emanadas de un acuerdo de voluntades pues, precisamente, se funda este modo en que habiéndose generado la obligación por un acuerdo de voluntades, por un nuevo acuerdo, pueden las partes dejarla sin efecto. Si la fuente de la obligación es otra (delito, cuasi delito, etc.), la voluntad de las partes juega de otra manera, pudiendo dar lugar a otros modos de extinguir: remisión de la deuda, novación, transacción, renuncia, etc., según los diferentes casos.

2. LA RESCILIACIÓN ES UNA CONVENCIÓN, NO ES UN CONTRATO

Es una convención porque es un acto jurídico bilateral, destinado a extinguir una obligación. No es contrato, porque no genera obligaciones.

3. REQUISITOS DE VALIDEZ

Constituyendo una convención, sus requisitos son los propios de todo acto jurídico: consentimiento, capacidad de las partes, objeto, causa. Interesa detenerse en los dos primeros.

3.1 Consentimiento en la resciliación

Las partes tienen que consentir, convenir en dejar sin efecto en todo o parte un acto jurídico anterior. Las partes son, por cierto, las mismas que celebraron el acto jurídico que por medio de la resciliación dejan sin efecto.

Cierta jurisprudencia ha resuelto que "la resciliación debe hacerse y por ende perfeccionarse con la misma solemnidad que las partes adoptaron al convenir el contrato" (RDJ, T. 93, sec. 1ª, p. 15). En el caso se trataba que las partes celebraron por escritura pública un contrato de extracción de basuras, que es meramente consensual. La Corte entendió que al haber pasado a ser solemne por voluntad de las partes "la resciliación de dicho contrato debió hacerse también en forma solemne, es decir, con la misma solemnidad que las partes adoptaron al convenir el contrato de recolección, que fue el otorgamiento por escritura pública, porque en Derecho las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen, y al no cumplir con la solemnidad elegida por ellas mismas, la resciliación invocada por la Municipalidad no se perfeccionó" (considerando 10).

Ramos no está de acuerdo con la conclusión del fallo. Las solemnidades son de derecho estricto, y la ley no ha establecido ninguna para la resciliación, de tal suerte que no aparece adecuado afirmar que en el caso resuelto tuviera que otorgarse por escritura pública. El fundamento dado en el fallo -en Derecho las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen- le parece francamente débil.

3.2 Capacidad para resciliar

El artículo 1567, exige capacidad de disposición. Luego no basta con la simple capacidad para contratar consagrada en los artículos 1445, 1446 y 1447 del Código, sino que se requiere una mayor, para disponer libremente de lo suyo. Así por ejemplo, en la sociedad conyugal, el marido tiene plena capacidad pero no puede enajenar los bienes inmuebles sociales, sin la autorización de su mujer. Luego, para poder disponer requiere de este requisito adicional. Y, por la misma razón, se ha fallado que para que sea válida

la resciliación de la compraventa de un inmueble social, se requiere contar con la autorización de su mujer (T. 84, sec. 1ª, p. 76; Gaceta Jurídica Nº 118, p. 19, Gaceta Jurídica Nº 112, p. 22).

La explicación de por qué se exige esta capacidad, debe encontrarse en que constituye para ambas partes una renuncia de los derechos provenientes del acto o contrato que se deja sin efecto. Y justamente, ésta es una de las razones porque no se pueden resciliar las obligaciones legales, porque respecto de ellas no cabe la renuncia.

3.3 Para que haya resciliación tienen que existir una obligación pendiente

Este requisito no aparece del art. 1567, pero todos los autores lo exigen, pues no hay que olvidar que la resciliación es un modo de extinguir obligaciones, por lo que si no hay obligaciones que extinguir la resciliación no tendría objeto.

La pregunta que cabe formularse, es si las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, podrían dejar sin efecto un contrato que ya estuviere cumplido. A Abeliuk y Ramos les parece que en ese caso no debe hablarse de resciliación. Las partes para lograr lo que pretenden (dejar sin efecto el contrato anterior) tendrían que celebrar un nuevo contrato igual al primero, pero en sentido contrario, vale decir, p. ej. si A le vendió una casa a B; en el nuevo contrato B tendría que venderle la misma casa a A.

3.4 La resciliación sólo opera en los contratos patrimoniales

No cabe en el Derecho de Familia, por cuanto no cabe allí la renuncia de derechos. Por esta razón, no se puede resciliar un matrimonio o dejar sin efecto el pacto del artículo 1723, etc.

4. EFECTOS DE LA RESCILIACIÓN

El artículo 1567, al dar el concepto de resciliación, habla de que con ella las partes consienten en dar por nula una obligación. Esto es un error. Para que haya nulidad debe existir un vicio originario, esto es, existente al momento en que se formó el consentimiento, ej. fuerza, dolo, incapacidad, etc. En el caso de la resciliación, el acto no nació viciado, luego no cabe hablar de nulidad. Tampoco son las partes las que podrían declarar la nulidad de un acto, sino la justicia. En definitiva, entonces, no es cierto que con la resciliación las partes puedan dar por nula una obligación.

Lo que ha querido decir el art. 1567, es que con la resciliación las partes acuerdan dejar sin efecto el acto. Eso es diferente.

La resciliación no opera retroactivamente, sino hacia el futuro y ello, con el objeto de proteger a los terceros que pudieran haber celebrado algún contrato sobre la cosa objeto del contrato resciliado.

5. RESCILIACIÓN DE OBLIGACIÓN Y RESCILIACIÓN DE CONTRATO.

La doctrina distingue la resilicaciónde la obligación, regulada en el ya analizado art. 1567, de la resciliación del contrato (fuente de obligaciones), que encuentra su fundamento en el art. 1545, el cual además de consagrar el principio de que todo contrato es ley para las partes, agrega que un contrato no puede ser invalidado sino "por su propio consentimiento" o por las causales legales.

Las partes, en virtud de la libertad contractual, pueden estipular que la resciliación del contrato opere sólo hacia el futuro, o bien pueden otorgarle efecto retroactivo; pero en este último caso no puede afectar derechos válidamente adquiridos por terceros.

B. EL PAGO

El Código reglamenta diversas modalidades del pago: a) solución o pago efectivo; b) pago por consignación; c) pago con subrogación; d) pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores; y e) pago con beneficio de competencia.

B.1 SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO

1. CONCEPTO

Esta forma de pago está tratada en el párrafo 1º del Título 14 del Libro IV, artículos 1568 y siguientes.

Sin duda, es el más importante modo de extinguir las obligaciones y por ello es el primero que enumera el artículo 1567. Está definido en el artículo 1568 como "la prestación de lo que se debe". De esta definición, surge de inmediato una importante consecuencia: el pago es un modo de extinguir cualquier tipo de obligación, no sólo, como podría pensarse, aquellas de pagar una suma de dinero. Si la obligación es pintar un cuadro, construir una casa o tocar el piano, esas obligaciones serán pagadas, pintando el cuadro, construyendo la casa o tocando el piano. En todos esos casos, el deudor estará prestando lo debido. En Derecho paga todo el cumple su obligación.

Otra consecuencia que deriva de la definición, es que todo pago supone una obligación preexistente, civil o a lo menos, natural. Tanto es así que si por error se paga una obligación inexistente, quien paga tiene derecho a repetir (art. 2295 inc. 1º). El artículo

2297 agrega que "se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural".

El pago, se ha dicho, más que un modo de extinguir una obligación, es la forma natural de cumplirla.

2. EL PAGO ES LA PRESTACIÓN DE LO QUE SE DEBE

Luego no hay pago si por acuerdo de las partes, la obligación se satisface con una cosa distinta de lo debido. En tal caso, estamos frente a una dación en pago, como se verá más adelante.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PAGO

El pago es una convención, esto es, un acto jurídico bilateral que extingue obligaciones, celebrado entre el solvens (deudor) que paga y el accipiens (acreedor), que recibe el pago. No es un contrato, porque no genera obligaciones. Como acto jurídico que es, debe cumplir los requisitos generales de todo acto jurídico: consentimiento, capacidad, objeto y causa.

Algunos discuten que sea una convención, porque si el deudor se resiste a recibir el pago, se le puede pagar aun en contra de su voluntad, mediante el pago por consignación. Esto se explica porque el deudor tiene el derecho a liberarse de la obligación, tiene el derecho a pagar, y el acreedor no puede impedirle que lo ejerza.

Cuando la obligación es de dar, se paga haciendo la correspondiente tradición. Por eso se suele decir que la tradición es un pago. La tradición extingue la obligación de dar que se generó en el título traslaticio de dominio.

4. EL PAGO ES UN ACTO JURÍDICO INTUITO PERSONA

Consecuencia de ello es que si por error se hace a una persona distinta del acreedor, no extingue la obligación. Quien paga mal paga dos veces, reza el refrán. Esto sin perjuicio, que pueda repetir lo pagado en conformidad al artículo 2295.

5. CARACTERÍSTICAS DEL PAGO

El pago tiene algunas características o principios especiales: 1. identidad del pago; 2. integridad del pago; y 3. indivisibilidad del pago.

5.1 Identidad del pago

Ello significa que debe hacerse "bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...", sin que pueda ser obligado el acreedor a recibir "otra cosa que lo que se

le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida". Así lo establece el articulo 1569.

5.2 Integridad del pago

El pago debe ser total, de la obligación y sus accesorios. Consecuencia de ello es que "el pago de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban" (art. 1591 inc. 2º). Por la misma razón y salvo excepciones -como ocurre en el pago por consignación (art. 1604) y en los gastos de transporte para la restitución del depósito (art. 2232)- los gastos del pago son de cargo del deudor (artículo 1571), porque si ellos corrieran por cuenta del acreedor ya no recibiría éste íntegra la prestación.

5.3 Indivisibilidad del pago

Lo que significa que "el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales" (art. 1591 inc. 1º). Por excepción, se puede dividir el pago, en algunos casos:

a) si así lo acuerdan las partes, ej. saldo de precio de una compraventa. En este caso "se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo" (artículo 1593)

b) en las obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas en que cada deudor sólo está obligado a pagar su cuota (artículos 1511, 1526);

c) en las deudas hereditarias se divide el pago entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias (art. 1354 inc. 1º);

d) cuando existen varios fiadores, la deuda se entiende dividida entre ellos por partes iguales. Es lo que se denomina beneficio de división (art. 2367);

e) cuando existe controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada (art. 1592). Por ejemplo, el acreedor sostiene que se deben intereses, y el deudor que no. Mientras se resuelve el pleito, el juez puede ordenar que se consigne el capital, y si después el deudor es condenado a los intereses, el acreedor habrá recibido el pago por parcialidades;

f) cuando las partes son recíprocamente deudores y acreedores, puede operar el modo de extinguir compensación, en cuya virtud se extinguen ambas deudas hasta la de menor valor, lo que viene a importar una especie de pago parcial;

g) en los casos en que el deudor esté constituido en quiebra, y sus bienes no alcancen para cubrir la totalidad del pasivo, el Sindico hará pagos parciales, a los distintos acreedores a prorrata de sus créditos, salvo que exista alguna causal especial de preferencia;

h) de acuerdo al inc. 2º del art. 54 de la ley 18.092 sobre letras de cambio y pagarés "el portador no puede rehusar un pago parcial". Puede eso sí protestar la letra por el saldo no pagado. Vencida la letra, este pago parcial no puede ser inferior a la mitad del valor del documento.

6. POR QUIÉN DEBE HACERSE EL PAGO

Esta materia la trata el Código en el párrafo 2º del titulo 14, artículos 1572 al 1575.

Pueden hacer el pago: 1. el deudor; 2. un tercero interesado en extinguir la obligación, y 3. un tercero extraño a la obligación.

6.1 Pago hecho por el deudor

El deudor es el principal interesado en pagar, porque es la forma de quedar desligado de la obligación. Tiene el derecho a pagar.

Cuando decimos que el pago lo hace el deudor, debemos aclarar que dentro de este caso, se comprenden también los siguientes:

a) Pago hecho por el representante legal del deudor. Ello porque, según el artículo 1448 "lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado los mimos efectos que si hubiere contratado el mismo". En relación con lo que se viene diciendo, debe recordarse que el artículo 671 en su inciso 2º, señala que "pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios o sus representantes legales"; y agrega en el inciso final que "la tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado se entiende hecha por o al respectivo mandante".

b) Pago hecho por un mandatario del deudor (arts. 1448 y 67l, en la tradición); y

c) Pago hecho por un heredero del deudor. Esto porque en conformidad al artículo 1097, los herederos "representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles"

En el caso en que el testador haya gravado a un legatario con el pago de una obligación, deberá comprenderse también el pago que en este caso haga ese legatario.

En todos estos casos se extingue definitivamente la obligación y no habrá normalmente relaciones jurídicas posteriores.

6.2 Pago hecho por un tercero interesado

Hay personas que no siendo los deudores directos tienen un manifiesto interés en el pago de la deuda. Estos son: a) el codeudor solidario; b) el fiador; c) el tercer poseedor de la finca hipotecada.

a) Pago hecho por el codeudor solidario. El deudor solidario tiene interés en que se extinga la obligación. Si paga se extingue la obligación respecto de él, pero por el hecho de pagar, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, pasando a ocupar su lugar frente a los otros codeudores solidarios, para cobrarles a cada uno su cuota. Si el deudor solidario que paga no tenía interés en la obligación se le considera fiador y en tal caso se subroga en los derechos del acreedor pudiendo dirigirse por el total en contra de cualquiera de los otros codeudores solidarios interesados en la obligación (arts. 1522, 1610 Nº 3, 2372);

b) Pago hecho por un fiador. También el fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga (art. 1610 Nº 3);

c) Cauciones reales. Puede ocurrir que pague la deuda hipotecaria o prendaria quien no es el deudor personal de la obligación garantizada con esta caución, por ejemplo, el tercer poseedor de la finca hipoteca. Se entiende por tercer poseedor de la finca hipotecada, el poseedor del inmueble hipotecado, que no está obligado personalmente al pago de la deuda. Esta situación se da en dos casos: a) cuando se hipoteca un bien propio para garantizar una obligación ajena; y b) cuando se adquiere un inmueble hipotecado.

En estos casos, este tercer poseedor de la finca hipotecada, tiene interés en pagar la obligación garantizada con la hipoteca, con el objeto de evitar la subasta de la finca hipotecada. Si paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, pudiendo dirigirse en contra del deudor (artículos 1610 Nº 2; 2429 inciso 2º).

Como se puede apreciar, en todos estos casos el pago no produce la extinción de la obligación, pues ésta subsiste entre el que hizo el pago (que pasa a ocupar el lugar del acreedor), y el deudor. El que desaparece del cuadro es el acreedor, pues su lugar pasa a ser ocupado por quien hizo el pago (lo subroga).

6.3 Pago hecho por un tercero extraño

i. Concepto

Según el artículo 1572 "puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad y aun a pesar del acreedor" (inc. 1º).

La ley acepta que un tercero no interesado pueda pagar por varias razones: a) porque desde el punto de vista del acreedor, lo que le interesa es que le paguen, no le importa que lo haga el deudor o un tercero; y b) porque a la sociedad misma, le interesa que las deudas se paguen; que exista el menor número de personas obligadas.

Excepcionalmente "si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud física o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor" (art. 1572 inc. 2º). La excepción es obvia. Por ejemplo no es lo mismo para River Plate, que juegue Marcelo Salas a que pueda hacerlo N.N. en su lugar.

ii. Efectos del pago hecho por un tercero extraño

El tercero que paga puede encontrarse en tres situaciones: 1. pagar con el consentimiento expreso o tácito del deudor; 2. pagar sin el conocimiento del deudor; y 3. pagar contra la voluntad del deudor. Los efectos que de cada uno de estos pagos siguen son diferentes.

1. Pago hecho con el consentimiento expreso o tácito del deudor

El que paga en este caso, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga. Así lo establece el artículo 1610 Nº 5.

En el fondo, esta persona viene a ser un verdadero mandatario del deudor (ya que hay consentimiento de éste), y por la misma razón va a tener dos acciones para poder resarcirse de lo que pagó: a) la acción subrogatoria, que le otorga el art. 1610 Nº 5; y b) la acción propia del mandato. La primera puede ser más efectiva, si la deuda estaba caucionada, porque se subroga con todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas (artículo 1612). La segunda puede serle más conveniente, pues le permitir cobrar lo pagado más intereses corrientes (artículo 2158 Nº 4).

2. Pago hecho sin el conocimiento del deudor

De acuerdo al art. 1573 "el que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue". No

hay entonces en este caso subrogación legal. Sólo podría haber subrogación convencional, si el acreedor a quien pagó, le subroga voluntariamente en sus derechos (artículo 1611).

Así las cosas -y salvo la posibilidad de esta subrogación convencional- el tercero que paga sólo va a tener la acción de reembolso en contra del deudor propia de la gestión de negocios ajenos. Esta acción es muy diferente a la subrogatoria, principalmente porque en ésta se cobra la misma deuda anterior, con sus mismos privilegios y garantías, mientras que la de repetición es una acción propia del gestor y no goza de ninguna de las ventajas y prerrogativas del crédito antiguo.

3. Pago hecho contra la voluntad del deudor

El artículo 1574, regula esta situación, en los siguientes términos: "el que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción". No hay tampoco en este caso subrogación legal. Sólo podría haber subrogación convencional, si el acreedor a quien pagó, le subroga voluntariamente en sus derechos (artículo 1611).

Esta persona que paga por otra, sin poder, es un verdadero agente oficioso. Y esto es importante, porque el Código al tratar de la agencia oficiosa, artículo 2291, dice una cosa distinta a lo que establece el art. 1574, Según el 2291: "el que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado" (inc. 1º).

La contradicción entre las dos normas es evidente: según el art. 1574, no hay acción de repetición; según el art. 2291, si el pago fue útil al deudor (es decir si extinguió la obligación) hay acción de repetición.

Se han dado distintas opiniones para compatibilizar ambas disposiciones:

a) Según Leopoldo Urrutia el artículo 1574 debe aplicarse cuando el pago no ha sido útil al deudor, porque, por ejemplo, el deudor podía poner una excepción que le evitaba el pago, como nulidad, excepción del contrato no cumplido, etc.; y el art. 2291, cuando, le fue útil. De este modo, sería útil el pago que se hace a un acreeor benévolo, siendo útil el que evita una acción judicial. La solución que se da con esta interpretación es justa, pero presenta el inconveniente que hace una distinción que el art. 1574 no contempla.

b) Para Ruperto Bahamondez, el art. 1574 rige para los pagos aislados, que no corresponden a la administración de un negocio; en cambio, el artículo 2291, se debe aplicar a la agencia oficiosa, en que hay administración de un negocio. Esta

interpretación se ajusta al tenor literal de las normas, pero resulta injusta, pues no se ve por qué en un caso se tiene acción de repetición y en el otro no;

c) Gonzalo Barriga estima que el artículo 2291, se aplica cuando concurran copulativamente dos requisitos: 1. que el pago quede comprendido dentro de la administración de un negocio; y 2. que reporte utilidad al deudor. Faltando cualquiera de estos requisitos debe regir el artículo 1574.

d) Otros autores sostienen que se aplica el art. 2291 cuando hay utilidad para el deudor, caso en que el que paga puede repetir pero sólo hasta el monto de la utilidad. El art. 1574 se aplicaría sólo si el pago no fue útil al deudor. Es decir, se da una suerte de acción *in rem verso* para demandar lo útil, que puede ser inferior al pago por el tercero.

7. PAGO EN EL CASO DE LAS OBLIGACIONES DE DAR

Por regla general, las obligaciones de dar son aquellas en que el deudor se obliga a transferir el dominio o a constituir un derecho real en favor del acreedor. De manera que la obligación del deudor es hacer la correspondiente tradición.

En esta clase de obligaciones, el pago tiene algunas reglas especiales:

a) el tradente, debe ser dueño del derecho que transfiere;
b) se requiere capacidad de disposición en el que paga; y
c) el pago debe hacerse con las formalidades legales.

a) El tradente debe ser titular del derecho que transfiere

Así lo establece el artículo 1575: "el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño" (inc. 1º).

Cuando esta norma dice que el pago "no es válido", no está significando que es nulo, sino que es ineficaz para extinguir la obligación. Ello porque esta disposición hay que concordarla con el artículo 682: "si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".

En conclusión, si paga quien no es el dueño, el pago es válido, pero deja a salvo los derechos del verdadero propietario mientras no se extingan por la prescripción.

Hay una excepción, en el artículo 1575 inciso final: "Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible -ya sabemos que confunde fungible con consumible- y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar".

b) Capacidad de disposición del que paga

La exige el artículo 1575 inciso 2º: "Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene la facultad de enajenar".

El pago efectuado por el que no tiene capacidad de disposición adolece de nulidad relativa, porque se ha omitido un requisito exigido por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que lo ejecutan (artículo 1682). Ahora, si quien hizo el pago es absolutamente incapaz, la nulidad será absoluta (1682 inc. 2º).

La excepción a lo anterior se encuentra en el inciso final del art. 1575, que dispone que "sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo la facultad de enajenar".

c) Formalidades legales

Este requisito lo exige el artículo 679: "Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas". Así ocurre si lo que se debe pagar es un derecho inmueble que exige inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (artículo 686).

8. A QUIÉN DEBE HACERSE EL PAGO

Regla esta materia el párrafo 3º del Título 14, arts. 1576 al 1586. Es muy importante pagar a quien corresponde porque si se paga mal, el deudor no queda liberado de la obligación. "El que paga mal paga dos veces", reza el viejo aforismo.

El artículo 1576 indica a quien debe hacerse el pago:

1. Al acreedor mismo, que constituye la situación normal;
2. A sus representantes, y
3. Al actual poseedor del crédito.

8.1 Pago hecho al acreedor

De acuerdo al artículo 1576 "para que el pago sea válido debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular)...". Luego vale el pago que se hace al acreedor, al heredero del acreedor (artículos 951 y 1097); al legatario del crédito (art. 1127) o al cesionario del crédito (arts. 1902 al 1905).

- Excepciones en que el acreedor no puede recibir el pago

Estas excepciones están contenidas en el artículo 1578: "El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes: 1º Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1688; 2º Si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago; 3º Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso".

a) Pago hecho al acreedor que no tiene la libre administración de sus bienes

Ello se explica porque el pago es un acto jurídico bilateral, que requiere que ambas partes sean capaces.

La sanción si se paga a un incapaz va a ser la nulidad relativa, a menos que se haya pagado a un absolutamente incapaz, en que será nulidad absoluta (artículo 1682). Como es nulidad relativa, puede sanearse de acuerdo a las reglas generales.

Sin embargo, el pago va a ser válido, si quien lo hizo prueba que fue útil al acreedor y en cuanto se justifique este hecho con arreglo al artículo 1688, vale decir, probando que el acreedor se hizo más rico, entendiéndose que es así cuando las cosas pagadas le hubieren sido necesarias o si no lo fueron subsistan y se quisiere retenerlas, porque si en tal caso se declara nulo el pago, el incapaz se enriquecería injustificadamente. Pero si el incapaz malgastó lo que recibió en pago y nada le queda, se ha producido justamente lo que el legislador temía al establecer la incapacidad y prohibir el pago al incapaz, y el solvens (deudor) pierde el pago efectuado.

b) Pago hecho al acreedor cuyo crédito se ha embargado u ordenado retener por decreto judicial

Este Nº 2 del art. 1578, comprende dos situaciones: a) el crédito que tiene el acreedor se encuentre embargado, lo que es perfectamente posible porque los créditos son bienes susceptibles de embargarse (art. 2465); o b) que se haya decretado una medida precautoria de retención de ese pago, en conformidad a lo establecido en los artículos 290 Nº 3 y 295 del Código de Procedimiento Civil.

Embargado el crédito o retenido el pago, si el deudor paga, el pago adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1682 en relación con el artículo 1464 Nº 3). Esta norma debe concordarse con el artículo 681 del Código Civil: "se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario".

Se ha fallado que para que se produzca este efecto, tanto el embargo como la retención deben notificase al deudor. De no ocurrir así el pago sería válido (T. 6, sec. 2ª, p. 40; T. 21, sec. 1ª, p. 583).

c) Pago hecho al acreedor declarado en quiebra.

Esto es consecuencia de que el fallido pierde la administración de sus bienes, la que pasa al Síndico, que es quien puede recibir válidamente el pago (artículo 64 Ley de Quiebras). No basta la simple insolvencia, es necesario que la quiebra esté declarada por resolución judicial.

En relación con este punto, es preciso recordar que la sentencia que declare la quiebra tendrá "la advertencia al público de que no deben pagar ni entregar mercaderías al fallido, so pena de nulidad de los pagos y entregas" (art. 52 Nº 5º de la Ley de Quiebras).

8.2 Pago hecho a los representantes del acreedor

El pago hecho a los representantes del acreedor, es válido (arts. 1576, 1579, 1580, 1581)

Estos representantes del deudor pueden ser de tres tipos: a) representantes legales; b) judiciales; c) convencionales.

a) Pago hecho al representante legal del acreedor

El artículo 1579 señala distintos casos de pagos hechos a los representantes legales del acreedor, tales como (i) los tutores y curadores por sus representados; (ii) albaceas con encargo especial o tenencia de bienes; (iii) maridos por sus mujeres en cuanto tengan la administración de los bienes de ésta; (iv) padres o madres que ejerzan patria potestad; (v) recaudadores fiscales o de comunidades o de establecimientos públicos, por el Fisco, o las respectivas comunidades o establecimientos.

La numeración anterior no es taxativa, pues el mismo artículo termina expresando "y las demás personas que por ley especial.... estén autorizadas para ello". En este último caso está, por ejemplo, el Sindico, respecto del fallido. Abeliuk afirma que el artículo 1579, cuando habla del caso de que el marido recibe por la mujer, no estaría bien. Ramos piensa que no es así, pues si bien es cierto que el marido, desde la entrada en vigencia de la ley 18.802, no es el representante legal de su mujer, de todas formas es quien administra sus bienes (art. 1749 del Código Civil).

b) Pago hecho al representante judicial

Vale el pago que se hace a la persona designada por el juez para recibirlo (arts. 1576, 1579). Ellas pueden ser un secuestre o un depositario judicial. El secuestro (artículos

290, 291 del Código de Procedimiento Civil) es una medida precautoria que consiste en la entrega a un tercero de la cosa objeto de la demanda para su custodia. El depositario es a quien se entregan las cosas embargadas. El juez puede ordenar que se deposite el pago en manos de una de esas personas;

c) Pago hecho al diputado para recibir el pago (mandatario)

Este mandatario puede incluso ser relativamente incapaz. Así lo dice el 1581, que no hace más que aplicar la regla del artículo 2128. El mandato para recibir el pago puede revestir tres modalidades:

- mandato general de administración, reglado en el art. 2132, que confiere la facultad de cobrar los créditos que pertenezcan al giro ordinario (arts. 1580, 2132);

- mandato especial para administrar el negocio o negocios en que incide el pago. Ej. el dueño de una tienda le otorga mandato a una persona para que se la administre; ésta podrá cobrar y percibir los créditos que se originen en la tienda, pero no otros ajenos a ella, aunque sean del mismo dueño, como sería el saldo de precio de una compraventa de un bien raíz;

- mandato específico para cobrar un determinado crédito. Ej. N.N. da mandato a XX para que le cobre la pensión de jubilación.

La ley ha establecido algunas precisiones. Así, según el artículo 1582 el poder para demandar en juicio, no faculta al apoderado para recibir el pago de la deuda. Según el artículo 7º inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, el poder para percibir requiere de mención expresa.

Extinción de la diputación para recibir el pago. De acuerdo al artículo 1586: "la persona diputada para recibir el pago se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general por todas las causas que hacen expirar el mandato". Las causales de extinción del mandato están establecidas en el artículo 2163 del Código Civil.

El Código agrega que salvo pacto expreso la diputación para el pago no se transmite (art. 1583); que cuando una persona ha sido diputada para el pago por ambos contratantes su cargo no puede ser revocado por el acreedor, salvo autorización judicial (art. 1584); y que el acreedor no puede prohibir que se pague al diputado, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor, o que pruebe justo motivo para ello (art. 1585).

8.3 Pago hecho al actual poseedor del crédito

El artículo 1576 inciso 2º regula esta situación: "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". El caso más corriente es el pago hecho al heredero a quien se concedió la posesión efectiva o al legatario del crédito, y después resultan no ser el verdadero heredero o queda sin efecto el legado. Por ejemplo, se otorga la posesión efectiva de una herencia en mérito a un testamento que posteriormente se declara nulo, o aparece que había sido revocado por otro del causante, y el deudor paga a los herederos a quienes se había considerado tales en la posesión efectiva. Semejante pago es válido, aunque posteriormente el auténtico heredero recupere la herencia. Abeliuk señala además el caso del cesionario del crédito, si después se anuló la cesión de créditos. El deudor pagó bien, porque a la sazón el cesionario era poseedor del crédito.

Los requisitos de la norma son dos: i) que el que recibe el pago se encuentre en posesión del crédito (la norma tiene importancia porque es la única que habla de la posesión de un derecho personal); y ii) que el que paga lo haga de buena fe, entendiendo que está pagando al dueño del crédito. Como la buena fe se presume, será el verdadero acreedor quien deberá probar su ausencia para volver a cobrar al deudor.

Este es un caso de aplicación de la teoría de la apariencia o del error común.

- Pago hecho a otras personas, no es eficaz, no extingue la obligación

Así se ha fallado que "no es válido el pago hecho al cedente después de notificada la cesión al deudor" (T. 22, sec. 1ª, p. 674). Este fallo es ajustado a derecho desde que producida la cesión, el cesionario pasa a ser el nuevo acreedor, realidad que no puede discutir el deudor si ha sido notificado de la cesión del crédito o la ha aceptado (art. 1902)

Pero el pago hecho a una persona inhábil se puede validar en los casos establecidos en el artículo 1577:

a) si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo, caso en que se entenderá como válido desde el principio; o

b) "si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera". Este otro título puede ser un legado o una cesión de créditos.

9. ÉPOCA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

El pago debe hacerse en el lugar y tiempo convenidos. Así lo dice el artículo 1872, respecto del pago del precio en el contrato de compraventa.

Si nada se ha convenido, si la obligación es pura y simple el pago debe hacerse de inmediato, celebrado que sea el contrato. Si está sujeta a un plazo o condición suspensivos, desde que venza el plazo o se cumpla la condición. En el caso de obligación sujeta a plazo, el deudor puede pagar antes del vencimiento si el plazo está establecido en su sólo beneficio. En caso contrario, no puede hacerlo.

10. LUGAR DONDE DEBE HACERSE PAGO

El párrafo 4º del Título XIV del Libro IV, artículos 1587 al 1589, trata de esta materia.

Este aspecto del pago es importante, porque el deudor cumplirá su obligación pagando en el lugar que corresponde, sin que se le pueda exigir que lo haga en otro lugar. Y, recíprocamente, el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago en un lugar diferente. Esto último queda probado en el caso del pago por consignación en que para que la oferta sea válida se requiere "que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido" (art. 1600 Nº 4).

Las reglas sobre el lugar en que debe hacerse el pago, son las siguientes:

1. El pago debe hacerse en el lugar designado en la convención (art. 1587).

2. Si no se hubiere establecido el lugar en que debe realizarse, es necesario distinguir, según el objeto de la obligación sea dar o entregar una especie o cuerpo cierto u otro diferente.

En el primer caso, se debe pagar en el lugar donde dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación (art. 1588 inc. 1º).

Si lo debido es otra cosa -género, hecho o abstención- el pago debe cumplirse en el domicilio del deudor (artículo 1588 inc. 2º).

Se ha discutido a qué domicilio del deudor se refiere esta norma, si al que tenía al momento de celebrar el contrato o al que tiene al momento en que debe hacerse el pago. Atendido lo que dispone el articulo 1589, para Claro Solar, Abeliuk, Stitchkin, Ramos no cabe duda que debe estarse al primero, pues justamente esta disposición se pone en el caso en que entre ambas fechas, el deudor hubiere mudado su domicilio, estableciendo que, en ese caso, el pago debe hacerse "en el lugar que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa".

Si el deudor tuviere pluralidad de domicilios, deberá pagar "en el correspondiente al lugar donde contrajo la obligación si éste dice relación con ese domicilio" (Stitchkin).

11. CONTENIDO DEL PAGO

El código trata de esta materia en el párrafo V del Título XIV del Libro IV: "Cómo debe hacerse el pago".

La idea central es la establecida en el artículo 1569 "el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes" (inc. 1º). La misma norma agrega que "el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida" (inc. 2º). Además, recordemos, el pago debe ser total y no se puede dividir, salvo las excepciones ya mencionadas (art. 1591)

Precisado lo anterior, para saber cómo se hace el pago deberá estarse a la naturaleza de la obligación de que se trate. Y entonces, hay que distinguir:

a) si lo debido es un género, se cumplirá entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana (art. 1509);

b) si lo debido es una cantidad de dinero se cumplirá entregando la suma numérica establecida, pues ya hemos visto, que el sistema aceptado en Chile sigue siendo el nominalista;

c) si es una obligación de hacer o no hacer, se pagará realizando la prestación o abstención convenida;

d) si la obligación es de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, el acreedor debe recibirlo "en el estado en que se halle" (art. 1590), soportando entonces los deterioros provenientes de fuerza mayor o caso fortuito.

Pero si la cosa se hubiere deteriorado por hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable, o si los deterioros se hubieren producido durante la mora del deudor (a menos que provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiere estado igualmente expuesta en poder del acreedor), cabe hacer una distinción según los deterioros sean o no importantes.

Si son importantes, puede pedirse o la resolución del contrato -el artículo 1590 inc. 2º emplea impropiamente la expresión rescisión- más indemnización de perjuicios; o aceptar la cosa en el estado en que se encuentra más indemnización de perjuicios.

Si el deterioro no es importante, se deberá recibir la cosa en el estado que se encuentre, pero se deberán indemnizar los perjuicios (art. 1590 inc. 2º).

En el caso en que el deterioro hubiere ocurrido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es

válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre, pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño (art. 1590 inc. final).

- **Caso en que concurran varias obligaciones entre las mismas partes**

Esta situación está tratada en el artículo 1594: "Cuando concurran entre unos mismos acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y por consiguiente el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros".

12. IMPUTACIÓN DEL PAGO

En el caso en que existan varias deudas entre acreedor y deudor, y el pago hecho no alcance a satisfacerlas todas, debe resolverse cuál es la que se debe entender solucionada. Es el problema llamado de la imputación del pago.

Debe aclararse que esta situación sólo se va a presentar si concurran los siguiente supuestos: 1. que existan varias deudas de una misma naturaleza; 2. que estás deudas sean entre las mismas partes; y 3. que se haga un pago insuficiente para satisfacerlas a todas.

El Código da diversas reglas sobre esta materia en los artículos 1595 al 1597 (párrafo 6º del Título XIV), que son las siguientes:

1. Si se debe capital e intereses, el pago se imputará primero a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital (art. 1595). Y es lógico que el pago se impute primero a los intereses, porque el capital los seguirá produciendo y ellos no. Si el deudor pudiera libremente imputar el pago que efectúa a capital, causaría un perjuicio injusto al acreedor que, sin recibirlos, dejaría de percibirlos;

2. Si hay diferentes deudas, el deudor pueda imputar a la que elija, con las siguientes limitaciones: a) no puede preferir la deuda no devengada a la que lo está, a menos que el acreedor lo consienta (art. 1596); y b) debe imputar el pago a la deuda que se alcanza a pagar en su integridad, ya que, en conformidad al artículo 1591, el acreedor no está obligado a aceptar pagos parciales;

3. Si el deudor no hace la imputación, podrá hacerla el acreedor, en la carta de pago o recibo, y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después (art. 1596);

4. Si ninguna de las partes hace la imputación, ésta la hace la ley: "se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere" (art. 1597).

13. PRUEBA DEL PAGO

De acuerdo al artículo 1698 del Código Civil, la prueba del pago corresponde al deudor. Para ello puede valerse de todos los medios de prueba legales, con las limitaciones que para la prueba de testigos establecen los artículos 1708 y 1709 del Código Civil. No podría, en consecuencia, acreditar por testigos el pago de una obligación superior a dos unidades tributarias.

Presunciones legales de pago

Para facilitar la prueba del pago, el Código establece diversas presunciones:

a) Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados (art. 1595 inc. 2º). Una presunción en el mismo sentido, encontramos en el artículo 17 de la ley 18.010 "Si el acreedor otorga recibo del capital, se presumen pagados los intereses y el reajuste en su caso".

b) En los pagos periódicos, la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor (art. 1570). En armonía con esta disposición, el art. 18 de la ley 18.010 establece que el recibo por los intereses correspondientes a tres períodos consecutivos de pago hace presumir que los anteriores han sido cubiertos. Lo mismo se aplica a los recibos por capital cuando éste se debe pagar en cuotas. Todo ello por cierto referido a las operaciones de crédito de dinero.

Estas presunciones son simplemente legales, por lo que se puede probar en contrario.

14. GASTOS DEL PAGO

De acuerdo al artículo 157l "los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales".

Esta regla sufre una excepción importante, en el caso del pago por consignación (art. 1604). Otra excepción, se encuentra en el artículo 2232, según el cual los gastos de transporte para la restitución del depósito, son de cargo del depositante (acreedor), lo que es lógico, pues es un contrato en que él es el único beneficiado.

15. EFECTOS DEL PAGO

El efecto propio del pago es extinguir la obligación. Este efecto no se produce en el caso en que el pago lo haga un tercero, pues entonces la obligación subsiste, con todos

los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas, entre ese tercero que paga y el deudor.

B.2 EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

1. CONCEPTO

Constituye una modalidad del pago, reglada en el párrafo 7º del Título XIV, artículos 1598 al 1607.

El pago es una convención, lo que significa que se perfecciona por el acuerdo de voluntades de deudor y el acreedor. Sin embargo, esta característica se altera en el pago por consignación. Ello se explica porque el deudor tiene el derecho a pagar, derecho que no podría ejercer si el acreedor se niega a aceptar el pago o no concurre a recibirlo o si existe incertidumbre acerca de la persona del acreedor. Por ello, el artículo 1598 expresa que "para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor, el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación".

2. CASOS EN QUE PROCEDE EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

El pago por consignación procede en tres casos:

a) Si existe negativa del acreedor a aceptarlo. Ello puede deberse a mala fe de éste para hacer incurrir al deudor en las responsabilidades del incumplimiento, pero también a que el acreedor no está de acuerdo con lo que pretende pagársele, ya sea porque no corresponde a lo debido o no cumple con alguno de los requisitos del pago, por ejemplo, no es un pago íntegro;

b) Si el acreedor no concurre a recibirlo en el lugar y momento que corresponda; y

c) Si existe incertidumbre acerca de la persona del acreedor. Esta situación que a primera vista pudiera aparecer curiosa, es muy corriente, en el caso, por ejemplo, en que el deudor haya fallecido y se ignore quiénes son sus herederos.

Lo que se viene diciendo lo establece el artículo 1599: "La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona".

3. FASES DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

En el pago por consignación se deben distinguir tres fases o etapas:

1. La oferta,
2. La consignación propiamente tal, y
3. La declaración de suficiencia del pago.

Las dos primeras etapas son extrajudiciales, en virtud de la modificación que introdujo a esta institución la ley 7825 del 30 de agosto de 1944. Así lo dice en forma expresa el artículo 160l inciso 3º: "No será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación". Y el inciso 4º reafirma esta idea, agregando que "en el pago por consignación no se admitirá gestión ni recurso judicial alguno del acreedor tendiente a obstaculizar la oferta, o la consignación. Por consiguiente, no se dará curso a ninguna oposición o solicitud del acreedor".

Como el pago por consignación no reviste el carácter de juicio, el poder para comparecer en litigio no habilita para intervenir en ella, sostiene el fallo de 22 de abril de 1963 (T. 60, sec. 2ª, p. 48)

3.1 La oferta

i. Concepto

La oferta es el acto por el cual el solvens manifiesta al acreedor su intención de pagar.

El artículo 1600, señala que "la consignación debe ser precedida de una oferta".

ii. Requisitos

Pueden ser de fondo o de forma y están contemplados en el artículo 1600.

ii.1 Requisitos de fondo de la oferta:

1. La oferta la debe hacer una persona capaz de pagar (art. 1600 Nº 1). No es necesario que sea el acreedor, puede ser cualquiera de las personas que indica el artículo 1572 (acreedor, terceros interesados, terceros no interesados).

2. Debe ser hecha al acreedor si es capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante (art. 1600 Nº 2).

Sin embargo, si el acreedor o su representante no tiene domicilio en el lugar en que deba efectuarse el pago, o no es habido, o hay incertidumbre acerca de la persona del acreedor, la oferta se hace al tesorero comunal respectivo quien se limitará a tomar conocimiento de ella (art. 1602). El tesorero comunal respectivo, no es el tesorero municipal, sino el funcionario de la Tesorería General de la República, que cumple las funciones de Tesorero en la comuna respectiva.

3. Si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, debe haber expirado el plazo o cumplido la condición. Sin embargo, si la obligación es a plazo la oferta podrá también hacerse en los dos últimos días hábiles del plazo. Así lo establece el articulo 1600 Nº 3. En relación con esto el artículo 1605 inciso 2º expresa que "Sin embargo, si se trata de una obligación a plazo o bajo condición, aceptada la consignación por el acreedor, o declarado suficiente el pago por resolución ejecutoriada, la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación, pero el deudor quedará obligado en todo caso al pago de los intereses que se deban y al cuidado de la cosa hasta la consignación".

De acuerdo a estas dos normas, cabe concluir que en el caso de las obligaciones a plazo la oferta se puede hacer desde los dos días hábiles anteriores al vencimiento del plazo hasta el día siguiente hábil al vencimiento del plazo.

La regla 3ª del art. 1600 no se preocupó de las obligaciones puras y simples, porque evidentemente la oferta en ellas puede hacerse en cualquier momento.

4. El pago se debe ofrecer en el lugar debido. Para saber cuál es este lugar, habrá que estarse a lo señalan los artículos 1587 al 1589 (art. 1600 Nº 4).

ii.2 Requisitos de forma de la oferta (art. 1600 Nros. 5 a 7):

1. La oferta se hace a través de un Notario o Receptor competente, sin previa orden del tribunal. Este es el único caso en que un Receptor puede actuar sin orden judicial. En las comunas en que no haya Notario puede hacer las veces de tal el Oficial del Registro Civil.

2. Para estos efectos el deudor debe poner en manos de este funcionario una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida. No es necesario la presentación material de la cosa ofrecida.

3. El Notario, Receptor u Oficial del Registro Civil, para realizar la oferta, hace un acta en que copia la minuta y que lee al acreedor. En esta acta deberá expresarse la respuesta del acreedor o de su representante, y si el uno o el otro la han firmado, rehusado firmarla, o declarado no saber o no poder firmar.

iii. Casos de excepción

Hay ciertas situaciones en que se alteran algunas o todas las reglas anteriores, hasta llegar a ser innecesaria la oferta misma. Así ocurre en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de ubicar al acreedor
2. Pagos periódicos de sumas de dinero
3. Demanda del acreedor
4. Letra de cambio

1. Imposibilidad de ubicar al acreedor

Dice el inc. 1º del art. 1602: "si el acreedor o su representante no tiene domicilio en el lugar en que deba efectuarse el pago, o no es habido, o hay incertidumbre acerca de la persona del acreedor, tendrá lugar lo dispuesto en los Nos. 1, 3, 4, 5 y 6 del art. 1600". Dicho de otra manera, no se aplica la regla 2ª del precepto, esto es, que la oferta se haga al acreedor, pues precisamente no es posible ubicarlo, ni la 7ª, esto es ,a la constancia en el acta de la respuesta del acreedor y del resultado de la oferta.

De acuerdo al inc. 2º del art. 1602 la oferta al acreedor se reemplaza haciéndola el ministro de fe encargado de ella al tesorero comunal respectivo, quien se limitará a tomar conocimiento de la misma. Hecho esto, el deudor queda en situación de efectuar la consignación.

2. Pagos periódicos de sumas de dinero

Si se trata del pago periódico de sumas de dinero que provengan de una misma obligación, para la primera deben cumplirse todos los trámites normales señalados, pero en las siguientes consignaciones ya no es necesaria la oferta, sino que se procede a efectuar aquéllas en la cuenta corriente del tribunal sin más trámite (art. 160l inc. 5º).

Por ejemplo, si se deben pensiones alimenticias con pagos mensuales, y el acreedor se niega a recibirlas o no puede ubicársele, para el primer pago por consignación el alimentante debe cumplir con todos los requisitos de la oferta, pero en los meses siguientes basta la consignación.

En materia de arriendo de predios urbanos el artículo 23 de la ley 18.101 dispone que "en caso de negativa del arrendador a recibir la renta de arrendamiento o a otorgar el correspondiente recibo al arrendatario que no deseare recurrir al procedimiento de pago por consignación establecido en el párrafo 7º del Título XIV del Libro IV del Código Civil, podrá depositar aquella en la Unidad del Servicio de Tesorerías que corresponda a la ubicación del inmueble, indicando el nombre, apellidos y la residencia del arrendador. Dicha unidad le otorgará el respectivo recibo y comunicará al arrendador, por carta certificada, la existencia del depósito. Este pago se considerará hecho al arrendador para todos los efectos legales, pero su suficiencia será calificada en el juicio que corresponda" (inc. 1º).

Agrega el inc. 2º que el hecho de que al arrendador retire el depósito de Tesorería no significa renuncia a sus derechos ni produce los efectos previstos en el inciso 3º del

artículo 1956 del Código Civil, esto es, no se produce la tácita reconducción o renovación tácita del arriendo.

3. Demanda del acreedor

De acuerdo al articulo 1600 inciso final: "si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 160l, sin necesidad de oferta previa...".

En consecuencia, no es necesaria la oferta y se procede lisa y llanamente a la consignación.

Como puede observarse, la excepción se refiere al caso en que esté planteada i) una demanda judicial en que se solicite el cumplimiento (en el juicio ejecutivo el deudor para liberar sus bienes del remate, puede, antes de verificarse éste, pagar la deuda y las costas -art. 490 del Código de Procedimiento Civil- pago que normalmente se va a hacer depositando los valores en la cuenta corriente del tribunal, o ii) se intente cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago. Esto último ocurrirá, por ejemplo, en el caso de la acción de resolución del contrato.

4. Letra de cambio

En el caso de las letras de cambio, el artículo 70 de la ley 18.092, obliga a los Notarios antes de estampar un protesto por falta de pago, a verificar en la Tesorería Comunal correspondiente, si se ha efectuado en ella algún depósito destinado al pago del documento siempre que en él se hubiere señalado la comuna correspondiente al lugar del pago. Ello nos está demostrando que si el día del vencimiento de una letra, nadie aparece cobrándola, su aceptante puede consignar sin más tramites, su valor en la correspondiente Tesorería, evitando de esa manera su protesto.

iv. Resultado de la oferta

Hecha la oferta pueden ocurrir dos cosas: a) que el acreedor la acepte, caso en que termina todo el procedimiento de pago por consignación; o b) que el acreedor rechace la oferta, o no sea habido o subsista la incertidumbre sobre quien es el acreedor, caso en que se pasa a la etapa siguiente: la consignación.

3.2 La consignación

i. Concepto

De acuerdo al art. 1599 "*la consignación es el depósito de la cosa que se debe*…"

Se refiere a ella el artículo 160l: "Si el acreedor o su representante se niega a recibir la cosa ofrecida, el deudor podrá consignarla en la cuenta bancaria del tribunal competente, o en la Tesorería comunal, o en un banco u oficina de la Caja Nacional de Ahorros (hoy Banco del Estado), de la Caja de Crédito Agrario (también hoy Banco del Estado), feria, martillo o almacén general de depósito del lugar en que deba hacerse el pago, según la naturaleza de la cosa ofrecida" (inc. 1º).

ii. Plazo para consignar

La ley no establece plazo para verificar el depósito o consignación. No tiene mayor importancia porque el pago sólo se va a entender realizado el día en que se efectúe la consignación. Así lo dispone el artículo 1605 inciso 1º: "El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación".

3.3 Declaración de suficiencia del pago

Hecha la consignación, el deudor debe pedir al juez competente (el de letras en lo civil del lugar en que deba verificarse el pago, art. 1601 inc. final), que ordene ponerla en conocimiento del acreedor, con intimación de recibir la cosa consignada. Con esta etapa ya se inicia una gestión judicial de naturaleza contenciosa (Abeliuk).

Se ha fallado que como el objeto de esta notificación es que el acreedor tome conocimiento de la consignación, no es necesaria notificación si concurre al tribunal y la acepta (T. 28, sec. 2º, p. 63; T. 32, sec. 1ª, p. 376).

El acreedor notificado puede adoptar dos actitudes:

a) aceptar la consignación, caso en que la obligación queda extinguida, por pago. Incluso, si estimare que lo que se le está pagando es inferior a lo que se le debe, puede aceptarla como pago parcial, y demandar el resto (T. 37, sec. 1ª, p. 549); o

b) rechazar el pago o no decir nada, caso en que se debe declarar la suficiencia del pago.

De acuerdo al articulo 1603 inciso 2º: "La suficiencia del pago por consignación será calificada en el juicio que corresponda promovido por el deudor o por el acreedor ante el tribunal que sea competente según las reglas generales".

En conformidad a esta norma, tanto el deudor como el acreedor pueden demandar la declaración de suficiencia del pago. Este juicio no tiene por qué ser un juicio cuyo objeto específico sea obtener esta declaración. El acreedor puede iniciar cualquier acción que se funde en el incumplimiento, como ser ejecución forzosa, resolución, etc. Ante tal demanda, el deudor opondrá la excepción de pago y para aceptarla o rechazarla el tribunal deberá calificar la consignación.

Sobre este punto, es importante precisar que lo corriente va a ser que demande el acreedor, en razón de lo establecido en el inciso 3º del artículo 1603 "sin embargo, si el acreedor no prueba, dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la fecha en que haya sido notificado de la consignación, la circunstancia de existir juicio en el cual deba calificarse la suficiencia del pago, el juez que ordenó dicha notificación lo declarará suficiente, a petición del deudor, y ordenará alzar las cauciones, sin más trámite. Las resoluciones que se dicten en virtud de este inciso serán apelables sólo en el efecto devolutivo". El inciso 4º agrega que "no obstante, el juez podrá prorrogar hasta por 30 días el plazo establecido en el inciso anterior si por causas ajenas a la voluntad del acreedor no ha sido posible notificar al deudor", como si éste está ausente del lugar del juicio.

- **Tribunal competente**

Se pide la declaración de suficiencia del pago al juez que sea competente de acuerdo a las reglas generales (art. 1603 inc. 2º). Nótese que no tiene por qué ser el mismo que ordenó la notificación de la consignación.

Esta regla sufre dos excepciones:

a) en el caso que se acaba de señalar, del artículo 1603 inc. 3º, en que va ser competente para hacer la declaración de suficiencia del pago, el que ordenó la notificación; y

b) en la situación contemplada en el artículo 1600 inciso final, es decir, cuando había un juicio que se podía enervar mediante el pago. En este caso la suficiencia debe calificarse en ese juicio.

4. EFECTOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

El pago por consignación produce los efectos normales de todo pago: extinguir la obligación. Así lo dice el artículo 1605: "El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación". Tales efectos nacen con la consignación misma, aunque la notificación y declaración de suficiencia sean posteriores. Agrega la norma, en su inciso 2º que "sin embargo, si se trata de una

obligación a plazo o bajo condición, aceptada la consignación por el acreedor, o declarado suficiente el pago por resolución ejecutoriada, la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación, pero el deudor quedará obligado en todo caso al pago de los intereses que se deban y al cuidado de la cosa hasta la consignación", basta entonces que la oferta se haga en la oportunidad señalada, sin importar si la consignación es posterior. Pero mientras ella no se efectúe, los intereses se devengan y el cuidado de la cosa es de cargo del deudor. De esta manera queda éste obligado a efectuarla efectivamente.

5. GASTOS DE LA CONSIGNACIÓN

Son de cargo del acreedor. Así lo dispone el artículo 1604: "Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor".

Y ello es lógico, porque es la negativa, no comparecencia o incertidumbre del acreedor las que obligaron al deudor a incurrir en los gastos de la oferta y consignación.

6. RETIRO DE LA CONSIGNACIÓN

Este aspecto está tratado en los artículos 1606 y 1607.

El primero señala que "mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la consignación y retirada, se mirará como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores".

Pero la consignación puede incluso retirarse con posterioridad a la extinción de la obligación, según expresa el artículo 1607 "Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello". O sea, si la obligación se ha extinguido por haber producido su efecto normal el pago por consignación, esto es, si el acreedor la ha aceptado o ella ha sido declarada suficiente por sentencia ejecutoriada, el deudor no puede retirarla sin el consentimiento del acreedor.

Ahora si acreedor y deudor consienten en el retiro de la consignación, "la obligación se mirará como del todo nueva", lo que es lógico, pues la anterior la extinguió el pago. Y por no ser la misma obligación los codeudores y fiadores no quedan obligados salvo que consientan en la nueva obligación, ni el acreedor conserva sus privilegios o hipotecas del crédito primitivo. Y si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo y su fecha será la del día de la nueva inscripción.

Esta situación se asemeja a la novación, pero es distinta, pues para que haya novación tiene que haber una obligación vigente anterior que se extingue por su intermedio -artículos 1628 y 1630- y aquí no la había porque la anterior ya estaba extinguida.

B.3 DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

1. CONCEPTO DE SUBROGACIÓN

En términos generales, la voz subrogación evoca la idea de substitución o reemplazo de una cosa por otra o de una persona por otra. De esa forma, la subrogación puede ser real o personal.

En la real, una cosa toma el lugar de otra, que se le reputa de su misma naturaleza y cualidades. Ejemplo claro de esta subrogación se encuentra en la sociedad conyugal, en los casos contemplados en el artículo 1733 del Código Civil. Otros ejemplos se encuentran en materia de pérdida de la cosa que se debe (art. 1672) y de seguros (art. 555 del Código de Comercio).

En la subrogación personal, una persona pasa a ocupar el lugar de otra, ocupa su sitio, pudiendo por ello ejercitar sus acciones y derechos. Así el heredero subroga al causante, sucediéndole en todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones transmisibles.

En el pago por subrogación, el tercero que paga una deuda ajena, pasa a ocupar el lugar del acreedor a quien paga. De esta manera se produce la situación particular de que no obstante la obligación estar pagada, ese pago no extingue el derecho de crédito el que se mantiene con sus derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas, en favor del tercero que paga, que pasa a ser su nuevo titular.

2. DEFINICIÓN DE SUBROGACIÓN

El artículo 1608 señala que "la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga". Se critica esta definición, porque la voz transmisión es propia de la sucesión por causa de muerte, para significar el traspaso del patrimonio del causante a sus herederos.

Sin embargo, no resulta tan impropio hablar en este caso de "transmisión", si se piensa que lo que el legislador ha querido significar es que el tercero que paga, queda, respecto del acreedor a quien paga, colocado en una situación análoga a la que se encuentra el heredero respecto del causante. Pasa a ocupar su lugar.

Otra crítica a la definición, y más fundada, es que no da una idea clara de la institución. Por eso es mejor definirla, en la forma que lo hace una antigua sentencia, como "una ficción legal en cuya virtud una obligación que debía considerarse extinguida por el

pago hecho por un tercero, queda, sin embargo, vigente, en poder de éste, el cual obra como si fuere la misma persona del acreedor" (T. 17, sec. 1ª, p. 542).

Abeliuk siguiendo esta misma idea expresa que "es una ficción jurídica, en virtud del cual cuando un tercero paga voluntariamente con dineros propios una obligación ajena, ésta se extingue entre el acreedor y deudor, pero subsiste teniendo por nuevo acreedor al que efectuó el pago".

La subrogación es una ficción pues la realidad es que si la obligación se paga, el efecto normal debiera ser su extinción, con sus privilegios, hipotecas, etc. Y sin embargo, por el hecho de ser pagada por un tercero con dineros propios, subsiste la misma obligación.

3. ACCIONES PARA RECUPERAR LO QUE PAGÓ

En efecto, va a tener el mismo crédito del acreedor a quien pagó, con sus acciones, garantías y privilegios. Pero también podrá hacer uso de las acciones que deriven de la vinculación que él pueda tener con el deudor. Así por ejemplo, podría ser fiador, y tendrá las acciones de la fianza; si paga con el consentimiento del deudor, será su mandatario y tendrá las acciones propias del mandato; si paga sin la voluntad del deudor, será su agente oficioso, y tendrá las acciones que en tal carácter le competen, etc.

Ejercerá, por ejemplo, la personal propia si es ella la que goza de garantías, y no el crédito en que se ha subrogado. O si, como la subrogación no interrumpe ni afecta la prescripción que está corriendo, está prescrita la obligación que pagó y vigente, en cambio, la acción personal. O si el crédito directo contra el deudor (si es mandatario suyo, le prestó el dinero para el pago, etc.) devenga intereses, y el que adquiere por subrogación no los produce o son de menor tasa, etc.

En las situaciones inversas, especialmente si el crédito que adquiere por subrogación está garantizado, le será conveniente asilarse en la subrogación.

4. CLASES DE SUBROGACIÓN

El artículo 1609, distingue entre subrogación legal y convencional: "se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor". La subrogación legal y convencional si bien tienen diferencia en cuanto a su origen y forma de constituirse, al tenor del art. 1612 producen los mismos efectos.

4.1 Subrogación legal

Opera por el sólo ministerio de la ley. Así lo dice al artículo 1610, "se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio...".

Como opera por el sólo ministerio de la ley, es consensual.

El artículo 1610, contempla 6 casos. La norma no es taxativa, como lo demuestra la expresión "especialmente" de que se vale la disposición. Y así, pueden mencionarse otros casos, como el del tercer poseedor de la finca hipotecada que paga la hipoteca (artículos 2429 y 2430); el del legatario que paga la hipoteca con que la cosa legada estaba gravada (artículo 1366); el del que paga por error una deuda ajena (artículo 2295 inc. 2º), el que para recuperar lo pagado, puede intentar contra el deudor las acciones del acreedor; el contemplado en el artículo 1965, en que los acreedores del arrendador de la cosa arrendada, pasan a subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendador, etc. Fuera del Código, el art. 87 de la Ley 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés, subroga en todos los derechos del portador al tercero extraño a la letra que le paga.

- Casos de subrogación del artículo 1610

Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio de:

1º Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca.

En este caso concurren los tres actores típicos del pago por subrogación: el deudor, el acreedor y un tercero que paga. La particularidad es que este tercero que paga no es un tercero cualquiera, sino un tercero muy especial, pues es también acreedor del mismo deudor, pero su derecho es de rango inferior al del acreedor pagado, en razón de un privilegio o hipoteca de que goza el crédito de este último.

La ley no ha colocado a todos los créditos en un mismo rango. Atendiendo a la naturaleza de ellos, ha establecido un orden de prelación que determina que unos acreedores se paguen antes que otros. Así, por ejemplo, el Fisco, por los impuestos de retención y recargo adeudados tiene un crédito privilegiado; lo mismo los trabajadores por sus remuneraciones. Las causas de preferencia son el privilegio y la hipoteca, artículos 2469 y 2470. Hay 5 clases de créditos, siendo los de quinta clase los llamados valistas o quirografarios que se pagan al final. Ahora dentro de cada categoría, también hay preferencias. Así, por ejemplo, los acreedores hipotecarios, se pagarán según el orden de las fechas de sus hipotecas (art. 2477) (se atiende al orden de su inscripción, art. 2410).

En el caso del Nº 1 del art. 1610 el tercero que paga es también acreedor del deudor, y paga a otro acreedor de mejor derecho. El mejor derecho de este último derivará de que su crédito goce de preferencia, en virtud de un privilegio o hipoteca.

¿Qué utilidad tendría esta subrogación para el tercero que paga?. La explicación que se da es que de esa forma puede evitar que el acreedor de mejor derecho haga efectivo su crédito, lo que podría perjudicarlo, si rematado el bien, no alcanzare para satisfacer ambos créditos. La situación se ve clara si se piensa en dos acreedores hipotecarios. El de grado más bajo paga al de grado más alto con el objeto de impedir el remate del inmueble hipotecado; por razones de mercado o de otra índole, es posible que no sea el momento comercialmente apropiado. Con ello se pone a cubierto del riesgo de que lo obtenido en la subasta no alcance para pagar su crédito, quedando satisfecho únicamente el acreedor preferente.

Requisitos para que estemos en este caso:

a) que el pago lo haga otro acreedor, no un tercero cualquiera. A raíz de la subrogación, este acreedor va a gozar de dos créditos contra el mismo deudor: el suyo y aquel en que se ha subrogado por el pago efectuado a otro acreedor;

b) que el pago se haga a un acreedor de mejor derecho, en virtud de un privilegio o hipoteca.

En relación con este caso, se plantea el problema de determinar si el acreedor que paga el crédito hipotecario, debe practicar una nueva inscripción de la hipoteca, a su nombre. La respuesta generalmente aceptada es que no se hace de ese modo, pues, si se practicara una nueva inscripción, la hipoteca ya no sería la misma sino otra, que al ser más nueva, sería de menor grado. Y no es eso lo que ocurre en la subrogación, pues en conformidad al artículo 1612, el crédito pasa del acreedor al tercero que paga, con "sus hipotecas". Además, el art. 1612 no exige inscripción y el carácter accesorio de la hipoteca explica la no exigencia de formalidad alguna. Luego no es necesario de nueva inscripción, bastando a lo sumo, con practicar una anotación el margen de la inscripción hipotecaria. En este sentido Manuel Somarriva, Arturo Alessandri, David Stitchkin, Luis Claro Solar, René Abeliuk.

2º Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado

En este caso la subrogación opera en favor del comprador de un inmueble hipotecado. Si la adquisición ha sido hecha en virtud de otro título distinto al de compra, no estamos en la situación regulada por el artículo 1610 Nº 2 (Alessandri, Claro Solar, Abeliuk, Stitchkin).

La utilidad de esta norma se va a producir respecto del que compra un inmueble gravado con varias hipotecas.

A compra en $ 150.000 una finca gravada con tres hipotecas por $ 100.000 a favor de B, por $ 50.000 a favor de C y por $ 100.000 a favor de D. Aplicado el precio al pago de las hipotecas, sólo se satisfacen B y C; subsistirá la hipoteca de D, a menos que la venta se haga en pública subasta a la que haya sido oportunamente citado (purga de la hipoteca).

¿De qué sirve que A se subrogue en los derechos de B y C y se convierta en acreedor hipotecario de su propia finca? De nada sirve, en efecto, a menos que D le persiga para hacer efectiva la hipoteca que garantiza su crédito insoluto. La utilidad de la subrogación se hará patente porque el producto de la realización de la finca, verificada a instancias de D, se reembolsará preferentemente a A de lo que pagó a B y C.

Supóngase que el inmueble, por iniciativa de D, se vende en $ 160.000; el precio servirá, en primer lugar, para reembolsar a A los $ 150.000 que pagó; el saldo de $ 10.000 será para D.

De este modo, el comprador pierde el inmueble, pero no el dinero que pagó.

- Utilidad del artículo 1610 Nº 2 en el caso de la purga de la hipoteca

La situación que estamos estudiando pasa a tener mucha importancia -para Abeliuk la mayor- en el caso en que se subasta una finca gravada con varias hipotecas, y en que respecto de un acreedor hipotecario no se produce la purga por no haber sido debidamente emplazado. Según la generalidad de la doctrina nacional, cabe aplicar el artículo 1610 Nº 2.

¿Que significa la purga de la hipoteca? Cuando un predio está gravado con varias hipotecas, y uno de los acreedores hipotecarios, haciendo efectivo su derecho real de hipoteca, lo saca a remate, debe notificar personalmente a todos los otros acreedores hipotecarios, con el objeto que dentro del término de emplazamiento (que se ha entendido que es el del juicio ordinario) hagan valer sus derechos. Pues bien, si cumplidos estos trámites se subasta la finca hipotecada, y el resultado del remate no es suficiente para pagar a todos los acreedores hipotecarios, se pagarán las hipotecas que alcancen, y respecto de los que no alcancen, se entenderán extinguidas por el modo de extinguir "purga de la hipoteca". De esa forma el que subasta la finca, la va a adquirir libre de hipotecas. Así lo establece el artículo 2428 inciso 2.

Ahora bien, puede ocurrir que uno de los acreedores hipotecarios no hubiere sido notificado. Imaginémonos que el predio tenía cuatro hipotecas y no se citó al titular de la tercera hipoteca. Producido el remate, este tercer acreedor hipotecario, mantiene su

hipoteca (la subasta no es nula, le es inoponible) por lo que, haciendo uso de su derecho puede perseguir la finca y sacarla nuevamente a remate.

¿Significa que por el hecho de no haber sido notificado para el primer remate, su derecho ha mejorado pasando a tener la calidad de primer (y único) acreedor hipotecario?. No es así, porque, para estos efectos, la primera y segunda hipoteca reviven en el comprador que adquirió el bien en la primera subasta, quien pasa a ocupar el lugar de los acreedores hipotecarios pagados en ella. Lo anterior significa que si lo obtenido en el nuevo remate no alcanza sino para pagar las dos primeras hipotecas, el tercer acreedor hipotecario no se va a pagar. Su hipoteca se extinguió por el modo de extinguir "purga de la hipoteca".

- Subrogación del tercer poseedor de la finca hipotecada

Según algunos, este es un caso de subrogación que no está establecido en el artículo 1610 Nº 2, pero que resulta oportuno tratarlo ahora, por la relación que tiene con la materia que estamos estudiando.

Es tercer poseedor de la finca hipotecada la persona que cumple dos requisitos: a) no ser deudor personal de la deuda garantizada con hipoteca; y b) ser el poseedor (normalmente el dueño) de la finca hipotecada.

Estos requisitos se cumplen respecto: a) del propietario de un inmueble que lo da en hipoteca para garantizar una deuda ajena y b) del que adquiere una finca que está gravada con hipoteca.

Pues bien, si el deudor de la obligación garantizada con hipoteca no paga, el acreedor hipotecario va a perseguir la finca en poder de quien se encuentre (consecuencia de ser el derecho de hipoteca un derecho real). En este caso, deberá notificar al tercero poseedor de la finca hipotecada (no porque éste deba, porque nada debe ya que él no es deudor personal), sino con el objeto de que pague la deuda o abandone la finca. Si paga, se va a subrogar en el derecho del acreedor hipotecario a quien paga. Así lo establece el artículo 2429 inc. 2º para el caso del que adquiere una finca que está gravada con hipoteca, señalando que "se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador", y el art. 2430 inc. 2º para el caso del propietario de un inmueble que lo da en hipoteca para garantizar una deuda ajena.

Según Abeliuk el que adquiere una finca que está gravada con hipoteca y paga, queda comprendido, además, en el Nº 2 del art. 1610. Señala este autor: "Se sostiene que el tercer poseedor que es comprador y se ve obligado al pago de la hipoteca queda incluido en el art. 1610 Nº 2, por lo que el art. 2429 sería una mera repetición suya. En todo caso éste es más amplio, pues comprende no sólo el caso de la compraventa, sino también cualquier título de adquisición. A la inversa, el art. 2429 no incluye el caso en que el comprador ha pagado alguna hipoteca y es privado del dominio…, especialmente

el de la adquisición en pública subasta, habiéndose omitido citar a un acreedor. Ambos preceptos tienen entonces un campo de aplicación común, y uno separado".

3º Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente

El codeudor solidario que paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, para dirigirse en contra de sus codeudores, pero respecto de cada uno sólo por su cuota (artículo 1522).

En el caso del fiador que paga, pasa a subrogarse en los derechos del acreedor a quien paga, pudiendo dirigirse en contra del deudor principal, con la misma acción que tenía el acreedor a quien pagó (art. 1610 Nº 3); o bien, puede hacer uso de la acción de reembolso que le corresponde como fiador (art. 2370).

4º Del heredero beneficiario que paga con sus propios dineros las deudas de la herencia

Heredero beneficiario es el que goza del beneficio de inventario, que según el artículo 1247, "consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado".

En virtud de la subrogación legal, no es obligación que el pago lo efectúe materialmente el heredero con los bienes hereditarios o el producto de la enajenación voluntaria o forzada de ellos. Puede hacerlo con su propio dinero y quedarse con los bienes hereditarios, en virtud de la subrogación legal que establece el art. 1610 Nº 4.

Por ejemplo, el único bien hereditario es una casa de valor de $ 100.000 y hay un pasivo hereditario de $ 200.000. Si el heredero beneficiario paga con su propio dinero los $ 100.000 en vez de hacerlo con la casa, o el producto de la venta de ésta, los acreedores impagos no podrán hacer efectivos sus créditos en ella, porque, el heredero beneficiario se subrogó al acreedor a quien pagó con fondos propios. Agotó su responsabilidad y ya no tiene más obligación.

5º Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor

Este caso ya se analizó al estudiar quienes podían hacer el pago, y señalamos entonces, que si lo hace un tercero ajeno, con el consentimiento expreso o tácito del deudor, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga (artículo 1610 Nº 5º).

En tal situación, como lo vimos, este tercero tiene además de la acción subrogatoria, la acción propia del mandato, pues al pagar con el consentimiento expreso o tácito del deudor, pasa a ser un mandatario de éste.

6º Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero

Este caso se diferencia de los anteriores, en que quien se subroga no es el que pagó una deuda ajena, sino quien le prestó dinero al deudor para que pagara la deuda. Y, además, es un caso de subrogación legal solemne. Este caso es llamado por los franceses "subrogación consentida por el deudor", y lo clasifican como subrogación convencional. En Chile, es un caso de subrogación legal, porque así lo establece el art. 1610 Nº 6.

Intervienen el acreedor, el deudor y el tercero que presta el dinero para el pago y que es quien se subroga en los derechos del acreedor pagado.

Para que opere este caso de subrogación deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Que el tercero preste dineros al deudor para que pague;

2. Que el deudor pague la deuda con ese mismo dinero;

3. Que el mutuo se otorgue por escritura pública, en que se exprese que el mutuo se otorga para pagar la deuda; y

4. Que se deje constancia del pago en una escritura pública donde se exprese que éste se hace con los dineros que el deudor obtuvo del préstamo.

Cumpliéndose estos requisitos, quien facilitó el dinero gozará de dos acciones: la subrogatoria, y la proveniente del mutuo que efectuó al deudor.

Si la deuda estaba garantizada con hipoteca, al producirse la subrogación, esta hipoteca va a quedar garantizando el mutuo, lo que es indudablemente ventajoso para quien presta el dinero.

El legislador contempla este caso de subrogación legal para facilitar al deudor el pago de sus deudas, ya que a éste, por tener comprometido su crédito, le puede ser difícil obtener el préstamo que necesita para hacerlo. Lo consigue entones ofreciendo las mismas garantías del crédito que debe pagar, lo que da seguridad al prestamista y le permite efectuar una buena inversión. Pero como teme un posible fraude a los acreedores, toma las precauciones señaladas.

Aun cuando del artículo 1610 Nº 6º, parece desprenderse que las escrituras públicas son necesariamente dos, toda esta operación se puede hacer en una sola, cumpliéndose con los requisitos ya vistos, antes por el contrario, así no queda duda que el pago se hizo con el mismo dinero (Alessandri, Stitchkin).

4.2 Subrogación convencional

i. Concepto

Está tratada en el artículo 1611: "Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor; cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor: la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago".

La subrogación convencional opera entonces mediante un acuerdo entre el acreedor pagado y el tercero que le paga. El deudor no interviene en este acuerdo. Como dice Claro Solar: "el objeto principal de la subrogación es un pago, y el deudor no tiene que intervenir en el pago que efectúa un tercer extraño a la deuda y que puede pagar aun contra de la voluntad del deudor".

La subrogación convencional es poco frecuente y ha sido desplazada por la cesión de créditos, a la cual se parece.

ii. Requisitos de la subrogación convencional

Los requisitos de la subrogación convencional son los siguientes:

1. Que un tercero no interesado pague una deuda ajena. Así lo dice el art. 1611. Es obvio que tiene que ser un tercero no interesado, porque si tuviera interés, estaríamos en el caso de la subrogación legal del Nº 3 del art. 1610.

2. Que pague sin voluntad del deudor pues, en caso contrario, se configuraría la situación de subrogación legal del Nº 5 del artículo 1610.

3. Consentimiento del acreedor. Es lo que caracteriza la subrogación convencional y la distingue de la legal; se requiere la voluntad del acreedor, mientras esta última opera aun en contra de ella. En relación con este punto, cabe preguntarse si todos los que pueden recibir el pago (recuérdese el artículo 1576), pueden hacer la subrogación. Claro Solar responde que ello es así cuando la facultad de recibir el pago deriva de un poder de administración (ej. el curador que administra los bienes del pupilo), pero no ocurre lo mismo en el caso del mandatario especial o con el simple diputado para recibir el pago. Según Laurent el mandato para recibir el pago no da derecho para subrogar.

4. Que la subrogación se haga en forma expresa. No basta una manifestación tácita de voluntad. Lo anterior, dice Claro Solar, constituye una excepción a los principios generales. Es claro que tiene que haber una declaración expresa desde el momento que el art. 1611, exige hacerla en la carta de pago. Sin embargo, no se requiere de términos sacramentales, ni que se precisen los efectos de la subrogación, porque éstos los establece la ley.

5. Que conste en la carta de pago o recibo. Esto implica que se va a hacer en el momento mismo en que se recibe el pago. Si no se hace en esa oportunidad, como la obligación se extingue con el pago, no habría derecho ni acción que subrogar, pues las que habían se habrían extinguido con el pago.

La carta de pago o recibo, puede constar en instrumento público o privado. La ley no exige solemnidad especial. Se ha fallado que en el caso de pagos parciales la subrogación tiene que efectuarse en cada uno de los recibos y no en la escritura de cancelación final (T. 33, sec. 1ª, p. 177).

6. Que se sujete a las reglas de la cesión de derechos. Nótese que el artículo 1611 no dice que la subrogación convencional sea una cesión de derechos, sino que se sujeta a las mismas reglas de la cesión de derechos. Ello, en buen romance, significa que el acreedor tiene que entregar el título de la deuda al tercero que paga y que para que la subrogación sea oponible al deudor y a terceros, se debe notificar al deudor o éste debe aceptarla. Se aplica la regla del artículo 1902.

Lo anterior quiere decir que mientras no se cumpla con estas exigencias, si el deudor paga al primitivo acreedor, el pago está bien hecho. Significa también que los acreedores del primitivo acreedor, pueden embargar ese crédito. Así lo dice el artículo 1905.

5. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN

Los efectos de la subrogación legal o convencional son los mismos y son los indicados en el artículo 1612: "La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda". Y el inciso 2º agrega: "Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito"

Luego, se traspasan al tercero que paga todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra los codeudores solidarios o subsidiarios. Todo esto se puede resumir diciendo que el crédito y la obligación correlativa permanece igual, con la única salvedad que el lugar que ocupaba antes del acreedor, lo ocupa ahora el tercero que pagó.

Lo anterior significa, entre otras cosas, las siguientes:

a) Que si la obligación era mercantil, conserva esa naturaleza;

b) Si la obligación estaba caucionada (hipoteca, prenda, etc.), éstas se mantienen garantizando el mismo crédito que ahora tiene otro acreedor.

c) Que los títulos ejecutivos en favor del acreedor original, se mantienen respecto del tercero que paga, que podrá usarlos en su beneficio. Para demandar ejecutivamente acompañará el título y el recibo de pago, que es el documento que lo legitima para demandar (Abeliuk).

d) Si la obligación generaba intereses éstos seguirán devengándose;

e) Si la obligación estaba sujeta a plazo, el tercero que paga no podrá cobrar antes de que éste se cumpla;

f) Dice Abeliuk que "el tercero que paga queda colocado en la misma situación jurídica del acreedor primitivo, o sea, pasa a tener la calidad de contratante, lo que -agrega-. tiene gran importancia en los contratos bilaterales, pues le permitiría deducir la acción resolutoria en caso de incumplimiento, tal como podría hacerlo el accipiens".

g) ¿Se traspasan los derechos concedidos en razón a la persona del acreedor?. Ejemplo: se ha fallado que el tercero que paga a la Caja de Crédito Hipotecario (hoy Banco del Estado) y que se subroga en sus derechos no puede cobrar el interés del 2% mensual que esa institución está por ley autorizado a cobrar (T. 16, sec. 1ª, p. 62). Esta doctrina fue confirmada por la Corte Suprema en sentencia publicada en el T. 23, sec. 1ª, p. 25. Según ella, entonces, ciertos derechos y privilegios especiales establecidos en consideración a la persona del acreedor no pueden cederse, como ocurre con esta autorización especial que la ley de 29 de agosto de 1855, otorgó a la Caja de Crédito Hipotecario para cobrar un interés penal superior al permitido a cualquier otra persona o institución.

Claro Solar afirma que esta interpretación de la Corte Suprema es "caprichosa y carece de fundamentos". Se funda en que el artículo 1612 señala que se traspasan los privilegios, sin hacer ninguna distinción. Por otra parte, el artículo 2470 al tratar de los privilegios señala que "estas causas de preferencia (el privilegio y la hipoteca) son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación, o de otra manera". Agrega Claro Solar, que la facultad que la ley dio a la Caja de Crédito Hipotecario de cobrar intereses penales más altos, no es personalísima.

No hay duda que la Corte Suprema con este fallo lo que quiso fue evitar que terceros pagaran estos créditos a la Caja de Crédito Hipotecario, con el objeto de poder cobrar intereses superiores al máximo permitido a un particular cualquiera.

Somarriva, en cambio, comenta favorablemente el fallo, señalando que le aparece ajustado a ley. Expresa que "del hecho de que el art. 1906 del Código Civil, al hablar de los efectos de la cesión de crédito, diga que no se traspasan al cesionario las excepciones personales del cedente, no se puede deducir que lo contrario acontezca en la subrogación". Y agrega que "es un error exagerar en demasía la ficción de la subrogación, en cuya virtud se dice que el subrogante entra a reemplazar al subrogado como si fuera la misma persona. Las ventajas puramente personales del acreedor primitivo no pueden pasar el nuevo acreedor". El asunto es bien discutible, y hay una sentencia posterior, de la Corte de Temuco, en sentido contrario (T. 35, sec. 2º, p. 68).

h) En cuanto a los plazos de prescripción, la subrogación no altera los plazos de prescripción que estuvieren corriendo. El plazo se cuenta desde que la obligación se hace exigible (art. 2514 inc. 2º), y no desde que opera la subrogación.

i) Si la subrogación es parcial, el tercero que paga gozará de todos los derechos, acciones, privilegios, etc., en proporción a lo que ha pagado, pero en todo caso, tendrá preferencia para el pago de la parte que se le adeuda el acreedor primitivo (art. 1612 inc. 2º). Y así, por ejemplo, si el crédito era por $ 100.000, y el tercero pagó la mitad, sólo por $ 50.000, se subroga contra el deudor, y el accipiens conserva su crédito por los restantes $ 50.000, y aún más, los cobrará con preferencia al tercero. Es esta la principal diferencia entre la subrogación y la cesión de créditos; ésta es un negocio jurídico, de manera que bien puede en el ejemplo el acreedor vender su crédito por $ 50.000, y el cesionario, quien efectúa una operación especulativa, adquirirá, salvo estipulación en contrario, todo el crédito y podrá cobrar al deudor el total de la obligación; en cambio, la subrogación no es un negocio especulativo, deriva de un pago y si éste no es total, no ha extinguido respecto del acreedor el crédito, sino hasta el monto de lo solucionado.

6. PARALELO ENTRE EL PAGO CON SUBROGACIÓN Y OTRAS INSTITUCIONES SIMILARES.

6.1 Pago con subrogación y pago efectivo.

Según se ha visto, el pago efectivo extingue la obligación *erga omnes*, de manera absoluta, poniendo término real y efectivamente la obligación. El derecho de reembolso del tercero que paga sin conocimiento del deudor no constituye una excepción a lo anterior, sino que surge del cuasicontrato de agencia oficiosa.

Por su parte, el pago con subrogación extingue la obligación de manera relativa, sólo respecto del acreedor, continuando vigente entre el deudor y el subrogado. Es decir, la obligación no se extingue realmente, sino que sólo cambia de acreedor.

6.2 Pago con subrogación y novación.

En la novación por cambio de acreedor la obligación entre el nuevo acreedor y el deudor es distinta a la que existía con el acreedor primitivo; es decir, varía el acreedor y la obligación.

En cambio, en el pago con subrogación varía el acreedor y no la obligación, que subsiste.

6.3 Pago con subrogación y cesión de créditos.

Semejanza existe entre la subrogación y la cesión de créditos, y ella es más notoria en la convencional, que debe cumplir sus mismos requisitos. Pero, en la primera hay pago, y en la segunda un negocio jurídico; en consecuencia, en la subrogación, si no se paga todo el crédito, ella es parcial, mientras que en la cesión de créditos, su título incluso puede ser una donación.

En otras palabras, estas instituciones se asemejan porque en ambas: (i) hay cambio de acreedor y subsiste la obligación; (ii) se adquiere el crédito con sus accesorios y privilegios; (iii) la subrogación convencional se sujeta a las reglas de la cesión de créditos.

En particular, las diferencias principales son las siguientes: (a) el cesionario tiene derechos y acciones que se le han cedido, pero el subrogado tiene además aquellas que le son propias (por mandato, agencia oficiosa, fianza, etc); (b) la cesión es siempre solemne, mientras que la subrogación únicamente lo es cuando es convencional y en el caso del art. 1610 Nº 6; (c) la cesión supone siempre un acuerdo de voluntades con el acreedor, cosa que no ocurre en la subrogación, salvo que sea convencional; (d) en la cesión parcial cedente y cesionario se encuentran en igual posición, cosa que no ocurre en la subrogación parcial, en la cual el acreedor tiene preferencia; (e) mientras el cesionario tiene acción de garantía por no existir el crédito, el subrogado sólo tiene acción de pago de lo no debido.

B.4 PAGO CON CESIÓN DE BIENES O POR ACCIÓN EJECUTIVA DEL ACREEDOR O ACREEDORES

Esta materia está tratada en el párrafo 9º del Título XIV del Libro IV, artículos 1614 al 1624.

Dentro de este párrafo hay dos materias diferentes: a) El pago por cesión de bienes; y b) El pago por acción ejecutiva.

1. EL PAGO POR ACCIÓN EJECUTIVA.

Respecto de la última, ya nos referimos a ella al tratar de la ejecución forzada. Entonces expresamos que si la deuda consta en un título ejecutivo, es decir un instrumento que lleva aparejada ejecución, y la acción ejecutiva no se encuentra prescrita y se trata de una deuda líquida y actualmente exigible, el acreedor intentará la acción ejecutiva, solicitando de inmediato se despache mandamiento de ejecución y embargo. Producido el embargo el deudor no pierde la propiedad del bien sino únicamente su administración que pasa a un depositario. Mientras el bien esté embargado no puede enajenarse pues de hacerse la enajenación adolecería de objeto ilícito (art. 1464 Nº 3).

En definitiva si la demanda ejecutiva se acoge el bien será subastado y con el producto del remate se pagarán los acreedores.

2. DEL PAGO POR CESIÓN DE BIENES

Cuando el deudor no está en situación de poder cumplir sus obligaciones, puede hacer dos cosas: o esperar a que lo ejecuten o adelantarse a la ejecución haciendo cesión de sus bienes a sus acreedores.

Esta institución tenía gran utilidad antes de que se derogara la prisión por deudas, pues era la forma de evitar la cárcel. Hoy esta materia está regulada en los artículos 1614 y siguientes del Código Civil y en el Título XV de la Ley de Quiebras.

2.1 Concepto

Consiste en el abandono voluntario que el deudor hace de todos sus bienes a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas. Así lo señala el artículo 1614.

2.2 Características

1. Es un derecho personalísimo del deudor. Así se desprende del art. 1623: "la cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario";

2. Es un beneficio irrenunciable. Así aparece del artículo 1615:"Esta cesión de bienes será admitida por el juez con conocimiento de causa y el deudor podrá implorarla no obstante cualquier estipulación en contrario";

3. Es universal porque comprende todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excluidos únicamente los no embargables (artículo 1618).

2.3 Requisitos

Los requisitos para que opere la cesión de bienes son los siguientes:

1. Que se trate de un deudor no comerciante. Así lo establece el articulo 241 de la Ley de quiebras: "El deudor no comprendido en el artículo 41, podrá hacer cesión de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, cuando no se encuentre en alguno de los casos enumerados en el artículo 43 de esta ley, en cuanto le sean aplicables. El artículo 41 se refiere al deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola;

2. Que el deudor no se encuentra en alguno de los casos enumerados en el artículo 43 de la Ley de Quiebras, en cuanto le fueren aplicables. Si el deudor se encuentra en algunos de esos casos, no tiene el beneficio pues se podrá solicitar su quiebra;

3. Que el deudor civil se encuentre en insolvencia, esto es, que su pasivo sea superior a su activo; y

4. Que este estado de insolvencia no se deba a hecho o culpa del deudor, sino que sea fortuito. El artículo 1616 establece que "para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores lo exija".

2.4 Procedimiento

Este beneficio se tramita en un procedimiento judicial seguido entre el deudor y sus acreedores, que está reglamentado en la Ley de Quiebras, y que es distinto según la cesión se haga a un sólo acreedor o a varios acreedores.

Esta materia se tramita judicialmente, porque si bien la regla es que el o los acreedores estén obligados a aceptar la cesión de bienes (art. 1617 primera parte), pueden oponerse fundados en que el deudor se encuentra en alguno de los casos de excepción que indica el mismo artículo 1617: "1.- Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado, como propios, bienes ajenos a sabiendas; 2.- Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta, 3.- Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores; 4.- Si ha dilapidado sus bienes; 5.- Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores".

2.5 Efectos del pago por cesión de bienes

1. La cesión de bienes no importa que el deudor enajene sus bienes a sus acreedores, sino sólo queda privado de la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos. Así lo dice el artículo 1619 inciso final.

Consecuencia de lo anterior es que el deudor puede arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos, y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores" (artículo 1620).

2. Respecto a la administración de estos bienes, si el deudor tiene un solo acreedor "podrá el acreedor dejar al deudor la administración de los bienes y hacer con él los arreglos que estime convenientes" (art. 244 de Ley de Quiebras). Si los acreedores son varios, los bienes pasan a ser administrados por el Síndico (art. 246 Nº 1de la Ley de Quiebras).

3. Si el deudor después que hace cesión de bienes los enajena, tales enajenaciones adolecen de nulidad absoluta, según el artículo 2467 y artículo 253 de la Ley de Quiebras.

4. Los actos anteriores a la cesión de bienes, son atacable por la acción pauliana. Así lo señala el art. 2468 y lo reitera el art. 253 de la Ley de Quiebras.

5. Los pagos hechos al deudor que ha hecho cesión, son nulos (art. 1578 Nº 3).

6. Se produce la caducidad de los plazos (art. 1496 Nº 1).

7. Cesan los apremios personales (art. 1619 Nº 1). Esto tenía vigencia cuando existía la prisión por deudas. Hoy no tiene aplicación.

8. Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos (1619 Nº 2), y

9. Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, es obligado a completar el pago de éstos" (art. 1619 Nº 3). Esta obligación prescribirá en el plazo de 5 años contados desde que se haya aceptado la cesión" (art. 254 de la Ley de Quiebras).

2.6 Extinción de la cesión de bienes

Se extingue la cesión de bienes en los siguientes casos:
1. Si el deudor paga a los acreedores (1620);
2. Por la sentencia de grados que determina el orden que deben pagarse los diferentes acreedores;
3. Por el sobreseimiento definitivo o temporal del deudor, y
4. Por convenio. Respecto de esta última causal, el artículo 1621 establece que "hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consientan la mayoría de los acreedores concurrentes".

B.5 PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

1. CONCEPTO

Trata de esta modalidad del pago, el párrafo 10 del Título XIV del Libro IV, artículos 1625 al 1627.

Según el artículo 1625 "Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna".

Como se puede ver, la finalidad de esta institución es no dejar al deudor en la absoluta indigencia.

2. PERSONAS QUE PUEDEN DEMANDAR ESTE BENEFICIO

El artículo 1626, señala las personas a quienes el acreedor está obligado a conceder este beneficio:

1º "a sus descendientes o ascendientes; no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación;

2º a su cónyuge; no estando divorciado por su culpa;

3º a sus hermanos; con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes;

4º a sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;

5º al donante; pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida;

6º al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión, pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo".

3. CARACTERÍSTICAS

1. Es un beneficio personalísimo concedido por la ley al deudor. Consecuencia de ello es que no puede renunciarse, transferirse, trasmitirse ni perderse por prescripción;

2. Puede oponerse en cualquier momento como excepción. Dentro del juicio ejecutivo se planteará mediante la excepción del artículo 464 Nº 7 del Código de Procedimiento Civil;

3. Tiene carácter alimenticio. Por ello "no se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo. El deudor elegirá" (art. 1627).

C. LA DACIÓN EN PAGO

1. CONCEPTO

Las partes contratantes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden convenir que la obligación se extinga pagando el deudor con una cosa distinta de la debida. El artículo 1569 inciso 2º señala que "el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida". "No podrá ser obligado...", dice esta disposición, de donde se infiere, contrario sensu, que si el acreedor está de acuerdo, pueda recibir en pago una cosa distinta de la debida. Y eso es, justamente, lo que se denomina "dación en pago".

Según Abeliuk la dación en pago consiste en que por un acuerdo del acreedor y deudor la obligación se cumpla con un objeto distinto al debido. Por ejemplo, el deudor debe al acreedor la suma de $ 30.000, y acuerdan que la obligación quede extinguida dándole el primero al segundo en pago de ella un automóvil. Queda extinguida la deuda de $ 30.000 con la entrega del vehículo.

Somarriva expresa que "de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, podría decirse que la datio en solutum o dación en pago es un modo de extinguir obligaciones que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a un acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido". Y agrega "para ello se requiere del consentimiento del acreedor, a diferencia del pago efectivo, que puede ser contra su voluntad".

2. REGULACIÓN

La dación en pago es un modo de extinguir las obligaciones que no está indicado en la enumeración del artículo 1567 ni ha sido reglamentado específicamente en la ley.

Sin embargo, varias disposiciones demuestran que no fue ignorado y menos repudiado, por el autor del Código. En efecto, el artículo 2382, en la fianza, expresa que "si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto". La figura que

describe el art. 2382, es una típica dación en pago. Se mencionan también como casos de daciones en pago: el art. 1773 en liquidación de la sociedad conyugal; el art. 2397 en la prenda; y el art. 2424 en la hipoteca. Con la incorporación del régimen de participación en los gananciales se generó un caso en que expresamente el Código Civil hace referencia a la dación en pago. Es la situación prevista en el artículo 1792-22 referente a la forma de extinguir el crédito de participación.

Fuera del Código Civil, hay otros cuerpos legales que aceptan este modo de extinguir, como lo son los artículos 499 Nº 1 y 500 Nº 1 del Código de Procedimiento Civil.

3. LA DACIÓN EN PAGO ES UNA CONVENCIÓN. NO ES CONTRATO.

Cualquiera que sea la definición de esta institución que tomemos, existe absoluta unanimidad en el sentido que es una convención, es decir, un acuerdo de voluntades, destinado a extinguir una obligación.

Algunos sostienen que además constituye un verdadero título traslaticio de dominio. Así lo resolvió la Corte Suprema en sentencia publicada en el T. 35, sec. 1ª, p. 12 y posteriormente en sentencia publicada en T. 40, sec. 1ª, p. 351. Somarriva comentando la primera de ellas expresa que "le parece perfectamente ajustada a derecho". La misma idea encontramos en Abeliuk: "Pero la dación en pago, si se trata de dar una cosa, es título traslaticio de dominio".

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO

Existen varias doctrinas para explicar la naturaleza jurídica de esta institución: 1. Teoría de la compraventa, seguida de una compensación. 2. Teoría de la novación por cambio de objeto, 3. Teoría de la modalidad del pago; y 4. La dación en pago sería una figura autónoma.

4.1 La dación en pago es una compraventa (o permuta) seguida de una compensación.

Según los que sustentan esta tesis, el deudor está vendiendo al acreedor el objeto dado en pago. El precio de esta compraventa, que el acreedor debe pagar al deudor, se compensaría con la obligación que el deudor tenía en favor del acreedor. Sigue esta tesis Pothier.

Se critica porque es artificiosa. Jamás ha estado en la mente de las partes, celebrar un contrato de compraventa. Además, tiene el inconveniente de limitar la dación en pago únicamente a las obligaciones de pagar una suma de dinero, pues el precio de la compraventa tiene necesariamente que estipularse en dinero (artículo 1793). Se contra

argumenta diciendo que en este caso, puede considerarse la operación no como una venta, sino como una permuta (G. Marty).

Por otra parte, si la dación en pago es compraventa, no podría haberlas entre marido y mujer (art. 1796), lo que sería contrario a los artículos 1773 inc. 2º y 1792-22, en que justamente se establecen casos de daciones en pago entre cónyuges.

Esta tesis ha sido rechazada siempre por la jurisprudencia: T. 23, sec. 1ª, p. 99; T. 32, sec. 2ª, p. 39; T. 40. sec. 1ª, p. 455, y T. 43, sec. 1ª, p. 61. Por ello, ha dicho que por no ser compraventa la dación en pago, ella es perfectamente válida entre cónyuges, aun cuando no estén divorciados perpetuamente.

Otra consecuencia que deriva de la misma circunstancia es que en la dación en pago no procede la lesión enorme, aunque se reúnan las circunstancias para que ella fuera procedente de acuerdo a los arts. 1888 y siguientes en la compraventa.

4.2 La dación en pago sería una novación objetiva.

Ello pues se sustituiría a una obligación por otra con un objeto distinto. Para entender lo anterior, tengamos presente que la novación, según el artículo 1628, es "la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida", y el reemplazo puede operar en cualquiera de los elementos de la obligación, acreedor, deudor y objeto.

Cuando se nova el objeto, el efecto es igual al de la dación en pago, porque en definitiva la obligación se cumplirá en forma distinta a la establecida antes de ella.

Pero conceptualmente Abeliuk y Ramos no ven cómo la dación en pago puede ser novación, pues en ella se extingue una obligación pero nace otra que sustituye a la anterior. En la dación en pago, no nace una nueva obligación; simplemente se extingue la única obligación existente. Además, la novación requiere del animus novandi, ánimo de novar, el que no existe en la dación en pago, en que el único ánimo es extinguir la obligación (animus solvendi) con una cosa distinta de la debida.

Esta tesis ha sido defendida por Aubry et Rau, Demolombe y otros en Francia, y la siguen en Chile, Alessandri. La rechazan Claro Solar y Barrios y Valls.

Para Alessandri la mayor demostración de que la dación en pago está asimilada a la novación, la da el art. 1645 en relación con el art. 2382. En efecto, la primera de estas disposiciones, señala que "la novación liberta a los codeudores solidarios o *subsidiarios*, que no han accedido a ella". En seguida, el artículo 2382, no hace más que aplicar el mismo principio: "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la *fianza*, aunque después sobrevenga evicción

del objeto". En resumen, si el fiador queda desligado de responsabilidad cuando el deudor principal paga con una cosa distinta de la debida, es porque la obligación que estaba garantizando se extinguió por novación. El mismo argumento se usa en Francia, con el artículo 2038 del Código de Napoleón -equivalente al 2382 de nuestro Código- que inclina a la mayoría de la doctrina por esta tesis (Marty).

4.3 La dación en pago, es simplemente una modalidad del pago

Esta es la tesis que ha sido acogida por la jurisprudencia (T. 35, sec. 1ª, p. 12). La sigue Somarriva. Un buen argumento para sustentarla se encuentra en el artículo 76 Nº 2 de la Ley de Quiebras, cuando señala que "la dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero".

La consecuencia de estimarla como una modalidad del pago es que se le deben aplicar las normas de éste.

Según Abeliuk la verdad es que la dación en pago se parece a éste en cuanto importa cumplimiento, pero hay una diferencia que es fundamental, el pago es el cumplimiento en la forma que la obligación está establecida; la dación en pago un cumplimiento por equivalencia.

4.4 La dación en pago es una figura autónoma

Es la opinión seguida por autores como Colin y Capitant y, entre nosotros, por Abeliuk y Barrios y Valls.

Para Ramos decir que la dación en pago es una figura autónoma, no soluciona ningún problema. Cree que es una modalidad de pago, como lo sugiere su propio nombre y la consecuencia de ello, es que se le deben aplicar las reglas del pago, en la medida que ello no sea contrario a su propia naturaleza.

Barrios y Valls afirman, como se acaba de señalar, que la dación en pago es una figura autónoma. Pero agregan que "deben aplicarse a la dación en pago las reglas y principios que rigen el pago.... en razón de los rasgos comunes que presentan".

5. REQUISITOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Los requisitos de la dación en pago son los siguientes:

5.1 Existencia de una obligación.

Como es obvio, debe existir una obligación, que es la que se va a extinguir. Esta obligación puede ser de dar, hacer o no hacer. No hay limitaciones;

5.2 La obligación se va a extinguir con una prestación diferente a la debida.

Según se ha expuesto, esto es lo que caracteriza a la institución en análisis.

5.3 Consentimiento y capacidad de las partes

En cuanto al consentimiento, se aplican las reglas generales de cualquier otra convención.

Respecto de la capacidad. Para quienes la dación en pago es una modalidad del pago, se requiere la misma capacidad que se exige para el pago, esto es, capacidad de disposición en quien hace el pago y capacidad de administración, en quien lo recibe.

Además, y como consecuencia de aplicarle las reglas del pago, si mediante ella se da alguna cosa, el que la da debe ser su dueño (artículo 1575). En caso contrario, la dación en pago va a ser ineficaz -no nula- esto es no va a extinguir la obligación.

5.4 Animus solvendi

Esto quiere decir que las partes deben tener la intención compartida de extinguir de esta manera la obligación.

5.5 Solemnidades legales en ciertos casos

Es un acto jurídico consensual, pues la ley no lo ha sometido a ninguna solemnidad especial. Sin embargo, si lo que se da en pago es un inmueble deberá hacerse por escritura pública e inscribirse, pues la inscripción, es la única forma de realizar la tradición (art. 686).

6. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Produce los mismos efectos del pago, esto es, extinguir la obligación con sus accesorios. Si es parcial, subsistirá en la parte no solucionada.

7. EVICCIÓN DE LA COSA RECIBIDA EN PAGO

Cuando la cosa que se recibe en pago es evicta, se estima por la generalidad de la doctrina, que el deudor tiene la obligación de garantía. Ello no implica que se le esté dando el carácter de compraventa, pues hoy se estima que la obligación de garantía a pesar de estar reglamentada en el contrato de compraventa, es de alcance general. Con la dictación de la ley 19.335, esta opinión de la doctrina ha quedado confirmada pues el artículo 1792-22, inciso 2º -en el régimen de participación en los gananciales- permite que el crédito de participación pueda extinguirse con una dación en pago y agrega que

"renacerá el crédito, en los términos del inciso 1º del artículo precedente, si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo"

En virtud de la obligación de garantía, el acreedor que recibió la cosa evicta, podrá demandar las indemnizaciones correspondientes. El problema que se plantea es si además, mantendría las acciones de la obligación que se había extinguido por la dación en pago.

Aquí tiene importancia determinar la naturaleza jurídica de la dación en pago: si es novación, no renace la obligación primitiva ni sus accesorios que quedaron definitivamente extinguidos. En tal caso, el art. 2382 (la fianza no renace si el acreedor que recibió una cosa en pago es evicto de ella) se limitaría a aplicar en la fianza un criterio más general de la legislación.

Para quienes piensan que se trata de una modalidad de pago, la obligación primitiva renace, porque de acuerdo al art. 1575, el pago no es eficaz si quien lo hace no es dueño de la cosa pagada; si no es eficaz, no ha extinguido ni la obligación ni sus accesorios, e igual pasaría con la dación en pago. Así lo corroboraría el citado art. 1722-22.

8. PARALELO ENTRE LA DACIÓN EN PAGO, OBLIGACIÓN FACULTATIVA Y NOVACIÓN

La dación en pago presenta semejanzas con la obligación facultativa y con la novación. Para una mejor comprensión, ejemplos de cada una de estas situaciones:

a) Que el deudor se obligue a entregar una cosa determinada, quedando facultado al momento de celebrar el contrato, para pagar con una cosa diferente que se indica en ese momento: Ej. se celebra un contrato de compraventa, en que el vendedor se obliga a entregar un automóvil en 30 días más, quedando facultado para poder cumplir esa obligación con un avión monoplaza que se individualiza. Estamos frente a una obligación facultativa;

b) El mismo caso anterior, al cumplirse los 30 días, el comprador acepta que la obligación de pagar el automóvil le sea satisfecha con la entrega del avión. Se trata de una típica dación en pago (art. 1569 inc. 2º, contrario sensu); y

c) En el mismo contrato anterior, pero antes de los 30 días las partes acuerdan cambiar la cosa debida, obligándose el deudor a entregar un avión en vez del automóvil. Se está cambiando una obligación por otra. Hay sustitución de una obligación a otra que queda por tanto extinguida. Esta figura constituye, como pronto lo veremos, una novación objetiva por cambio de objeto (artículo 1628).

D. LA NOVACIÓN

1. CONCEPTO.

Es otro modo de extinguir las obligaciones. Está expresamente señalado en el artículo 1567 Nº 2 del Código Civil y tratado en el Título XV del Código Civil, artículos 1628 al 1651.

El artículo 1628 define la novación como "*la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida*".

La voz novación viene de "novaro", nueva obligación, lo que da una idea de la institución. Es el nacimiento de una nueva obligación, lo que produce la extinción de una anterior.

2. NATURALEZA JURÍDICA

La novación es una figura híbrida de contrato y convención, porque produce el doble efecto de generar una obligación nueva (contrato) y de extinguir una obligación anterior (convención).

3. REQUISITOS

Los requisitos de la novación son los siguientes:

1. Una obligación anterior, que es la que se va a extinguir;
2. Una obligación nueva que va a reemplazar a la anterior;
3. Diferencia esencial entre ambas obligaciones;
4. Capacidad de las partes para novar;
5. Intención de novar (animus novandi).

3.1 Una obligación anterior que se extingue

Es un requisito obvio, desde que se trata justamente de extinguir esa obligación.

Esta obligación puede ser civil o natural, pero tiene que cumplir dos requisitos: a) debe ser válida (la justificación que se señala a este requisito de la validez cuando menos natural de la obligación estriba en que si la extinguida es la nula, la nueva que la reemplaza carecería de causa, y si es ésta la que adolece de vicio, no se produce la novación porque el efecto retroactivo de la nulidad borraría la extinción ocurrida de la obligación primitiva), y b) no puede ser condicional suspensiva, porque el efecto de la condición suspensiva pendiente es justamente impedir que nazca la obligación; como no existe la obligación primitiva o la nueva, falta uno de los presupuestos esenciales de la novación: la sustitución de una obligación por otra.

La primera de estas exigencias la establece el artículo 1630: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos a lo menos naturalmente". Al efecto debe recordarse que los numerales 1 y 3 del art. 1470 consideran como naturales ciertas obligaciones emanadas de actos declarados nulos por incapacidad relativa del obligado o por la omisión de solmnidades requeridas para la validez del acto. Por ende, la obligación que ha sido declarada nula por ser el deudor incapaz relativo o porque falta alguna solemnidad que la ley requiere para la validez del acto, para los efectos de la novación son consideradas eficaces, ya que ese es el alcance del requisito de que tanto la obligación primitiva como la nueva que sustituye a la anterior deben ser "válidas a lo menos naturalmente".

Y la segunda está en el artículo 1633: "Si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras esté pendiente la condición, y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación" (inc. 1º). Si la condición falló, ya no hay obligación, y si operó otro modo de extinguir, la novación no puede producir su efecto extintivo y la nueva obligación no tendrá razón de ser. Estas normas son meramente supletorias de la voluntad de las partes; así lo señala el inciso 2º: "con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes".

3.2 Una obligación nueva que va a reemplazar a la anterior

Así lo dice el artículo 1628 "*es la substitución de una nueva obligación a otra anterior...*".

Esta nueva obligación también puede ser civil o natural y no puede estar sujeta a una condición suspensiva (artículos 1630 y 1633). Sin embargo, respecto de la condición, pueden las partes convenir que el primer contrato quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente (art. 1633 inc. 2º).

3.3 Diferencia esencial de ambas obligaciones

Debe existir una diferencia esencial entre ambas obligaciones, lo que va a ocurrir en lo siguientes casos: a) cambio de deudor o acreedor; b) cambio del objeto de la prestación; y c) cambio de la causa.

Este requisito aparece establecido en el artículo 1631: "La novación puede efectuarse de tres modos: 1º substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor; 2º contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor; 3º substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre...."

El mismo Código se ha encargado de precisar, en los artículos 1646, 1647, primera parte, 1649, 1640 y 1650, una serie de casos en que por no haber diferencias esenciales, no hay novación.

a) No hay novación si la nueva obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera. Dice el articulo 1646 "Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen". Con ello, esta disposición está demostrando que no hay novación, pues de haberla los codeudores subsidiarios y solidarios habrían quedado liberados, pues la obligación se encontraría extinguida.

Una aplicación de esta situación se produce cuando la nueva obligación establece intereses no contemplados en la primera o varía la tasa. Así ha sido fallado (T. 2, sec. 1ª, p. 217). Por la misma razón, tampoco hay novación si la primera obligación no era reajustable y la segunda lo es.

b) No hay novación en la agregación o disminución de garantías. Las cauciones constituyen siempre obligaciones accesorias a la principal, de manera que cualquier cambio que ellas experimenten no importa una variación en la obligación principal, y en consecuencia no hay novación. Por tanto, si la primera obligación no está caucionada con prenda, hipoteca o fianza y la nueva sí, no hay novaciòn. Y recíprocamente, si la primera obligación estaba caucionada y la segunda no, tampoco hay novación. Y por ello se ha fallado que la renuncia del acreedor a la hipoteca, no constituye novación.

La cláusula penal queda sujeta a reglas muy especiales cuando es estipulada con posterioridad a la obligación principal, pues se hace necesario establecer con precisión si las partes han pretendido pactar una pena o reemplazar el objeto de la obligación. Por ejemplo, A adeuda a B $ 50.000, y acuerdan que se cancele la deuda entregando un automóvil; ésta es una novación, pero si la entrega del automóvil es para el caso de no cumplirse la obligación de pagar los $ 50.000 hay cláusula penal, y habrá o no novación según la distinción que efectúa el art. 1647: 1º Si son exigibles conjuntamente la obligación principal y la pena, no hay novación, pero los terceros ajenos a la estipulación no son afectados por la pena. Así lo señala la parte inicial del precepto: "si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas, subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal". 2º "Mas sin en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal". Como el acreedor sólo puede exigir la pena, desde el momento en que así lo

hace, la obligación principal ha quedado extinguida por novación, y con ella sus accesorios.

c) No hay novación si sólo se cambia el lugar del pago. El artículo 1648 establece que "la simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen";

d) No hay novación por la sola ampliación del plazo. Así lo consigna el artículo 1649: "La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación".

No hay novación, porque varía un elemento accidental de la obligación, pero los terceros ajenos a la ampliación no pueden ser perjudicados por ella, puesto que se habían comprometido hasta un plazo determinado y no más allá, y correrían el riesgo de la insolvencia del deudor o del agravamiento de ella en el nuevo plazo.

e) La mera reducción del plazo no constituye novación. Así lo señala el artículo 1650: "Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación, pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado".

Fuera de estos casos que están contemplados expresamente en el Código hay otros, establecidos en otros cuerpos legales. Por ejemplo, no produce novación el giro, aceptación o transferencia de una letra de cambio. Así lo establece el artículo 12 de la ley 18.092, inciso 1º: "el giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación". Ya la Corte Suprema había dicho que no había novación si el acreedor acepta letras de cambio que tienen por único objeto facilitar el pago de la deuda (T. 37, sec. 1ª, p. 520).

Igualmente, no produce novación la entrega de cheques que no se pagan. La ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, señala en su artículo 37 que "el cheque girado en pago de obligaciones no produce la novación de éstas cuando no es pagado".

3.4 Capacidad de las partes para novar

El acreedor requiere tener capacidad de disposición, por cuanto va a extinguir su crédito. El deudor deberá tener la indispensable para contraer la nueva obligación. Con todo, debe recordarse que puede novar también el relativamente incapaz con sufriente juicio y discernimiento, porque la nueva obligación puede ser natural.

En este caso, podrá novar el mandatario que tiene poder especial para ello; el mandatario que administra un negocio, respecto del cual incide la novación; y el mandatario con poder general de administración. Así lo dice el articulo 1629: "El procurador o mandatario no puede novar si no tiene facultad especial para ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda".

3.5 Intención de novar (animus novandi)

Está establecido este requisito en el artículo 1634: "Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua" (inc. 1º) "Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera" (inc. 2º).

De esta disposición se desprende que no es necesario que este ánimo se manifieste en forma expresa ya que basta con que "aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar...". La excepción a esta regla la señala el artículo 1635, para la novación por cambio de deudor, pues según esa norma "La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor...". La forma de expresar esta voluntad no requiere de términos sacramentales, bastando con que de las declaraciones de las partes quede de manifiesto la intención del acreedor de dar por libre al primitivo deudor.

4. CLASES DE NOVACIÓN

Del artículo 1631 se desprende que la novación puede ser de dos clases:

1. Novación objetiva (Nº 1); y
2. Novación subjetiva (Nºs 2 y 3).

4.1 Novación objetiva

Está contemplada en el artículo 1631 Nº 1: "*substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor*".

Puede darse en dos casos: a) cuando se cambia la cosa debida; o, b) cuando se cambia la causa de la obligación. Así por ej. si debo $1.000.000, y acordamos reemplazar esa obligación por la de dar mi automóvil, existe novación por cambio de objeto; en cambio, si debo $1.000.000, a título de saldo de precio y reemplazamos esta obligación por la de pagar $1.000.000, a título de mutuo, hay novación objetiva por cambio de causa. Justamente este último ejemplo, era el que colocaba el mismo Bello.

Pudiera aparecer, en un primer análisis, que esta segunda forma de novación sería inocua, pues si ya se debían $1.000.000, y se seguirá debiendo la misma suma, no se divisa la utilidad del cambio. Pero, no es así, pues al producirse la novación y extinguirse con ella la primera obligación, ya no se podrá pedir, en el ejemplo propuesto, resolución o cumplimiento del contrato de compraventa por no pago del precio, pues la obligación de pagar el precio se encuentra extinguida por la novación.

4.2 Novación subjetiva

La novación subjetiva puede ser de dos tipos: a) por cambio de acreedor (art. 1631 Nº 2), y b) por cambio de deudor (art. 1631 Nº 3).

4.2.1 Novación subjetiva por cambio de acreedor

Está consagrada esta forma de novación en el artículo 1631 Nº 2: "contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor". Ej. A debe a B $1.000.000; y las partes acuerdan que en vez de pagarlos a B los pague a C.

Se requiere que las tres partes presten su consentimiento. El deudor, porque está contrayendo una nueva obligación en favor del nuevo acreedor; el primer acreedor porque tiene que dar por libre al deudor; y el nuevo acreedor, en razón que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad.

No tiene mayor utilidad esta forma de novación. Lo que con ella se persigue se puede obtener en forma más simple, mediante una cesión de créditos, o con un pago por subrogación, que no requieren de la voluntad del deudor.

4.2.2 Novación subjetiva por cambio de deudor

(i) Concepto.

Esta forma de novación la contempla el artículo 1631 Nº 3 "*Substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre*". Tiene bastante utilidad práctica. Ej. una persona pide un préstamo para comprar una casa, que queda garantizado con hipoteca. Posteriormente este deudor, vende la misma casa a un tercero que se hace cargo de la deuda.

(ii) Requisitos.

Para que se perfeccione la novación por cambio de deudor se requiere: (a) el consentimiento del acreedor, dejando libre al primitivo deudor, pues se le va a cambiar su deudor por otro, hecho que no es intranscendente; y (b) el consentimiento del nuevo deudor, pues él pasará a quedar obligado.

Si el acreedor no expresa su voluntad de dejar libre al primitivo deudor, "*se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según aparezca deducirse del tenor o espíritu del acto"* (art. 1635)

¿Es necesario que el antiguo deudor manifieste también su voluntad? El artículo 1631 dice que "*esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor*". Ello se explica porque esta forma de novación, sólo favorece al deudor, pues lo libera de la obligación. Por lo demás, no se ve qué razón podría haber para exigir su consentimiento desde el momento que el Código acepta que se pueda pagar sin la voluntad del deudor (art. 1572).

Si el deudor antiguo, presta su consentimiento, el segundo deudor se llamada delegado del primero (art. 1631 inc. final).

De lo que se viene diciendo resulta que pueden darse **dos modalidades en la novación por cambio de deudor**: a) que el deudor primitivo acepte: o b) que no acepte. En el primer caso, se habla de delegación (art. 1631 inc. final); en el segundo, expromisión.

Tanto la delegación como la expromisión, pueden ser o no novatorias, dependiendo ello de que quede o no libre el primitivo deudor.

(a) En la **delegación** para que haya novación, tiene el acreedor que consentir en dejar libre al primitivo deudor, artículo 1635 (delegación perfecta). Si el acreedor no consiente en dejar libre al primitivo deudor, se produce la delegación imperfecta o acumulativa, que no produce novación.

(b) En el caso de la **expromisión**, para que produzca novación tiene también el acreedor consentir en dejar libre al primitivo deudor (art. 1635); en caso contrario, se produce la llamada "adpromisión" o "expromisión acumulativa", que no produce novación.

(iii) Error en la delegación.

Según se ha indicado, el consentimiento del deudor primitivo no es de la esencia de la novación, sin perjuicio de que opere la delegación en virtud de la cual el deudor primitivo toma la denominación de delegante y el nuevo deudor la de delegado del primero.

La ley considera como hipótesis de error en la delegación las siguientes:

a) El art. 1638 se refiere al error del delegado, quien cree que tiene la calidad de deudor del delegante sin serlo, constituyendo dicha falsa representación lo que induce a obligarse con el acreedor del delegante para libertarse de la deuda existente.

En tal caso, el Código establece que igualmente el delegado debe cumplir la obligación contraída con el acreedor., pero "le quedará a salvo su derecho contra el delegante para que pague por él, o le reembolse lo pagado".

b) Por su parte, el art. 1639 se refiere al error del delegante, cuanto este, en la falsa creencia de que tenía la calidad de deudor, delega a otra persona para que lo sustituya en la deuda.

En esta situación, el Código dispone que el delegado "no es obligado al acreedor, y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiere sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado".

De lo anterior se sigue que: (i) el delegado no está obligado a pagar al acreedor, porque no hay obligación alguna; (ii) si el delegado paga, extingue su obligación con el delegante; (iii) el delegante podrá en tal caso repetir contra el acreedor.

(iv) Efectos de la novación por cambio de deudor, si el nuevo deudor es insolvente

Si se ha producido novación, y el nuevo deudor resulta insolvente, no podrá el acreedor dirigirse en contra del primitivo deudor, porque consintió en dejarlo libre.

Esta regla tiene tres excepciones:

a) que en el contrato de novación el acreedor se haya reservado este derecho;

b) que la insolvencia del nuevo deudor haya sido anterior y pública; y

c) que la insolvencia del nuevo deudor, aunque no sea pública, haya sido conocida del deudor primitivo (artículo 1637).

En estos casos de excepción, se plantea la duda sobre si la acción que tendría el acreedor sería la misma que tenía en contra del primer deudor o una nueva, generada por la novación. Lo que se decida es importante en el caso que la primera gozara de privilegios, hipotecas, cauciones y demás accesorios.

La mayoría de los autores opina que la acción del acreedor es la misma que tenía contra el deudor primitivo, lo que se infiere de la frase "se ha haya reservado", que emplea el artículo 1637, y si se ha hecho reserva de algo, quiere decir que ese algo se mantiene.

Jurídicamente se ha explicado esta situación diciendo que habría operado una novación condicional, sujeta a la condición de que el nuevo deudor sea solvente, y si la condición no se cumple, en virtud del efecto retroactivo, se borra la novación.

5. EFECTOS DE LA NOVACIÓN

El efecto propio de la novación es doble: a) extinguir la obligación novada; y b) generar una nueva obligación.

La novación extingue la deuda primitiva con sus privilegios, garantías y accesorios. Luego:

1. Se extinguen los intereses de la obligación primitiva si no se expresa lo contrario. Así lo dice el artículo 1640: "De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario".

2. Se extinguen las cauciones personales. La novación libera a los codeudores solidarios o subsidiarios de la obligación primitiva, a menos que accedan a la nueva obligación (artículos 1519 y 1645).

3. Si el deudor estaba constituido en mora, cesa la mora y todas sus consecuencias (indemnización de perjuicios). No lo dice expresamente la ley, pero no se pueden entender las cosas de otra manera.

4. Se extinguen los privilegios. Los privilegios de la deuda primitiva, no pasan a la nueva. Así lo señala el articulo 1641: "Sea que la novación se opere por la substitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación". El artículo 1641 no hace ninguna referencia a una posible reserva, como lo hace respecto de las cauciones. La explicación radica en que sólo la ley crea los privilegios, no la voluntad de las partes, que sería lo que ocurriría de aceptarse la reserva en esta materia.

5. Se extinguen las cauciones reales. Las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación nueva, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. El artículo 1642, expresa: "Aunque la novación se opere sin la substitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva" (inc. 1º).

La institución de la **reserva de prendas o hipotecas** es una convención por medio de la cual las partes del contrato de novación estipulan que la misma prenda o la misma hipoteca que aseguraba el cumplimiento de la obligación primitiva –que de acuerdo con los principios antes indicados se extingue – subsiste y pasa a garantizar el cumplimiento de la nueva obligación. Esta institución es de gran trascendencia, puesto que el rango o

preferencia de la hipoteca se determina por la fecha de su inscripción; pues bien, la fecha de la hipoteca reservada será la de su inscripción primitiva, de modo que ella conserva su rango para la nueva obligación.

Y así, por ejemplo, un inmueble está afecto a dos hipotecas, una primera por $ 100.000 y a una segunda por $ 300.000; la obligación de la primera hipoteca es novada. Sacada a remate la propiedad, éste da únicamente $ 300.000. Si la primera hipoteca ha sido reservada, por conservar su calidad de tal se paga con el producto del remate, abonándose $ 200.000 a la segunda. Pero si no conservara su rango, no alcanzaría a pagarse, pues la de $ 300.000, que habría pasado a ser primera, absorbería todo el producto del remate.

Para efectuar la reserva, el legislador no ha exigido practicar una nueva inscripción, pero es de todos modos conveniente anotar al margen de la inscripción hipotecaria primitiva tanto la novación como la reserva.

Límites a la reserva de prendas e hipotecas.

a) La reserva no puede afectar a las garantías constituidas por terceros, a menos que accedan expresamente a la segunda obligación. Dice el art. 1642 inciso 2º: "Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación".

Es posible que la prenda o la hipoteca la hayan constituido terceros ajenos a la deuda, o que el bien hipotecado haya sido enajenado por el deudor. Si opera una novación, se requiere el consentimiento del que constituyó el gravamen o del tercer poseedor de la finca hipotecada. La razón es que el legislador no acepta que se varíe la obligación sin el consentimiento de aquellos a quienes puede perjudicar la modificación: el que constituyó el gravamen lo hizo para garantizar una obligación y no otra distinta.

b) La reserva no cubre la parte en que la nueva deuda excede a la anterior. En efecto, "Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses" (art. 1642 inciso final).

La razón es porque la reserva perjudica a los demás acreedores hipotecarios en especial, y a todos los restantes acreedores en general.

Lo primero, porque la hipoteca conserva su rango y, en consecuencia, si la hipoteca reservada es anterior a la otra, y el inmueble, al ser rematado, no da para el pago de todas ellas, la hipoteca reservada aumentada se pagaría antes. Ejemplo, un inmueble está afecto a dos hipotecas, una primera por $ 100.000 y a una segunda por $ 300.000;

la obligación de la primera hipoteca es novada. Sacada a remate la propiedad, éste da únicamente $ 300.000. Si la primera hipoteca ha sido reservada, por conservar su calidad de tal se paga con el producto del remate, abonándose $ 200.000 a la segunda. Pero si la primera por la novación con reserva hubiese pasado a ser de $ 150.000, en vez de $ 100.000, la segunda hipoteca se pagaría por $ 150.000 únicamente. De ahí la limitación en estudio.

Y los demás acreedores también se perjudican, porque la prenda e hipoteca tienen privilegio y preferencia, respectivamente, para su pago.

c) La reserva debe afectar al mismo bien hipotecado o dado en prenda. "Si la novación opera por la substitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento" (art. 1643 inc. 1º);

Es evidente que la reserva, si consiste en mantener lo existente, debe continuar afectando al mismo bien gravado con la prenda o hipoteca. De ahí que se prohíba el llamado salto de prenda o hipoteca. El legislador se puso en el caso más conflictivo, o sea, cuando la novación tiene lugar por cambio de deudor, y el antiguo era el que había constituido la garantía.

Por ejemplo, A deudor constituyó una hipoteca para garantizar su obligación, y en virtud de una novación pasa B a ser deudor. La reserva puede hacerse sobre el bien hipotecado por A con consentimiento de éste; lo que no puede hacerse es que ella pase a radicarse en un inmueble perteneciente a B.

Si éste constituye una hipoteca sobre su inmueble para garantizar la nueva obligación, hay otra hipoteca y no reserva de la anterior, porque ésta siempre supone que continúe afecto a la garantía el mismo bien anterior. De lo contrario, podrían perjudicarse otros acreedores hipotecarios en el inmueble de B si la hipoteca de A era de fecha anterior a la de ellos.

d) "Si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación" (art. 1643 inc. 2º).

Por ejemplo, A, B y C adeudan solidariamente a D $ 30.000, y A ha constituido una hipoteca para garantizar la obligación sobre un inmueble de su propiedad; B y D pactan una novación, en virtud de la cual en vez de los $ 30.000 se deben mercaderías. Esta novación extingue la solidaridad y la hipoteca por A constituida, y entre los novantes B y D no pueden acordar que éste reserve la hipoteca para la nueva obligación sin el consentimiento de A.

La justificación es que el codeudor que constituyó el gravamen es ajeno a la novación; no tiene por qué pasar a responder de la nueva obligación.

Las partes pueden convenir garantías para la nueva obligación. Así lo establece el articulo 1644: "En los casos y cuantía en que no pueda tener efecto la reserva, podrán renovarse las prendas e hipotecas; pero con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación".

Esta norma nos parece absolutamente demás, pues es evidente que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden establecer estas nuevas cauciones.

En el ejemplo propuesto en la letra b), las partes pueden convenir que haya hipoteca por los $ 50.000 que vale más la nueva obligación que la anterior, pero en esta parte es una tercera hipoteca, y se paga después de la segunda por $ 300.000.

E. LA COMPENSACIÓN

1. CONCEPTO.

El artículo 1567 señala en su numerando 5º a la compensación como modo de extinguir las obligaciones. En seguida, trata de esta materia en el Título XVII del Libro IV, artículos 1655 al 1664 del Código Civil.

No la define el Código. Únicamente expresa que "*cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas del modo y en los casos que van a explicarse"* (art. 1655).

Según Abeliuk la compensación consiste en que si dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras y se cumplen los demás requisitos legales, se extinguen ambas obligaciones hasta concurrencia de la de menor valor. En términos similares Vial las define como "un modo de extinguir las obligaciones recíprocas de dos personas que son deudoras una de otra hasta concurrencia de la de menor valor, o hasta por el monto en que ambas coinciden".

2. CLASES DE COMPENSACIÓN

2.1 Atendiendo a su origen.

Atendiendo a su rigen, la compensación puede ser clasificada en legal, convencional y judicial.

a) La **compensación legal** la establece la ley y opera de pleno derecho.

b) La **compensación voluntaria** se produce por un acuerdo entre las partes. Luego, no opera de pleno de derecho. Se va a realizar cuando ambas partes son recíprocamente deudoras y acreedoras, pero no se produce la compensación legal, por faltar alguno de sus requisitos.

Los efectos de esta compensación son los mismos que la compensación legal.

c) La **compensación judicial** se va a producir cuando una de las partes demande a la otra, que reconviene cobrando también su crédito. El tribunal al fallar la causa acogerá la compensación si se cumplen los requisitos legales, acogiendo la demanda y la reconvención. Luego, tampoco esta compensación opera de pleno derecho.

2.2 Atendiendo a sus efectos.

Si se consideran los efectos de la compensación, ella puede ser clasificada en parcial y total.

a) La **compensación total** es aquella que extingue completamente las obligaciones de las partes que son deudoras una de otra. Por definición, la compensación sólo será total en la medida que ambas obligaciones sean de igual valor; en caso contrario será una compensación parcial.

b) La **compensación parcial** se produce cuando las respectivas obligaciones de las partes no tienen el mismo valor, lo que determina que si bien se extingue la deuda de la persona que tiene el crédito por un monto de mayor valor, subsiste la de la persona que tiene el crédito por un monto de menor valor, aunque reducida esta última a la diferencia entre el monto de uno y otro crédito.

3. FUNCIONES E IMPORTANCIA DE LA COMPENSACIÓN

La compensación es útil porque evita un doble pago, esto es, que dos personas recíprocamente deudoras paguen separadamente sus obligaciones. Tiene mucha importancia en materia mercantil. En la operatoria bancaria existe la llamada "Cámara de Compensación", destinada a liquidar diariamente, mediante la compensación legal, los créditos y obligaciones recíprocas de las instituciones bancarias, quedando cada Banco obligado únicamente a pagar los saldos en contra.

4. REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN LEGAL

4.1 Las dos partes deben ser personal y recíprocamente deudoras y acreedoras (artículos 1655 y 1657)

Esta última disposición establece que "*para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras"* (inc. 1º).

No basta con que sean deudores y acreedores recíprocos. La ley es más exigente: requiere que sean deudores personales y principales. Consecuencia de ello es:

a) Que el deudor principal no puede oponer en compensación, el crédito que su fiador tiene en contra del acreedor (art. 1657 inc. 2º);

b) Que requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, no puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él y viceversa el deudor no puede oponer en compensación el crédito que tiene su pupilo en contra del acreedor (art. 1657 inc. 3º):

c) Que demandado un codeudor solidario, no puede oponer en compensación el crédito que tenga otro de sus codeudores solidarios en contra del acreedor, a menos que se lo haya cedido (art. 1657 inc. 4º).

El artículo 1657, no es taxativo. Obsérvese que el inciso 2º comienza con la expresión *"Así*", lo que esté demostrando que lo que viene en seguida son ejemplos. Otro caso sería el del socio respecto de la sociedad. Demandado un deudor socio no puede oponer en compensación el crédito que la sociedad de que forma parte tenga en contra del acreedor. Ello porque según artículo 2053 inc. 2º, "*la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados"*.

Excepciones a esta regla. La regla que estamos estudiando -que se trate de deudores principales y personales- tiene dos excepciones:

i. El caso del mandatario que, según el artículo 1658, "puede oponer al acreedor del mandante no sólo los créditos de éste, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación". Aquí el acreedor demanda al mandatario por un crédito que tiene contra el mandante, y a su turno el mandatario es acreedor personal del demandante. Por ejemplo, A mandatario de B, es demandado por C por un crédito contra el mandante (B), pero A, a su turno, es acreedor de C; puede oponerle la compensación rindiendo caución, exigencia un tanto exagerada, puesto que la compensación está beneficiando al mandante. Agrega la norma: "Pero no puede compensar con lo que el mismo mandatario debe a un tercero lo que éste debe al mandante, sino con voluntad del mandante". Aquí es el mandatario el que ha sido demandado por un crédito personal suyo: no puede oponer en compensación los créditos que su mandante tenga contra su acreedor, a menos que el mandante lo autorice expresamente para ello. En el ejemplo anterior, es A el demandado personalmente, y B quien tiene un crédito contra C, acreedor demandante del mandatario A. Sólo si B lo autoriza, puede éste oponer la compensación.

ii. La segunda excepción la establece el artículo 1659 referido a la cesión de créditos. Para determinar si el deudor puede oponer al cesionario en compensación los créditos que tenga contra el cedente al tiempo de perfeccionarse la cesión, dicho artículo formula un distingo según si ésta se perfeccionó por la notificación o aceptación del deudor. Si el deudor acepta sin reserva alguna la cesión que de su crédito hizo su acreedor a un tercero no le puede oponer al cesionario el crédito que él tenía en contra del cedente. Ahora, si el deudor no aceptó la cesión, puede oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación. En tal caso el cesionario cuyo crédito adquirido por la cesión se ha extinguido por compensación, tendrá que dirigirse contra el cedente por la garantía que éste le debe.

4.2 Que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad (art. 1656 Nº 1)

Este requisito tiene por objeto que exista perfecta equivalencia en el objeto de ambas obligaciones. Por ello permite la compensación de cosas fungibles, es decir, de cosas que tienen el mismo poder liberatorio.

Las obligaciones de especie o cuerpo cierto, no se pueden compensar, porque sólo se pueden cumplir entregando la especie o cuerpo cierto debido. No debe olvidarse que el pago debe hacerse conforme al tenor de la obligación, no pudiendo ser obligado el acreedor a recibir otra cosa que la debida (artículo 1569).

4.3 Que las deudas sean líquidas (artículo 1656 Nº 2)

La deuda va a ser líquida cuando sea cierta y determinada.

Según el artículo 438 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, "se entenderá cantidad líquida, no sólo la que actualmente tenga esta calidad, sino también la que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas con sólo los dados que el mismo título ejecutivo suministre".

4.4 Que ambas deudas sean actualmente exigibles (artículo 1656 Nº 3).

Es decir, las dos obligaciones deben estar vencidas y pueda exigirse su cumplimiento. Por no reunir este requisito, no pueden compensarse las obligaciones naturales ni las obligaciones condicionales suspensivas mientras estén pendientes o a plazos suspensivos mientras no esté vencido.

El inciso 2º del artículo 1656 agrega que "las esperas concedidas al deudor impiden la compensación, pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor". El concepto "plazo de gracia", que emplea este artículo, es distinto al llamado de la misma forma por la doctrina, que consiste en una autorización

dada por la justicia para que el deudor pueda postergar el cumplimiento de su obligación, situación que no puede darse en Chile, atendido lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil. Esta norma se pone en el caso de que el acreedor haya consentido en esperar al deudor, y distingue dos formas en que ello puede haber ocurrido; una es la concesión de esperas o prórroga del plazo que amplia éste, y en consecuencia se oponen a la compensación. En cambio, el mero plazo de gracia que otorga el acreedor al deudor no es obstáculo para ella.

4.5 Ambas deudas deben ser pagaderas en el mismo lugar

Este requisito lo señala el articulo 1664: "Cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra deuda sean en dinero, y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa".

4.6 Que ambos créditos sean embargables

El Código no lo ha dicho en términos generales, sino sólo a propósito de la obligación de alimentos. El artículo 335 señala que "el que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él". Y el artículo 1662 inciso 2º, parte final, repite la misma idea.

No obstante no existir una norma general, parece lógico entender que si uno de los créditos no es embargable, no cabe la compensación, atendido el hecho de que el art. 2465 excluye expresamente del derecho de garantía general de los acreedores las cosas no embargables. Esta es la razón por lo que las remuneraciones de un trabajador no son compensables, pues de acuerdo al artículo 57 del Código del Trabajo, son inembargables.

4.7 Que la compensación no se haga en perjuicio de terceros

Así lo establece el artículo 1661 inciso 1º: "*La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de un tercero*".

Dos **casos** son los más importantes de aplicación de este principio.

i. Embargo del crédito

"Así embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo" (art. 1661 inc. 2º).

La prohibición se inspira en la concepción de doble pago abreviado de la compensación, pues, no puede cumplirse al acreedor si se ha embargado el crédito o mandado retener el pago por decreto judicial. La justificación es que en caso contrario

quedarían birlados quienes trabaron el embargo o prohibieron el pago. Igualmente perjudicados resultarían si pudiera operar con posterioridad al embargo una compensación; el acreedor, cuyo crédito ha sido objeto de embargo o prohibición, no recibiría el pago, pero igualmente quedaría extinguido el crédito por la compensación.

Y ello se refiere a los créditos nacidos para el deudor con posterioridad al embargo, porque si antes de éste las partes ya eran recíprocamente deudoras y acreedoras, la compensación operó de pleno derecho.

ii. La quiebra

El artículo 69 de la Ley de Quiebras prohíbe compensar los créditos adquiridos contra el fallido con posterioridad a la declaración de quiebra. En consecuencia, el deudor del fallido, que es acreedor suyo, deberá pagar a la masa su propia obligación, y concurrir por su crédito en el procedimiento de verificación, esto es, debe cobrarlo a través de la quiebra, con el consecuente riesgo para su acreencia.

Ello se explica mediante la universalidad de este juicio, que coloca a todos los acreedores, exceptuados los preferenciales, en un mismo plano de igualdad para cobrar sus créditos a prorrata de lo que produzca la liquidación del patrimonio del fallido. Si se permitiera la compensación, se otorgaría un privilegio al acreedor que al mismo tiempo es deudor del fallido.

5. CASOS DE COMPENSACIÓN PROHIBIDA

La ley prohíbe la compensación en varios casos:

i. No puede oponerse a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato, aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero (art. 1662 inc. 1º);

Las excepciones tienen escasa trascendencia, pues sería muy difícil que existiera otra obligación de igual naturaleza entre las mismas partes, pues generalmente se refieren a especies o cuerpos ciertos; la tendrá sí en el caso del depósito irregular en que el depositario recibe dinero y puede emplearlo con cargo a restituir otro tanto en la misma moneda (art. 2.221)

De todos modos la prohibición es justificada en el caso del que ha sido injustamente privado de una cosa, porque para la ley es fundamental que se elimine la infracción jurídica cometida, y en el comodato y depósito por su carácter de contratos de confianza.

La disposición adquiere, en cambio, su verdadera trascendencia cuando por pérdida imputable de la cosa injustamente despojada o dada en comodato o depósito, la obligación del demandado se ha transformado en la de indemnizar su valor en dinero, como lo señala el propio inc. 1° del art. 1662. El deudor no podrá oponer en tal caso en compensación los créditos que pueda tener contra el injustamente despojado, comodante o depositante.

ii. No puede oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude" (art. 1662 inc. 2º);

Para que a la indemnización pueda oponerse compensación o el acreedor de ella esté en situación de hacerlo, es necesario que haya sido fijada por los tribunales, pues sólo entonces reunirá los requisitos de líquida y exigible. Cuando los cumple, el acreedor de la indemnización puede libremente oponer la compensación por lo que deba al deudor de ella, pero éste no podrá oponerla si la indemnización deriva de un acto de violencia o fraude, como una sanción al delito civil cometido.

iii. No puede oponerse la compensación a una demanda de alimentos (arts. 335 y 1662 inc. final).

6. EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN LEGAL

a) La compensación legal opera de pleno derecho. Así está dicho por el artículo 1656 "La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores...". La compensación convencional y judicial, no operan de pleno derecho.

b) La compensación legal debe ser alegada. Así lo establece el artículo 1660 "sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios e hipotecas constituidas para su seguridad".

Se explica que tenga que ser alegada, por dos razones: i) porque el deudor demandado puede renunciarla, lo que va a ocurrir, precisamente si no la alega; y ii) además, porque junto con alegarla el que opone la compensación tendrá que probar que concurren los requisitos legales.

La compensación entonces no nace con la sentencia, que sólo se limita a declarar su existencia.

c) La compensación extingue ambos créditos hasta el monto del de menor valor. Sin duda, este es el efecto principal. Este efecto lo produce tanto la compensación legal, como la convencional o judicial.

7. RENUNCIA A LA COMPENSACIÓN

El deudor puede renunciar a la compensación, renuncia que puede ser expresa o tácita.

Si el deudor renuncia a la compensación deberá pagar la obligación que se le cobra, pero conserva naturalmente el derecho a cobrar su propio crédito; justamente éste no ha quedado extinguido al no oponer la compensación. Pero puede ocurrir que este crédito tenga accesorios, cauciones, privilegios, etc. En tal caso el Código distingue:

i. El deudor no sabía que podía oponer la compensación.

De acuerdo al art. 1660 "Sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad".

En este caso, lo que pasa es que no ha habido renuncia tácita a la compensación, y como ella no se invocó, finalmente no se produjo; de ahí que subsistan el crédito y sus accesorios.

ii. El deudor sabía de la compensación.

Si el deudor, no obstante saber perfectamente que podía oponer la compensación, no lo hace, renuncia tácitamente a ella. El crédito mismo subsiste, es indudable, aunque el Código no lo diga expresamente, porque lo contrario significaría una remisión del mismo, y ésta no se presume.

Pero esta renuncia tácita no ninguna renuncia, puede perjudicar a terceros, y en consecuencia la fianza, hipoteca, etc., constituidas por terceros ajenos para garantizar este crédito, se han extinguido irrevocablemente. Esta interpretación se confirma con el propio art. 1660 a contrario sensu.

8. COMPENSACIÓN EN EL CASO DE PLURALIDAD DE OBLIGACIONES

Esta materia la trata el artículo 1663: "*cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago*". Ello, se explica, porque como lo hemos venido diciendo, en definitiva la compensación implica un doble pago.

F. LA REMISIÓN

1. CONCEPTO

El artículo 1567 en su numeral 4º señala a la Remisión, como un modo de extinguir las obligaciones. El Código trata de esta materia en el Título XVI del Libro IV, artículos 1652 al 1654.

El Código no la define. Claro Solar lo hace diciendo que "la remisión o condonación de una deuda, es la renuncia que el acreedor hace de sus derechos en beneficio del deudor". Siguiendo a Pothier, sostiene que la remisión requiere necesariamente de la aceptación del deudor. Su argumento es que "el derecho personal o crédito es un vínculo jurídico que el concurso de voluntades de las partes ha formado, y que sólo el consentimiento mutuo puede romper".

Abeliuk dice que es la renuncia o perdón que efectúa el acreedor de su crédito de acuerdo con el deudor. La remisión es, pues, para este autor una renuncia, pero muy particular, ya que requiere el consentimiento del beneficiario de ella: el deudor.

En efecto, si la remisión opera por un acto entre vivos, la ley la asimila a la donación al establecer en el artículo 1653 que "está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos...". Además el artículo 1397 dice que "hace donación el que remite una deuda". Luego el deudor tiene que aceptar la remisión y mientras ello no ocurra, y no se notifique al acreedor la aceptación, podrá éste revocarla a su arbitrio (artículo 1412).

Sin embargo, ciertos autores estiman que la remisión entre vivos es un acto unilateral, porque de lo contrario existiría una extinción por confusión. Además. Se puede pagar sin la voluntad del deudor, por lo que con mayor razón se puede remitir. Confirmaría esta posición los casos de remisión tácita.

Y en el caso en que la remisión se haga en testamento, constituye un legado de condonación, que como asignación por causa de muerte que es tiene que ser aceptado por el deudor una vez deferida la asignación, quien también puede repudiarla.

2. CLASES DE REMISIÓN

1. Remisión por acto entre vivos y testamentaria
2. Remisión expresa y tácita
3. Remisión total y parcial

2.1 Remisión por acto entre vivos y testamentaria

La remisión por acto entre vivos está sujeta en todo a las reglas de las donaciones entre vivos y requiere de insinuación en los casos en que ésta la necesita (arts. 1653 y 1397). La remisión que hace una persona en su testamento importa un legado de condonación al deudor (arts. 1128 a 1130).

Para remitir el acreedor requiere de capacidad de disposición. Así lo señala el artículo 1652. Confirma esta idea el artículo 1388 en relación con el artículo 1653.

2.2 Remisión expresa y remisión tácita

Remisión expresa es la que el acreedor hace en términos formales y explícitos, cumpliéndose las solemnidades de las donaciones, entre otras, el trámite de la insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita (artículo 1653). Esto significa que la remisión de un crédito de más de 2 centavos debe insinuarse (artículo 140l).

Por regla general la remisión será expresa, puesto que de acuerdo al artículo 1393 la donación no se presume.

Remisión tácita es aquella que se produce "cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda" (art. 1654). Estos hechos constituyen una verdadera presunción simplemente legal de remisión desde que la misma norma agrega que "el acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba se entenderá que hubo ánimo de condonarla". Lo favorable para el deudor es la alteración de las reglas generales del peso de la prueba. Normalmente, de acuerdo al art. 1698, la extinción de la deuda debe probarla el que la alega, o sea, el deudor; en este caso el acreedor deberá acreditar que la deuda no se extinguió.

2.3 Remisión total y parcial

Será total la remisión cuando el acreedor renuncie íntegramente al crédito y sus accesorios, y parcial si condona una parte de la deuda, o un accesorio de ella, como por ejemplo los intereses.

3. EFECTOS DE LA REMISIÓN

Debe distinguirse según la remisión sea total o parcial. Si es parcial, se extingue la obligación hasta el monto de lo remitido; si es total, se extingue íntegramente la obligación con todos sus accesorios, fianzas, prendas e hipotecas, en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Cuando hay varios codeudores solidarios en virtud de lo dicho en el artículo 1518 "si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1514, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda".

El inciso final del artículo 1654, expresa que "la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda". Esta norma es lógica pues si bien lo accesorio sigue a lo principal, la regla no juega en sentido inverso.

G. LA CONFUSIÓN

1. CONCEPTO

El artículo 1567 indica, entre los modos de extinguir las obligaciones a la confusión y posteriormente lo regula en el Título XVIII del Libro IV, artículos 1665 al 1669.

El artículo 1665 no la define pero señala sus elementos: "*Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago*". La doctrina la define como "un modo de extinguir las obligaciones que tiene lugar cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una sola persona" (Abeliuk).

En un sentido más lato, la confusión se produce cuando se reúnen en una misma persona calidades excluyentes, lo que puede darse no sólo en los derechos personales, sino incluso en los reales cuando en un mismo sujeto se juntan las calidades de dueño de un bien y de titular de un derecho real sobre el mismo bien. Ello por la razón simple de que ninguna persona puede ser simultáneamente propietario de una cosa y titular de un derecho real sobre la misma cosa. Así ocurre, por ejemplo, con el fideicomiso, que se extingue al confundirse las calidades de fideicomisario y de único fiduciario (art. 763 Nº 6); con el usufructo, que se extingue "por la consolidación del usufructo con la propiedad (art. 806 inciso 4º); con el derecho de servidumbre que se extingue "por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño" (art. 885 Nº 3).

En otro ámbito, el contrato de sociedad se extingue cuando todos los derechos sociales se juntan en un sólo titular. Así lo consigna en forma expresa el artículo 103 Nº 2 de la ley 18.046, tratándose de una sociedad anónima.

2. CLASES DE CONFUSIÓN

2.1 Por acto entre vivos y por causa de muerte.

Por causa de muerte la confusión puede presentarse de tres formas: i) el deudor es heredero del acreedor (por ejemplo, A es deudor de B por $ 10.000 y éste fallece, dejándolo como heredero único. A pasa a ser deudor de sí mismo, y por ello la obligación se extingue), ii) el acreedor es heredero del deudor, y iii) un tercero es a la vez heredero del acreedor y del deudor, o sea, ambas calidades se reúnen en una persona ajena a la obligación.

La confusión por acto entre vivos tiene lugar cuando el deudor haya adquirido el crédito existente en su contra, por ejemplo en virtud de una cesión de créditos.

2.2 Total y parcial

La confusión será total si el deudor adquiere íntegro el crédito o el acreedor asume la deuda completa, como si, por ejemplo, el deudor es único heredero del acreedor o viceversa.

La confusión parcial se presentará, en cambio, si el causante, acreedor o deudor, tiene varios herederos, entre los cuales esté el deudor o acreedor en quien se producirá confusión en parte. A esta situación se refieren los arts. 1667 y 1357.

Dic el primero: "*Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esa parte*".

El segundo señala cómo se procede en el caso de confusión parcial hereditaria. Por ejemplo, A adeuda a B $ 10.000, y éste fallece dejando como herederos por partes iguales a A y C; se extingue por confusión la mitad de la deuda de A, quien deberá pagar a C los $ 5.000 restantes.

3. CASO DE UN TITULAR CON MÁS DE UN PATRIMONIO

Si bien de acuerdo a la teoría clásica las personas sólo pueden tener un sólo patrimonio, hay casos especiales de pluralidad de patrimonios en un mismo sujeto. Ello plantea la duda de si se produce la confusión cuando un titular de varios patrimonios, es acreedor en uno de ellos y deudor en el otro.

La doctrina no acepta la confusión en este caso. El Código Civil, no da una solución integral al problema, pero adopta el mismo criterio de la doctrina en el caso particular del heredero beneficiario. Dice al efecto en el artículo 1669: "Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios". El artículo 1259, repite la regla casi en idénticos términos. Lo

anterior significa que si el deudor tenía una deuda con el causante, debe pagarla a los herederos; y recíprocamente, si el causante le debía, podrá cobrar su crédito a los herederos. Claro Solar explicando esta situación expresa: "Uno de los principios del beneficio de inventario es precisamente que se conserve al heredero el derecho de obtener el pago de sus créditos contra la sucesión; lo que trae como necesaria contraposición que el heredero sea obligado a pagar sus deudas a favor de la sucesión. La confusión queda impedida con esto".

Fueyo afirma que esta norma constituye un resguardo más en favor del heredero beneficiario.

Lo que se viene diciendo es importante pues "la circunstancia de no producirse la confusión entre la calidad de heredero y la de acreedor o deudor de la herencia, implica que los créditos y las obligaciones que el heredero tenga para con la herencia, siguen sus propios plazos de prescripción" (Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Aguila).

4. EFECTOS DE LA CONFUSIÓN

La confusión, al igual que la compensación, opera de pleno derecho. Lo dijo así el propio art. 1665.

El efecto propio de la confusión es extinguir la obligación. Dice el artículo 1665 que la confusión "extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago". Consecuencia de lo anterior es que si la obligación principal estaba garantizada con fianza, ésta se extingue (artículo 1666). Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Pero como este principio no juega a la inversa, la norma agrega: "pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal". O sea, si el deudor principal y el acreedor pasan a ser una sola persona, se extingue la fianza por vía consecuencial. Pero si fiador y acreedor o fiador y deudor pasaron a ser uno solo, no hay fianza, pero la obligación principal subsiste.

El artículo 1668 prescribe: "Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente le corresponda en la deuda" (inc. 1º) y agrega "Si por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito" (inc. 2º).

Como puede observarse, el artículo 1668 da por supuesto que entre el acreedor y uno de los codeudores se produjo la confusión, y sólo se limita a resolver el problema de las relaciones internas.

H. IMPOSIBILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO Y PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

1. CONCEPTO

El artículo 1567 Nº 7º, contempla "la pérdida de la cosa que se debe" como una de las formas de extinción de las obligaciones. Posteriormente regla esta materia en los artículos 1670 y siguientes.

El tratamiento dado por el Código a esta materia, muy semejante al del francés, ha merecido las siguientes observaciones:

1. Que lo refiere únicamente a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, en circunstancias que se aplica también a las obligaciones de hacer y de no hacer.

2. En cuanto a la denominación, porque aun limitado a las obligaciones señaladas, la pérdida de la cosa es sólo un caso de imposibilidad.

Sin embargo, cabe destacar que siendo muy ciertas las observaciones, la pérdida de la cosa debida es el caso más importante de imposibilidad, sin que ello quiera decir que sea el único.

Fueyo lo **define** diciendo que "es un modo de extinguir las obligaciones provocado por una causa no imputable al deudor, que sucede con posterioridad al nacimiento de la obligación y que hace imposible la prestación".

2. FUNDAMENTO

El fundamento de este modo de extinguir se encuentra en la regla de derecho formulada por Celsus "Impossibilium nulla, obligatio est"; no hay obligación alguna de cosas imposibles.

La base de la institución es el caso fortuito y la teoría de los riesgos es un efecto particular de la imposibilidad no imputable en los contratos bilaterales.

3. DENOMINACIÓN

Existe respecto de este modo de extinguir una verdadera anarquía de denominaciones.

La utilizada por el Código, pérdida de la cosa debida, se limita al caso más frecuente de imposibilidad, pero no los comprende a todos.

Por ello los autores se han asilado generalmente en la expresión que utiliza el art. 534 del C.P.C.: imposibilidad en la ejecución, al referirse a las excepciones del deudor en el juicio ejecutivo por obligación de hacer. De ahí se extrajo para toda la institución la denominación de imposibilidad absoluta en la ejecución, que es la frase que utiliza el precepto citado, o más brevemente imposibilidad en la ejecución, pretendiendo incluir con ella a todas las situaciones involucradas. Pero la ejecución es más propiamente el cumplimiento en las obligaciones de hacer, por lo cual difícilmente incluye a las de dar, y en ningún caso a las de no hacer.

4. CLASES

4.1 En las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto

i. Requisitos.

a. Imposibilidad absoluta

Hay imposibilidad en el incumplimiento según el artículo 1670 cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o i) porque se destruye (comprendiendo también el caso de lo que destruye la aptitud del objeto según su naturaleza o conforme a lo convenido por las partes); o ii) porque deja de estar en el comercio (por ejemplo, la cosa es expropiada); o iii) porque desaparece y se ignora si existe (si reaparece podría ser exigida por el acreedor, restituyendo lo que hubiese recibido por ella).

El deudor debe estar absoluta y definitivamente imposibilitado de cumplir. Tratándose de las obligaciones de dar o entregar, ello sólo puede ocurrir cuando lo debido es una especie o cuerpo cierto, pues el género no perece. El artículo 1510 consigna este principio: "La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe".

b. Imposibilidad fortuita

La pérdida debe ser fortuita, pues si es culpable o si la cosa perece durante la mora del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto, quedando el deudor obligado al pago del precio de la cosa más indemnización de perjuicios (art. 1672 inc. 1º). 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 por la mora (art. 1672 inc. 2º).

El Código presume que la pérdida de la cosa es culpable: "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya" (artículo 167l). Esa disposición es concordante con el artículo 1674, en cuanto esta norma obliga al

deudor a probar el caso fortuito que alega y para el caso que alegue que el caso fortuito habría sobrevenido del mismo modo aunque no estuviere en mora, será también obligado a probarlo.

En todo caso, no se aplican estas reglas "si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular...", caso en que se observará lo pactado (artículo 1673). Esta regla es una reiteración de lo dicho en el artículo 1547 inciso final.

El Código no acepta que quien ha hurtado o robado un cuerpo cierto, alegue que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor (art. 1676).

c. Imposibilidad sobreviniente al nacimiento de la obligación

Si es anterior, tal obligación carecería de objeto o tendría un objeto imposible (artículo 1461).

ii. Cesión de acciones del deudor al acreedor

El artículo 1677 establece que "Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa".

iii. En el hecho o culpa del deudor se comprende el de las personas por quienes fuere responsable

Así está dicho en el artículo 1679. Fueyo entiende que debe entenderse que el deudor es responsable de las personas que están a su cuidado, principio contenido en el artículo 2320 inciso 1º.

iv. Responsabilidad del deudor después que ha ofrecido la cosa al acreedor.

Si la cosa se destruye en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo (art. 1680).

v. Reaparición de la cosa perdida.

El art. 1675 dispone que si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio.

vi. Pérdida de la cosa por culpa del deudor que ignoraba la obligación.

El art. 1678 dispone que si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios.

4.2 En las obligaciones de obligaciones de hacer

El Código Civil no trató el tema.

Esta omisión está reparada en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 534, expresa: "A más de las excepciones expresadas en el artículo 464, que sean aplicables al procedimiento de que trata este Título, podrá oponer el deudor la de imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida". Imposibilidad que debe ser además inimputable y sobrevenida al nacimiento de la obligación.

El citado art. 534 recalca que la imposibilidad debe ser absoluta, porque, de acuerdo al art. 1553, ante el incumplimiento de una obligación de hacer el acreedor goza de un triple derecho, entre ellos de hacer ejecutar la obra por un tercero, de manera que habrá impedimento total, siempre que la obligación no pueda ser cumplida por alguien ajeno a ella. El ejemplo típico es el del cuadro encargado a un autor.

4.3 En las obligaciones de no hacer

En una obligación de no hacer, el deudor la incumple cuando realiza aquello sobre lo que debía abstenerse. Como dice Abeliuk en ellas, aunque más difícil, también es factible que se presente una imposibilidad absoluta para que el deudor mantenga su abstención, como si por ejemplo el comprador de una casa se hubiere obligado a no demolerla, y una decisión de la autoridad se lo ordena hacer; en tal evento, es evidente que no habrá responsabilidad por el incumplimiento fortuito.

5. TEORÍA DE LOS RIESGOS

En relación al modo de extinguir recién estudiado – fundado en el caso fortuito- se analiza la denominada teoría de los riesgos, por la íntima relación que tienen ambas materias.

5.1 Concepto

En los contratos bilaterales si una de las prestaciones se hizo imposible por caso fortuito, el deudor de ella queda liberado de cumplirla en naturaleza, porque a lo imposible nadie está obligado, ni por equivalencia, ya que no es responsable de la imposibilidad. Su obligación se ha extinguido sin ulterior consecuencia para él, pero ¿qué ocurrirá en tal caso con la de la contraparte? ¿Deberá ella cumplirla, o se extinguirá también, y en caso de haberla ya cumplido, tendrá derecho a la restitución de lo ya dado o pagado?

Por ejemplo, se entrega un vehículo para entrega a dos meses, y pagadero con tanto al contado y el saldo en mensualidades, y aquél se destruye fortuitamente antes de la entrega, ¿deberá el comprador seguir pagando el precio, o antes por el contrario tiene derecho a dejar de hacerlo y exigir la devolución del anticipo? El mismo problema puede darse en todo contrato bilateral, y así, en el arriendo si se destruye el objeto arrendado, etc.

La teoría del riesgo tiende precisamente a solucionar este problema, esto es, a determinar qué ocurre en un contrato bilateral con la obligación de la contraparte, que no se ha hecho imposible: si ella se extingue también o subsiste, a pesar del incumplimiento de la otra parte. Las posibles soluciones son:

(i) Si el riesgo es del deudor, si no puede exigir a la contraparte el cumplimiento de la obligación de ésta. En el ejemplo, el deudor no entregará el vehículo ni indemnizará perjuicios, pero tampoco el comprador (acreedor de la obligación de entregar que se ha hecho imposible) deberá cumplir la suya de pagar el precio, y si ya lo hizo, podrá repetir lo dado o pagado.

(ii) Si el riesgo es del acreedor, significa que éste, no obstante la obligación del deudor se ha extinguido por caso fortuito (entrega del vehículo), está obligado a cumplir su propia obligación (pagar el precio), y si ya lo hizo, nada puede reclamar.

Las legislaciones modernas y la inmensa mayoría de loa autores están contestes en que por regla general el riesgo debe estar a cargo del deudor cuya prestación se ha hecho imposible. Porque si bien es justo que éste quede liberado de responsabilidad por el caso fortuito, no es equitativo, en cambio, que la contraparte que nada recibe siga siempre obligada a cumplir su propia prestación.

5.2 Requisitos para que opere la teoría de los riesgos

Para que entre a operar la teoría de los riesgos deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Existencia de un contrato bilateral;

2. Que la obligación del deudor sea de entregar una especie o cuerpo cierto.

3. Que la cosa debida se pierda o destruya totalmente como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

5.3 Principio contenido en nuestro Código en materia de riesgos

La regla en esta materia está establecida en el art. 1550: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor...". En armonía, en la

compraventa, el artículo 1820 prescribe que "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa...". Y en cuanto a la permuta, se aplican las mismas reglas por mandato del artículo 1900: "las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato...".

La doctrina se divide en cuanto a la solución dada por el Código

Se critica el art. 1550 en razón de lo siguiente:

a) Se trata de una solución manifiestamente injusta, por cuanto una parte debe cumplir su obligación si derecho a recibir nada.

b) Adicionalmente, la regla del art. 1550 ha sido criticada, pues contradice el principio de que "las cosas perecen para su dueño" (*res perit domino*). En efecto, celebrado el contrato y antes de la tradición de la cosa, el deudor continúa siendo su dueño, por lo que si la cosa se destruye fortuitamente, debería ser él quien debiera soportar su pérdida, no pudiendo por ello exigir a su contraparte el cumplimiento de su propia obligación.

La explicación de esta situación tan poco equitativa, radica en que Bello habría copiado esta disposición del Código francés, sin reparar que como allí no se exige la dualidad título modo, bastando el sólo contrato para transferir la cosa, la regla era justa pues el deudor, celebrado el contrato ya había transferido la cosa al acreedor, debiendo por ello este acreedor soportar su pérdida.

c) Esta regla además no toma en cuenta que la causa de los contratos bilaterales es precisamente la obligación recíproca.

Por su parte, quienes estiman que la regla del art. 1550 es correcta señalan lo siguiente:

a) Jurídicamente, la pérdida de la cosa que se debe sólo extingue la obligación del deudor, y no el contrato ni menos la obligación del acreedor.

b) Por su parte, la causa sólo debe existir al momento de celebrarse el contrato, y no es necesario que subsista durante toda la vida de éste.

c) El efecto práctico para el acreedor chileno y francés es idéntico: ninguno va a tener la cosa

d) Finalmente, en el Derecho Romano se habría establecido que el riesgo es del comprador (acreedor), al igual que en el Código.

Atendidas las críticas a la regla del art. 1550, ciertos autores estiman que la solución ideal sería la de un *riesgo compartido*. Por ejemplo, el acreedor sólo debiera pagar la mitad.

5.4 Ámbito de aplicación del art. 1550

Afortunadamente la regla del art. 1550 sentada con tanta universalidad reconoce en la realidad variadas excepciones:

1. Cuando el deudor se constituye en mora de entregar la especie o cuerpo cierto debidos. Así lo dice el mismo art. 1550;

2. Cuando el deudor se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas (art. 1550, parte final);

3. Cuando las partes convienen que el riesgo sea del deudor, cláusula lícita, en virtud de lo establecido en los arts. 1547 inciso final y 1558 inciso final;

4. Cuando la ley así lo establece. Así ocurre:

- En el art. 1950 Nº 1, que establece que el contrato se extingue por la destrucción total de la cosa arrendada. Extinguiéndose el contrato se extinguen las obligaciones de ambas partes;

- En el caso de la obligación condicional: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación..." (art. 1486);.

- En las compraventas condicionales: "salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador" (art. 1820). El riesgo, en consecuencia, es del deudor condicional (vendedor).

- En el contrato para la confección de una obra material cuando los materiales los pone el artífice: "el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra, sino desde su aprobación, salvo que se haya constituído en mora de declarar si la aprueba o no" (art. 1996 inciso 2º). Esto es lógico porque se trata de una venta condicional, que sólo se perfecciona con la aprobación del que encargó la obra y, por lo mismo, por ser una venta sujeta a una condición suspensiva, se llegaría a la misma conclusión aplicando la regla del art. 1486 o, más específicamente, la establecida en el art. 1820. Por ejemplo, se encarga la confección de un traje a un sastre, y la tela y demás materiales los proporciona éste; si se destruyen antes de que el acreedor apruebe el traje, como el peligro corre por cuenta del sastre, éste nada puede cobrar al comprador.

5.5 Pérdida parcial

¿Qué pasa cuando la pérdida de la cosa es parcial? El Código no da reglas especiales, por lo que debe aplicarse la norma del artículo 1550, esto es que el riesgo es del acreedor.

I. LA PRESCRIPCIÓN

1. REGULACIÓN.

El artículo 1567 Nº 10, señala a la prescripción como un modo de extinguir las obligaciones. El inciso final de este artículo señala que la prescripción será tratada al fin de este Libro (libro IV). Y efectivamente, el Código trata de la prescripción en el Título XLII del Libro IV, artículos 2492 y siguientes hasta el artículo 2524.

Como es sabido, **la prescripción puede ser de dos clases**: prescripción adquisitiva o usucapión, que es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales (arts. 588 y 2498 al 2513 del Código Civil); y prescripción extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos. Trata de ella el párrafo 3º del Título XLII, artículos 2514 y siguientes hasta el 2524.

La doctrina ha discutido bastante acerca de la conveniencia de un tratamiento conjunto o separado de ambas. Los elementos comunes de lapso de tiempo e inactividad del titular del derecho, así como algunas reglas comunes, por una parte, y las distintas funciones de cada una, por otra, intervienen en la discusión. Se ha aconsejado, por ejemplo, que la adquisitiva se reglamente entre los modos de adquirir el dominio y la extintiva entre los modos de extinguir las obligaciones.

En cuanto a la ubicación del tema al final del Código, los autores nacionales tienen dada como explicación: el modelo francés y el carácter consolidador de derechos que exhibe la prescripción, como para concluir la obra codificadora.

2. CONCEPTO

El Código en el artículo 2492 define en forma conjunta a la prescripción adquisitiva y extintiva, señalando que "*La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales*" (inc. 1º). *"Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción"* (inc. 2º).

Eliminando lo relativo a la prescripción adquisitiva o usucapión, podemos definir la prescripción extintiva o liberatoria como un *modo de extinguir las acciones y derechos ajenos,*

por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

3. FUNDAMENTO

En general, se señala que la razón para justificar la existencia de la prescripción es el de la certidumbre de los derechos: para beneficio del orden social se procede a consolidar situaciones luego de cierto lapso, que no podrían quedar indefinidamente inciertas.

Así, como fundamentos particulares de la prescripción se han indicado los siguientes: (i) la prolongada falta de ejercicio de un derecho hace presumir en el titular su intención de abandonarlo o renunciarlo; (ii) constituye una sanción para el acreedor negligente en el ejercicio de sus derechos; (iii) la acción del tiempo convierte una situación de hecho en un estado de derecho; (iv) es posible presumir que por el tiempo transcurrido la deuda ha sido satisfecha por otro medio legal; (v) existe un interés social en que las relaciones jurídicas no queden por largo tiempo inciertas.

4. ¿QUÉ SE EXTINGUE POR LA PRESCRIPCIÓN?

Buena parte de la doctrina estima que la prescripción sólo extingue la acción, no el derecho ni la obligación correlativa.

Si bien, el artículo 1567 enumera a la prescripción como un modo de extinguir obligaciones, ello no es así en términos estrictos, pues lo que se extingue con la prescripción es la acción para reclamar el derecho, no el derecho mismo (ni la correlativa obligación), pues en conformidad al artículo 1470 Nº 2, las obligaciones civiles extinguidas por prescripción pasan a transformarse en naturales.

En el mismo error incurriría el artículo 2520 "la prescripción que extingue las obligaciones se suspende...". En cambio, el nombre del párrafo es adecuado "De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales". Lo mismo los artículos 2515, 2516, 2517, 2518, 2521, 2522, 2524, que también hablan de "acciones".

Sin perjuicio de lo anterior, ciertos autores han señalado que la acción tampoco es posible de extinguirse, atendido que la Constitución garantiza a todas las personas el poder recurrir a los tribunales de justicia a realizar peticiones (art. 19 Nºs 3 y 14); es decir, siempre existe el derecho de interponer acciones. Por ende, lo que se extinguiría no sería la acción, sino que la exigibilidad de la obligación.

5. PARALELO ENTRE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y EXTINTIVA

Si bien ambas tienen elementos comunes, son claramente dos instituciones diversas.

(i) La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales; en cambio, la extintiva, es un modo de extinguir las acciones de los derechos ajenos.

(ii) Conforme a buena parte de la doctrina, por prescripción adquisitiva se puede adquirir el dominio o cualquier otro derecho real, con algunas excepciones respecto de cierto tipo de servidumbres (art. 2512 en relación con el art. 882), pero no se pueden adquirir por prescripción derechos personales; esto es, nadie puede ganar el derecho de obligar a otro por prescripción. En tanto, la prescripción extintiva tiene lugar en los derechos reales y personales.

(iii) Otra diferencia importante es que en la prescripción adquisitiva, la posesión es requisito sine qua non. Para ganar por prescripción un derecho es necesario su posesión. Así lo dice el artículo 2492: "por haberse poseído las cosas...". En cambio, la posesión no juega ningún rol respecto de la prescripción extintiva. Eso es lo que quiere significar el artículo 2514 al señalar que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones".

No obstante cumplir ambas prescripciones funciones distintas, tienen en común algunos elementos: a) la inactividad de una parte; b) el transcurso del tiempo, y c) ambas cumplen la función de dar estabilidad a los derechos y relaciones jurídicas. Ello explica que haya reglas comunes a ambas prescripciones (artículos 2493, 2494, 2497).

6. REGLAS COMUNES A TODA PRESCRIPCIÓN

Cuando hablamos de reglas comunes a toda prescripción queremos significar que operan tanto respecto de la prescripción adquisitiva como de la extintiva.

Estas reglas son las siguientes:

1. Toda prescripción debe ser alegada;
2. Toda prescripción puede ser renunciada una vez cumplida; y
3. Corre por igual en contra de toda clase de personas.

6.1 Toda prescripción debe ser alegada

i. Concepto

Así lo exige el artículo 2493: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio". El que la prescripción deba ser alegada pareciera estar en contradicción con el hecho que el art. 2514 señale que la prescripción "exige *solamente* cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones".

Esta aparente contradicción hace preguntarse desde cuando debe estimarse la acción extinguida por prescripción: desde que transcurre el tiempo legal, o bien, adicionalmente, desde que se dicta una sentencia judicial que la declara. En otras palabras, **¿la prescripción opera *ipso iure* por el sólo transcurso del tiempo o por el contrario requiere de una sentencia judicial?**

Sobre la materia han existido posturas doctrinales y jurisprudenciales en ambos sentdis.

Conforme a gran parte de la doctrina, el principio que corresponde aplicar es que la acción se entiende extinguida por no haberse ejercido en el tiempo que determina la ley. Lo que ocurre es que asimismo se exige que sea alegada por imperar en materia procesal civil el principio de la pasividad de los tribunales, consagrado en artículo 10 inciso 1º del Código Orgánico de Tribunales; adicionalmente se justifican que la prescripción tenga que ser alegada el que el deudor debe probar en juicio que se encuentran cumplidos los requisitos de la prescripción, y enseguida, porque es necesario dar al deudor la oportunidad procesal para que pueda renunciar a la prescripción (artículo 2494).

En otras palabras, los *efectos sustanciales* de la prescripción se producen *ipso iure* por el sólo transcurso del tiempo, y desde ese momento el deudor no es obligado a cumplir (o bien tiene "derecho a no cumplir"). Pero ello carece de una trascendencia práctica, desde que se requiere la invocación por el deudor de ese efecto y su reconocimiento por la sentencia, la que se debe limitar a constatar la concurrencia de los requisitos de la prescripción.

ii. Forma de alegar la prescripción

La prescripción extintiva, nadie lo discute, puede oponerse como excepción.

Desde un punto de vista procesal, se trata de una de las excepciones "anómalas" contempladas en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, pues se puede plantear en cualquier estado de la causa pero "no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda". En el caso del juicio ejecutivo, la situación es distinta pues la prescripción extintiva sólo puede oponerse en el escrito de excepciones (artículos 464 Nº 17 y 465 del Código de Procedimiento Civil).

Se ha discutido por algunos si la prescripción extintiva se pueda alegar además por vía de acción. Para ello se han dado diversas razones. Así por ejemplo, se ha dicho que no hay acción de prescripción, porque las acciones nacen de los derechos, reales o personales (artículos 577, 578) y en el caso de la prescripción extintiva no habría ningún derecho del cual pudiera derivar; que no habría utilidad en la declaración desde el momento que el acreedor no está cobrando su crédito; que tendría un fondo inmoral.

Ninguno de estos argumentos parece atendible. Respecto del primero, la doctrina hoy día estima que para que haya acción basta que exista interés, y éste lo hay en el deudor, y consiste en ser liberado de la obligación, lo que sólo va a conseguir con la sentencia que declare la prescripción. Y en algunos casos tiene particular importancia esta declaración, como ocurre cuando la deuda, cuya declaración de prescripción se persigue, está garantizada con prenda o hipoteca.

En cuando al argumento que sería inmoral que el mismo deudor, a sabiendas de que no ha pagado, solicitara la prescripción, no se ve por qué podría ser más inmoral esto que alegar la misma por vía de excepción frente a una demanda del acreedor.

El principio es que si hay interés hay acción. Por ello, al tener el deudor interés en ser liberado de su obligación, parece incuestionable que puede alegar la prescripción extintiva como acción. Así, por lo demás, lo ha entendido la doctrina (Abeliuk, Somarriva, Emilio Rioseco E.). En el mimo sentido T. 33, sec. 1ª, p. 373; T. 41, sec. 1ª, p. 289; T. 45, sec. 2ª, p. 49; T. 64, sec. 1ª, p. 236, etc. En contra T. 37, sec. 1ª, p. 348.

iii. Excepciones a la regla de que toda prescripción debe ser alegada

Hay algunos casos, en que no es necesario alegar la prescripción, debiendo el tribunal declararla de oficio. Ello ocurre en los casos siguientes:

a) En la prescripción de la acción ejecutiva, pues el artículo 441 del Código de Procedimiento Civil, obliga al tribunal a examinar el título ejecutivo y el artículo siguiente señala que "el tribunal denegará la ejecución si el título presentado tiene más de 3 años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible..."; y

Respecto de la prescripción de la acción ejecutiva, se ha señalado que más que un caso de prescripción es un caso de caducidad, lo que tiene trascendencia para distintos efectos, v. gr.: que no es necesario alegar la prescripción, y no se suspende. Así lo ha dicho la jurisprudencia (T. 18, sec. 1ª, p. 23).

b) La prescripción de la acción penal y de la pena (art. 102 del Código Penal).

6.2 <u>Toda prescripción puede ser renunciada pero sólo una vez cumplida</u>

i. Fundamento

Así lo establece el artículo 2494 inciso 1º. Se explica la exigencia de que esté cumplida, pues de hacerse antes del vencimiento del plazo, la actitud del acreedor importaría una interrupción natural de la prescripción (artículo 2518 inciso 2º).

Además, si se aceptare la renuncia en forma anticipada, pasaría a ser cláusula de estilo que los acreedores exigirían a sus deudores, con lo que se perdería el efecto estabilizador de derechos que persigue la prescripción.

ii. La renuncia puede ser expresa o tácita

Es **expresa** cuando se hace en términos formales y explícitos; y es **tácita** "*cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho… del acreedor, por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción,… el que debe dineros paga intereses o pide plazo*" (artículo 2494 inciso 2º).

iii. Capacidad para renunciar la prescripción

En conformidad ala artículo 2495 "*no puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar".*

iv. Efectos de la renuncia

La renuncia de la prescripción es de efectos relativos, sólo afecta al que la hace. Luego, no alcanza a los terceros obligados. Por consiguiente, si el deudor renuncia a la prescripción, y la obligación se encontraba afianzada, la renuncia no afecta al fiador, quien de todas formas podrá oponer la excepción de prescripción. Así lo establece el artículo 2496: "El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor". No obstante los términos limitativos de la norma -hace referencia únicamente a los fiadores- es obvio que el principio tiene alcances más amplios, habiéndose fallado que el tercer poseedor de la finca hipotecada puede oponer la prescripción, aunque la haya renunciado el deudor personal (T. 41, sec. 1ª, p. 368). Así lo entiende la doctrina (Abeliuk, Emilio Rioseco).

6.3 La prescripción corre igual contra toda clase de personas

Así lo establece el artículo 2497: "*Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".*

Esta norma tiene más bien una explicación histórica. Antiguamente se establecían plazos distintos para prescribir, considerando la calidad de las personas. Bello, quiso innovar y estableció la disposición que venimos comentando.

La parte final del artículo 2497 deja en claro que esta **regla de la igualdad se aplica a los "particulares que tienen la libre disposición de lo suyo**". Lo anterior está dicho para compatibilizar esta disposición con la institución de la suspensión de la prescripción, de que trata en el artículo 2509, pues ésta implica que respecto de ciertas personas -las que indica el artículo 2509- los plazos de prescripción se prolonguen.

7. REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Los requisitos de la prescripción extintiva son los siguientes:

1. Acción prescriptible;
2. Inactividad de las partes; y
3. Tiempo de prescripción.

7.1 Acción prescriptible

La regla es que toda acción sea prescriptible. Sin embargo, y por razones superiores, se establecen algunas excepciones: a) la acción de partición (artículo 1317); b) la acción para reclamar el estado de hijo, padre o madre (artículo 320); c) las acciones que emanan del derecho a reclamar la filiación (art. 195); d) la acción de demarcación y cerramiento. Esto último, no lo dice expresamente la ley, pero así lo entiende la doctrina, por tratarse de una manifestación del derecho de dominio, que no se extingue por el no uso. Creemos que en el mismo caso está la acción de precario (art. 2195 inciso 2º).

7.2 Inactividad de las partes

i. Generalidades

Para que opere la prescripción extintiva se requiere que el acreedor haya observado una actitud pasiva. Con más exactitud, no debe haber requerido judicialmente a su deudor exigiéndole el cumplimiento de su obligación. De manera que la prescripción extintiva viene a ser una especie de sanción para el acreedor indolente que deja pasar períodos prolongados, sin hacer efectivos sus créditos.

Pero no basta con la inactividad del acreedor. También el deudor tiene que haber mantenido una actitud pasiva pues, en caso contrario, se produce una interrupción natural que obsta a la prescripción (artículo 2518 inc. 2º) (T. 60, sec. 2º, p. 130).

ii. Interrupción de la prescripción extintiva

a. Concepto

El artículo 2518 señala que "la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya naturalmente, ya civilmente" (inc. 1º). "Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente" (inc. 2º). "Se interrumpe civilmente, por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2503" (inc. 3º).

La interrupción de la prescripción extintiva produce el rompimiento de la inactividad de la relación jurídica por la acción del acreedor para cobrar su crédito o por un reconocimiento del deudor de su obligación, y hace perder todo el tiempo corrido de la prescripción.

b. Interrupción natural

Se produce por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente (artículo 2518 inc. 2º). La norma es bastante amplia, por lo que queda comprendido cualquier acto que suponga reconocimiento de la deuda: ej. pedir prórrogas,o rebajas, hacer abonos, pagar intereses por la deuda, otorgar nuevas garantías, constituirlas si la obligación no las tenía, etc. Este reconocimiento del deudor tiene que hacerse mientras el plazo de prescripción está pendiente, pues, en caso contrario, esa misma actitud constituye una renuncia tácita a la prescripción (art. 2494 inc. 2º). En este sentido T. 43, sec. 1ª, p. 2.

Algunos autores -Fueyo, Ecríbar Mandiola- entienden que importando la interrupción natural y la renuncia de la prescripción actos de igual naturaleza, en que sólo varía el tiempo en que se realizan, debería exigirse también en este caso capacidad de disposición (art. 2495).

c. Interrupción civil

El artículo 2518, en su inciso 3º, expresa que "se interrumpe civilmente (la prescripción) por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2.503".

Relacionado los artículos 2518 y 2503, se tiene, que para que haya interrupción civil, deben cumplirse los siguientes **requisitos**:

1) Demanda judicial;
2) Notificación legal de la demanda;
3) Que no se haya producido alguna de las situaciones contempladas en el artículo 2503 (abandono del procedimiento, desistimiento de la demanda o sentencia absolutoria).

c.1 Demanda judicial

El artículo 2518 inc. 3º, es absolutamente claro "se interrumpe civilmente por la demanda judicial....".

Ningún requerimiento privado es suficiente para interrumpir la prescripción.

A pesar de que la norma parece clara, ha habido dudas sobre el alcance de la expresión "demanda judicial". El problema radica en determinar si cualquier gestión judicial es

suficiente para interrumpir la prescripción o, si, por el contrario, tiene que tratarse de la contemplada en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, destinada a hacer efectiva la obligación. La discusión se ha planteado especialmente en relación con las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva. ¿Constituyen éstas, una demanda judicial, capaz de interrumpir la prescripción?. Lo mismo puede decirse, en el caso en que existe una medida prejudicial o prejudicial precautoria.

La doctrina y jurisprudencia está dividida en este punto. Así, por ejemplo, Fueyo, cree que tiene que tratarse de una demanda formal porque la voz demanda tiene un sentido procesal bien claro y además señala la diferente redacción del precepto con su equivalente en la prescripción adquisitiva, el art. 2503, que considera la interrupción civil como todo "recurso judicial" del que se pretende verdadero titular del derecho. En cambio, Escribar y Abeliuk sostienen que la expresión demanda judicial no debe ser tomada en su sentido procesal estricto, sino en uno amplio, como cualquier gestión del acreedor efectuada ante la justicia con el objeto de exigir directamente el pago, o preparar o asegurar el pago pues en todas ellas el acreedor sale de su inactividad. Respecto a la jurisprudencia, están por el sentido amplio los siguientes fallos (T. 46, sec. 1ª, p. 647; T. 50, sec. 1ª, p. 320; T. 52, sec. 1ª, p. 185; T. 60, sec. 2ª, p. 130; Fallos del Mes, Nº 264, p. 394). Por la tesis contraria (T. 36, sec. 1ª, p. 225; T. 74, sec. 4º, p. 298; T. 83, sec. 1ª, p. 41).

En relación con el requisito que estamos estudiando, se ha fallado en forma reiterada, que la demanda presentada ante tribunal incompetente interrumpe la prescripción, lo que parece atendible desde que desaparece la situación de pasividad del acreedor que es el supuesto de la prescripción extintiva. En este sentido T. 44, sec. 1ª, p. 130; T. 52, sec. 1ª, p. 145; T. 62, sec. 3ª, p. 69; y T. 66, sec. 3ª, p. 78.

c.2 Notificación legal de la demanda

Para que opere la interrupción no basta la presentación de la demanda, sino que es necesario que esta se encuentre legalmente notificada (artículo 2503, Nº 1).

O sea, la demanda debe notificarse al deudor, y la notificación ha de cumplir los requisitos establecidos por la ley; si posteriormente se anula la notificación efectuada no se ha interrumpido la prescripción.

Tradicionalmente se ha entendido que para que opere la interrupción, la demanda tiene que notificarse antes del vencimiento del plazo de prescripción. Sin embargo, una sentencia de la Corte de Valparaíso, ha establecido que "la interrupción civil de la prescripción se cuenta desde la presentación de la demanda o del recurso judicial, y si bien sin su notificación ella carece de significado procesal, una vez efectuada la notificación se retrotrae en sus efectos a la fecha de la presentación de aquélla" (T. 60, sec. 2ª, p. 130).

Cabe agregar que el fallo de la Corte de Valparaíso, recién citado, no ha hecho escuela y es así como la Excma. Corte Suprema, en sentencia publicada en T. 88, sec. 1ª, p. 102, vuelve a la tesis tradicional de que la notificación tiene que hacerse antes de la extinción del plazo.

c.3 Que no se haya producido alguna de las situaciones previstas en el artículo 2503

No obstante haberse demandado con oportunidad, no se produce la interrupción civil en los casos que señala el artículo 2503, esto es:

(1) Cuando la demanda no ha sido notificada en forma legal (art. 2503 Nº 1);

(2) Cuando el actor se ha desistido de su demanda (arts. 148 al 151 del Código de Procedimiento Civil) o cuando se ha producido el abandono del procedimiento (es lo que antes de ley 18.705 del 24 de mayo de 1988, se llamaba abandono de la instancia, materia reglamentada en los arts. 152 a 157 del Código de Procedimiento Civil) (art. 2503 Nº 2) y

(3) Cuando el demandado obtuvo sentencia absolutoria (art. 2503 Nº 3). Respecto de este punto, se ha fallado que no constituye sentencia absolutoria la que rechaza la demanda ejecutiva por faltar al título algún requisito para tener mérito ejecutivo (T. 46, sec. 1ª, p. 186). También se ha resuelto que la sentencia que declara la incompetencia del tribunal no es absolutoria y por lo tanto ha operado la interrupción de la prescripción (T. 89, sec. 3ª, p. 246). Estas sentencias acogen la doctrina de estimar como sentencias absolutorias únicamente cuando ellas se han fundado sobre motivos de fondo del pleito, esto es, sobre la existencia o extinción de la obligación.

d. Efectos de la interrupción

El efecto de la interrupción, civil o natural, es hacer perder todo el tiempo anterior. Favorece, en consecuencia, al acreedor y perjudica al deudor.

La regla es que los efectos sean relativos, pues si es civil, supone un juicio que sólo afecta a las partes litigantes (art. 3 inc. 2º); y si es natural importa una manifestación de voluntad, expresa o tácita, que sólo produce efectos para quien la hace. Esta regla está consignada en el artículo 2519, primera parte: "La interrupción que obra en favor de uno o varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros...".

Excepciones a esta regla:

1. En el caso de la solidaridad. Así lo consigna el mismo artículo 2519, en su parte final: "a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516". Una excepción a esta regla se encuentra en el artículo 100 de la ley 18.092, sobre letras de cambio, pues no obstante que todos los obligados al pago se encuentran obligados solidariamente, "la prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución". Véase sentencia T. 82, sec. 1ª, p. 92.

2. Cuando las obligaciones son indivisibles. Al respecto dice el artículo 1529: "La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros".

- La interrupción de la prescripción de la obligación principal interrumpe la prescripción de la obligación accesoria. Se ha planteado el problema de resolver qué ocurre con la prescripción de las obligaciones accesorias, cuando se ha producido la interrupción de la obligación principal. Ejemplo, se constituye una hipoteca para garantizar una deuda ajena. El deudor principal, solicita una prórroga (interrupción natural) ¿le afecta ésta al tercer poseedor de la finca hipotecada?.

Si aplicamos la regla de que la interrupción es de efectos relativos habría que entender que sólo afectaría al deudor principal, pero no al tercer poseedor de la finca hipotecada, conclusión que repugna con el principio accesorio de toda caución. Por ello a Ramos le parece correcta la sentencia que resuelve que "la interrupción de la prescripción de la obligación principal interrumpe la prescripción de la acción hipotecaria (T. 48, sec. 1ª, p. 231. En el mismo sentido, T. 88, sec. 2º, p. 20; T. 88, sec. 2º, p. 46; T. 88, sec. 1ª, p. 64; T. 89, sec. 2ª, p. 46; T. 89, sec. 1ª, p. 178; T. 89, sec. 1ª, p. 194). En sentido contrario se ha resuelto que "la notificación civil de la demanda al deudor principal, no interrumpe civilmente la prescripción que corre contra el tercer poseedor, según se desprende de lo establecido en los artículos 100 de la ley 18.092 y 2519 del Código Civil" (Gaceta Jurídica Nº 122, p. 33). Este fallo se explica por lo que dispone el inciso 1º del artículo 100 de la ley 18.092 "La prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se le notifique la demanda judicial de cobro de la letra...".

Emilio Rioseco, comenta la sentencia del T. 48, sec. 1ª, p. 231 en los siguientes términos: "Las acciones accesorias, como la que tiene el acreedor contra el tercer poseedor de la finca hipotecada o contra el fiador, no tienen un plazo propio de prescripción, sino que corren la suerte de la acción principal (art. 2516 del Código Civil). De donde se sigue que, interrumpida la prescripción de esta última, el acto interruptivo es oponible al tercer poseedor y al fiador en su caso. Estos no pueden alegar la prescripción". Y en seguida, agrega "A la inversa, la interrupción de la prescripción de la acción accesoria no afecta a la prescripción de la acción principal, pudiendo oponer esta última el deudor al acreedor demandante". Sobre este punto también se ha fallado que "por el propio carácter accesorio de la hipoteca, no puede

sostenerse que la notificación de desposeimiento practicada al tercer poseedor de la finca hipotecada afecta o perjudica al deudor principal, ya que la obligación de éste tiene vida propia e independiente y no puede, en consecuencia, verse dañada por el ejercicio de la acción hipotecaria, como lo confirma el artículo 2425 del Código Civil. Por otra parte, si, como lo establece el artículo 2519 de ese texto legal, la interrupción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores no perjudica a los otros, salvo que sean solidarios, es razonablemente insostenible que la interrupción que obra en perjuicio de una persona que ni siquiera es propiamente deudor -caso del tercer poseedor de la finca hipotecada- pueda obrar en contra del único deudor de la obligación principal" (Gaceta Jurídica Nº 138, p. 103).

Según Abeliuk hay que tener presente, en primer lugar, que el art. 2519, al consagrar el efecto relativo de la interrupción, sólo se refiere al caso de la pluralidad de acreedores y deudores y no a las obligaciones de garantía, y en seguida, que el art. 2516 fue bien claro en orden a que éstas prescriben conjuntamente con la obligación a que acceden. Si la interrupción afectara a la obligación principal, y no a la caución, ésta prescribiría antes que aquélla, y viceversa.

7.3 Tiempo de prescripción

En relación con este requisito, que es el más característico de la prescripción extintiva, debemos distinguir entre:

i. Prescripciones de largo tiempo, y dentro de ésta, debemos subdistinguir entre: a) prescripciones de acciones personales ordinarias; b) prescripciones de acciones ejecutivas, c) prescripciones de obligaciones accesorias; d) prescripciones de acciones reales de dominio y herencia; y e) prescripciones de acciones reales provenientes de las limitaciones del dominio

ii. Prescripciones de corto tiempo

iii. Prescripciones especiales.

Es importante tener presente que en toda prescripción extintiva "***el tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible***" (art. 2514 inc. 2º).

Por excepción, el plazo de prescripción de ciertas acciones no se cuenta desde la exigibilidad de la obligación, sino desde otros momentos específicamente señalados para el caso por la ley; así, se cuentan desde la celebración del acto o contrato los plazos del pacto comisorio (art. 1880) y de la acción pauliana (art. 2468). La acción de indemnización por los hechos ilícitos comienza a prescribir desde la perpetración del hecho (art. 2332).

i. Prescripciones de largo tiempo

i.1 Clases

(1) Prescripción de las acciones personales ordinarias

Es de 5 años contados desde que la obligación se ha hecho exigible (art. 2515 inc. 1º).

Como lo señala el propio precepto, este plazo es la regla general para la prescripción extintiva; en consecuencia, para que no se aplique, se requiere una disposición legal que expresamente señale otro, como ocurre, por ejemplo, en la indemnización del hecho ilícito, en el pacto comisorio, en la acción pauliana, en la nulidad, etc.

(2) Prescripción de la acción ejecutiva

Es de tres años, desde que la obligación se ha hecho exigible (art. 2515 inc. 1º). Esta regla tiene algunas excepciones, en que la ley ha fijado plazos especiales, como ocurre, por ejemplo, con el cheque protestado en que la acción contra los obligados prescribe en un año contado desde la fecha del protesto (art. 34 de la Ley sobre cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, D.F.L. 707 de 21 de julio de 1982).

En el caso de la acción cambiaria del portador de una letra cambio o pagaré contra los obligados al pago, prescribe en un año contado desde el vencimiento del documento (art. 98 de la ley 18.092). Se ha resuelto que, como la ley no distingue entre la acción ejecutiva y ordinaria, debe entenderse que en ese plazo de un año prescriben ambas (Gaceta Jurídica Nº 124, p. 15; Nº 108, p. 54).

Respecto de la prescripción de la acción ejecutiva, cabe tener presente lo siguiente:

- Que transcurridos 3 años, la acción ejecutiva se transforma en ordinaria por 2 años más (art. 2515 inc. 2º). Po tanto, no es propiamente la acción de cobro la que prescribe, sino el mérito ejecutivo de ella. La acción misma precribe en 5 años, durando 3 como ejecutiva si reúne los requisitos legales para ello, y los 2 restantes como ordinaria.

- Que puede ser declarada de oficio, de acuerdo al artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha hecho a un sector de la doctrina afirmar que se trata de un caso de caducidad más que de prescripción (Abeliuk, Somarriva). Tiene una opinión contraria Emilio Rioseco Enríquez, para quien "esta tesis no es aceptable sin reparo, ya que en este caso la extinción no opera de pleno derecho y los artículos 2518 del Código Civil, en cuanto a la interrupción, y el 2509, en cuanto a la suspensión, son aplicables tanto a las acciones ordinarias como a las ejecutivas (art. 2514), características propias de la prescripción extintiva y no de la caducidad".

(3) Prescripción de las obligaciones accesorias

Se refiere a estas obligaciones el artículo 2516: "*La acción hipotecaria, y las demás que procedan de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación principal a que acceden".*

Luego, las acciones provenientes de las cauciones reales o personales no tienen un plazo propio de prescripción sino que, en virtud del principio de lo accesorio, prescriben junto con la obligación principal que garantizan. Por ello, si se está asegurando, por ejemplo, con hipoteca el pago de un honorario profesional, como esa obligación prescribe en dos años (art. 2521, inc. 2º), en el mismo tiempo prescribirá la acción hipotecaria. En relación con lo que se viene diciendo, la Corte de Santiago en fallo de 15 de noviembre de 1989 resolvió que "La acción hipotecaria no tiene un plazo fijo y propio de prescripción, sino que prescribe junto con la obligación principal a la que accede, el que es de un año, cuando la obligación garantizada emana de un pagaré (artículo 2516 del Código Civil y 98 de la ley 18.092)" (Gaceta Jurídica Nº 122, p. 33).

(4) Prescripciones de acciones reales de dominio y de herencia

Se refiere a ellas, el artículo 2517: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". Ello quiere decir que, en el caso del dominio, por ejemplo, la acción para reclamarlo -acción reivindicatoria- se va a extinguir cuando un tercero haya adquirido la cosa por prescripción adquisitiva. Ello explica que la acción reivindicatoria no tenga un plazo propio de prescripción, pudiendo interponerse mientras se sea dueño de la cosa.

Por la misma razón, la acción de petición de herencia va a prescribir en el plazo de 10 ó 5 años, que son los plazos de prescripción adquisitiva del derecho de herencia, en conformidad a los artículos 2512 Nº 1, 704 Nº 4 y 1269.

(5) Prescripciones especiales en el caso de las limitaciones del dominio

Debe distinguirse entre los derechos de usufructo, uso y habitación, por un lado, y derecho de servidumbre, por otro.

De acuerdo al art. 766 "el derecho de usufructo se puede constituir de varios modos: 4° Se puede también adquirir un usufructo por prescripción". Por su parte, el N° 5 del art. 806 establece que "el usufructo se extingue también por prescripción".

En primer lugar, hay algo que es claro y no se discute: la acción para reclamar el usufructo se extinguirá por la prescripción adquisitiva del derecho de usufructo por otra persona, de acuerdo a la regla general del art. 2517, y en la misma forma señalada para el dominio y la herencia. Dicho de otra manera, un tercero adquiere el usufructo por

prescripción adquisitiva, según lo dispuesto en el art. 766, y con ello la persona a quien correspondía el usufructo adquirido, lo pierde y con él la acción para reclamarlo.

Así ocurrirá cuando el derecho de usufructo provenga de una persona que no tenía derecho a constituirlo o transferirlo, de manera que el adquirente quedará únicamente como poseedor del derecho de usufructo adquirido; hay varias situaciones posibles. Por ejemplo, el nudo propietario transfiere la propiedad íntegra; él solo puede transferir la nuda propiedad, y ésta la adquirirá el adquirente por la tradición que se le efectúe. Pero como el nudo propietario no tiene el usufructo, no puede transferir el derecho al mismo, y quien adquirió la propiedad íntegra, quedará como poseedor del derecho de usufructo, pudiendo llegar a adquirirlo por prescripción adquisitiva. Otro caso sería que el constituyente del usufructo no fuera dueño del objeto sobre el cual constituye el usufructo, o que sobre aquél constituyera sucesivamente un usufructo a favor de una persona y luego en beneficio de otra. En todas estas situaciones, el adquirente por la tradición no puede adquirir el derecho de usufructo mismo, pero sí puede hacerlo por prescripción adquisitiva, poniendo en consecuencia término al derecho del legítimo usufructuario y a su acción para reclamarlo. Hasta aquí no hay discusión alguna, pero ocurre que el art. 806 declara que el usufructo se extingue por prescripción; no hay duda que ello ocurre en los casos ya señalados, esto es, cuando el usufructo es adquirido por un tercero por la prescripción adquisitiva, pero se ha controvertido, en cambio, si el usufructo podría perderse frente al nudo propietario por su no ejercicio por el usufructuario durante un cierto lapso.

El art. 617, inc. 5° del Código francés, admite expresamente la prescripción extintiva del usufructo por el no ejercicio de éste, al declarar que el usufructo se extingue "por el no uso del derecho durante 30 años".

Entre nosotros, Claro Solar, preconiza la misma solución, esto es, que el usufructo se extingue por la prescripción extintiva ordinaria de 5 años del art. 2515, y por no haberse ejercido durante ese lapso. Se basa fundamentalmente: i) en que el art. 806 es muy semejante al artículo citado del Código francés, y no hace ninguna clase de distinciones entre la prescripción extintiva por haber operado una adquisitiva, y la meramente liberatoria; luego resulta lógico aplicarla a ambas. La única diferencia es que el precepto francés señaló expresamente el lapso de la prescripción; ii) en el nuestro, éste resultará de la aplicación de la regla general del art. 2515. Este precepto se limita a establecer que en general el tiempo para extinguir una acción es de 5 años; no puede aplicársele al dominio por su carácter perpetuo, pero siendo el usufructo, a la inversa, un derecho limitado, no hay inconveniente en aplicarle la disposición.

En contra de esta opinión está la de Arturo Alessandri, quien estima que "para que prescriba el derecho de usufructo no basta el simple no uso, pues las acciones para reclamar un derecho se extinguen por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2517) y, además, dentro de las concepciones de nuestro Código Civil, el

usufructuario tiene el derecho de dominio sobre su usufructo, dominio que no pierde mientras otra persona no lo haya ganado por prescripción adquisitiva".

Abeliuk comparte la tesis de Claro Solar, porque en caso contrario el art. 806, N° 5, sería más bien innecesario; a la misma conclusión habría llevado el art. 2517.

Lo dicho del derecho de usufructo, es aplicable también a los derechos de uso y habitación, atendido lo dispuesto en el artículo 812 del Código Civil.

Finalmente, en el caso de las servidumbres, si el titular las deja de gozar durante 3 años, se produce la prescripción extintiva, de acuerdo al artículo 885 Nº 5. Según Abeliuk no habría inconveniente, además, para aplicar la regla general del art. 2517 de que la acción para reclamar la servidumbre se extingue por la prescripción adquisitiva de ella por un tercero.

i.2 Suspensión de la prescripción extintiva de largo tiempo

La suspensión de la prescripción es un beneficio especial que la ley otorga a los acreedores incapaces y a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para que la prescripción no corra en su contra mientras dure la incapacidad o la sociedad conyugal.

En el caso de la prescripción extintiva, el artículo 2520, establece que "La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1º y 2º del artículo 2509" (inc. 1º). Esta última disposición, en su número 1º contempla a los menores; dementes, sordomudos; y a todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría (todos ellos incapaces); y en su número 2º, a la mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta.

La suspensión no se mantiene indefinidamente, ya que el art. 2520 agrega que "Transcurridos 10 años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente" (inc. 2º). La doctrina estima que este plazo de 10 años se cuenta desde que la obligación se hizo exigible.

Según algunos -Abeliuk, Somarriva- esta suspensión se aplica a la prescripción extintiva ordinaria, no a la ejecutiva (T. 18, sec. 1ª, p. 23), lo que se explica por tratarse de un caso de caducidad más que de prescripción. Emilio Rioseco estima que esta conclusión no tiene asidero en la ley.

Mientras la interrupción hace perder todo el tiempo de la prescripción; la suspensión impide que ella corra, pero no pierde el plazo ya transcurrido. Por ejemplo, corridos dos años de prescripción, el acreedor es declarado en interdicción por demencia. Ella dura cuatro años, y entonces comienza a correr de nuevo la prescripción, tomándose en cuenta los dos años que alcanzaron a transcurrir.

La interrupción es común a toda prescripción, mientras que la suspensión no tiene lugar en las de corto plazo y según algunos tampoco en la ejecutiva.

Comentario especial amerita el problema de la suspensión entre cónyuges. Al respecto, debe recordarse que la prescripción adquisitiva se suspende siempre entre cónyuges por así disponerlo el inciso final del art. 2509, lo que significa que el marido o la mujer no pueden nunca adquirir bienes del otro por prescripción adquisitiva. Sin embargo, cuando el art. 2520 hace aplicable a la prescripción extintiva las reglas que el art. 2509 establece para la suspensión de la usucapión, sólo se remite a los números 1 y 2 de dicha disposición, y no a su inciso final, relativo a la suspensión entre cónyuges.

Para cierta doctrina, pese a la remisión limitada al art. 2509, igualmente la prescripción extintiva debiera siempre suspenderse entre cónyuges, atendido que ello atiende a los mismos fundamentos que en la usucapión, como es evitar conflictos dentro de la familia.

En cambio, otros estiman que no opera la suspensión entre cónyuges de la prescripción extintiva. Y ello no sólo porque el art. 2520 no la hace aplicable, sino que también porque estiman que es m mucho más grave que se diera la usucapción que la prescripción liberatoria

ii. Prescripciones de corto tiempo

El párrafo IV del Título 42 del Libro IV del Código Civil, artículos 2521 al 2524, tratan "De ciertas acciones que prescriben en corto tiempo".

Se trata de casos especiales, que constituyen excepciones a la regla de prescripción del artículo 2515. Se clasifican en aquellas denominadas presuntivas de pago (que a su vez se dividen de 3, 2 y 1 año) y las prescripciones especiales.

ii.1 Prescripciones presuntivas de pago

ii.1.1 Clases

(1) Prescripciones de 3 años

Están contempladas en el artículo 2521 inc. 1º: "Prescriben en tres años las acciones a favor o en contra del Fisco y de las Municipalidades provenientes de toda clase de impuestos".

Respecto de estas prescripciones, cabe formular los siguientes alcances:

- Se refieren exclusivamente a las acciones relativas a impuestos; y

- El Código Tributario y otras leyes particulares, contemplan normas sobre prescripción de ciertas obligaciones tributarias, que por ser especiales deben aplicarse con preferencia a las del Código Civil. Especial importancia presentan los artículos 200 al 202 del Código Tributario.

(2) Prescripciones de dos años (prescripción de honorarios de los profesionales liberales)

El artículo 2521 inciso 2º, establece que: "Prescriben en dos años los honorarios de jueces, abogados, procuradores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general, de los que ejercen cualquier profesión liberal".

Para que se apliquen estas reglas tienen que cumplirse copulativamente los dos requisitos del artículo 2521: a) que se trate de profesionales liberales; y b) que correspondan a honorarios profesionales. Por ello, si el profesional tiene un contrato de trabajo sujeto a un sueldo, no rigen estas normas sino las de la legislación laboral.

La prescripción comienza a correr desde que la obligación de pagar los honorarios se ha hecho exigible (art. 2514 inc. 2º). Pueden generarse problemas cuando se trata de honorarios correspondientes a servicios prolongados, por ejemplo, cuando un médico atiende no una consulta aislada, sino al paciente durante toda una larga enfermedad. La idea que predomina es que el plazo de prescripción empieza a correr desde que se terminan de prestar los servicios, a menos que se hayan fijado fechas especiales para su pago, caso en que se deberá contar desde éstas. En ese sentido la jurisprudencia (T. 63, sec. 1ª, p. 283; T. 32, sec. 1ª, p. 494).

(3) Prescripciones de un año

Las establece el artículo 2522: "*Prescriben en un año la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que despachan al menudeo"* (inc. 1º) *"La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc."* (inc. 2º).

Respecto a esta disposición es importante precisar algunos de sus términos: "mercader", es sinónimo de comerciante; "despachar", significa "vender"; "despachar al menudeo", significa "vender por menor".

En cuanto al inciso 2º, es obvio que las actividades que en el se señalan no son taxativas. Lo importante para que tenga aplicación es que se trate de servicios accidentales o que se prestan en forma periódica (podría ser jardineros, personas que cortan el pelo a los perros, etc.).

ii.1.2 Las prescripciones de corto tiempo de los artículos 2521 y 2522, no se suspenden

Así lo señala el artículo 2523: "*Las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna*".

ii.1.3 Interversión de las prescripciones de corto tiempo

El artículo 2523, establece que estas prescripciones de corto tiempo se interrumpen:

1. Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor (interrupción natural); y

2. Desde que interviene requerimiento (interrupción civil).

El efecto que produce esta interrupción es que "en ambos casos sucede a la prescripción de corto tiempo la del artículo 2515" (art. 2523 inciso final). En otras palabras, la prescripción de corto tiempo, deja de ser tal y pasa a ser de largo tiempo. Este efecto especial de la interrupción, es lo que en doctrina se denomina "interversión de la prescripción".

Respecto a lo dicho en el Nº 2 del articulo 2523, se ha fallado que se refiere al requerimiento extrajudicial (T. 64, sec. 1ª., p. 236), pues si hay demanda judicial, se aplican las reglas generales de los artículos 2503 y 2518. Esta es también la opinión de Emilio Rioseco. Hay fallos en sentido contrario (T. 78, sec. 2ª, p. 73).

ii.2 Prescripciones especiales

El artículo 2524 del Código expresa que "*Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla*".

Respecto de estas prescripciones especiales, debe tenerse presente:

1. Que son prescripciones de corto tiempo (así lo dice el art. 2524) o sea, de menos de 5 años.

2. Que corren contra toda persona (no se suspenden) salvo situaciones excepcionales, ej. arts. 1692 inc. 2º y 1216 inc. 2º.

3. Que no se aplican respecto de ellas las reglas especiales de interrupción, contempladas en el artículo 2523, pues ella sólo rigen para las prescripciones mencionadas "en los dos artículos precedentes", esto es, los artículos 2521 y 2522 (art.

2523 inc. 1º); luego aquí la interrupción se rige por las reglas generales de la prescripción de largo tiempo.

Siguiendo a don Pedro Lira tradicionalmente se agrupa a estas prescripciones especiales en:

- Acciones derivadas del estado civil, como las de nulidad de matrimonio, de divorcio, impugnación de filiación, etc.

- Acciones rescisorias, como la de nulidad relativa, de lesión enorme, acción pauliana (para quienes así la califican), etc.

- Acciones de garantía, como el saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios.

- Acciones provenientes de actos y contratos generadores de obligaciones, como son los hechos ilícitos, el pacto de retroventa, etc.

- Acciones posesorias.

8. CLÁUSULAS MODIFICATORIAS DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Sin duda el transcurso del tiempo es el principal requisito de la prescripción extintiva. Así lo deja de manifiesto el artículo 2514 inciso 1º. La ley es la que fija el plazo necesario para prescribir. La pregunta que cabe formular es si las partes contratantes pueden modificar dichos plazos de prescripción, sea aumentándolos, sea acortándolos. Ello lleva a plantear el problema de la validez y efectos de dichas cláusulas.

En Francia, la jurisprudencia se ha inclinado por la idea que las partes no pueden ampliar los plazos de prescripción; pero admiten que se puedan acortar con la salvedad de que la reducción no sea tan exagerada que en la práctica no se tenga plazo para demandar (Mazeaud).

Se dice que los plazos de prescripción son un equitativo equilibrio entre el interés individual del acreedor a contar con un término razonable para ejercer su derecho y el interés social en no prolongar excesivamente la incertidumbre en las relaciones jurídicas. Por ello no pueden prolongarse: ello chocaría con un interés social. Pero nada impide que el acreedor disponga de su derecho reduciendo el beneficio de un plazo prolongado.

En Chile trata el punto Abeliuk, quien a pesar de considerar el asunto discutible, termina opinando en el mismo sentido de la jurisprudencia y doctrina francesa, esto es, que las partes no pueden ampliar los plazos de prescripción, pero sí pueden acortarlos.

No los pueden ampliar pues ello sería contrario al orden público, ya que el interés social hace necesario que las relaciones jurídicas se estabilicen en plazos que no pueden quedar entregados al arbitrio de los contratantes y, además, porque importaría una cierta forma de renuncia anticipada a la prescripción lo que está prohibido por el legislador. Este argumento no juega para el caso contrario (reducir los plazos) y por ello no ve inconvenientes en que ello pueda realizarse. Da como argumento el que el propio Código deja entregado a la voluntad de las partes la reducción de los plazos de prescripción, como ocurre con la prescripción del pacto comisorio (artículo 1880) y del pacto de retroventa (artículo 1885). En relación con este último argumento, Ramos lo ve débil, si se considera que el Código también en un caso -artículo 1866- permite a las partes contratantes ampliar o restringir el plazo de prescripción de la acción redhibitoria. Rioseco Enríquez, tampoco acepta que las partes puedan ampliar los plazos de prescripción.

En general, la tendencia de la legislación comparada es a no permitir las cláusulas modificatorias de los plazos de prescripción. En ese sentido, por ejemplo, el Código peruano en el artículo 2000 es enfático al precisar que "sólo la ley puede fijar plazos de prescripción"; y el Código italiano, en su artículo 2936 establece que "es nulo todo pacto dirigido a modificar la disciplina legal de la prescripción". Tampoco aceptan estas cláusulas el Código suizo (artículo 129), el Código polaco (artículo 274). En cambio el Código alemán permite acortar los plazos de prescripción (artículo 225).

9. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

9.1 Generalidades

Prescripción extintiva y caducidad guardan semejanza en cuanto en ambas se produce la pérdida de un derecho como consecuencia de la inactividad de su titular durante un determinado plazo. Pero, claramente se trata de dos instituciones diferentes. Pedro Lira expresa que "la caducidad abarca todos aquellos plazos legales por cuyo transcurso se produce la extinción de un derecho, de una manera diversa y más enérgica que si estuvieran sometidos a prescripción común".

Una sentencia ha dicho que "la caducidad es la pérdida de la facultad de hacer valer un derecho como consecuencia de la expiración de un plazo fatal" (T. 80, sec. 1ª, p. 34). Comentando esta sentencia Emilio Rioseco E., expresa que "lo que da fisonomía a la caducidad es la circunstancia de tratarse de un plazo fatal, generalmente breve, dentro del cual si el derecho no se ejerce se extingue ipso jure". Agrega que "incide, principalmente, en el Derecho Procesal (preclusión) y en casos especiales en el Derecho Civil (artículos 49, 186, 1885 del Código Civil)".

Es importante precisar que lo que nosotros llamamos caducidad, tiene otras denominaciones en la legislación y doctrina extranjeras. Así el Código Civil italiano, trata de la "decadencia" y le destina un capítulo especial (artículos 2964 y siguientes).

Josserand habla de "plazos prefijados". Los nombres son diferentes, pero la idea es la misma: se trata de derechos que se extinguen irremediablemente si no se ejercen dentro del plazo fatal fijado por la ley.

9.2 Caducidad en el Código Civil

La caducidad no está especialmente regulada y desde luego no figura en la enumeración del artículo 1567. Sin embargo, el Código contempla casos de acciones que caducan (caducan no prescriben), como ocurre, por ejemplo, con los plazos para impugnar la paternidad.

9.3 Diferencias entre prescripción y caducidad

Las principales diferencias que señala la doctrina son las siguientes:

a) La prescripción debe ser alegada (artículo 2493). La caducidad, en cambio, opera por el sólo vencimiento del plazo y puede y debe ser declarada de oficio; así, si se impugna la paternidad fuera de plazo, el juez debe rechazar la demanda. Esta diferencia es de la mayor importancia. En relación con este aspecto, es importante recordar que tradicionalmente se ha enseñado que hace excepción a la regla de que la prescripción debe ser alegada, el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil al establecer que "el tribunal denegará la ejecución si el título presentado tiene más de tres años". Técnicamente, para algunos, no se trata de un caso de prescripción que deba declararse de oficio, sino de un caso de caducidad.

b) Los plazos de caducidad son fijos e invariables. No operan a su respecto los institutos de la interrupción y suspensión de la prescripción. En este sentido T. 18, sec. 1ª, p. 23; T. 40, sec. 1ª, p. 486. Así la doctrina (Josserand, Vitorio Pescio). El Código italiano consigna esta idea en forma expresa: "Cuando un derecho debe ejercitarse dentro de un cierto término bajo pena de decadencia, no se aplican las normas relativas a la interrupción de la prescripción. Igualmente no se aplican las normas que se refieren a la suspensión, salvo que esté dispuesta otra cosa" (artículo 2964). Lo mismo el Código peruano "La caducidad no admite interrupción ni suspensión" (artículo 2005).

Consecuencia de lo anterior es que cuando se invoca un derecho sujeto a caducidad, basta -para que la caducidad no se produzca- que la demanda se presente al tribunal dentro del plazo aun cuando la notificación se realice posteriormente. Somarriva expresa que "cuando de la caducidad se trata, basta el ejercicio del derecho y no se precisa que la demanda sea también notificada dentro del plazo prefijado". Así ha sido fallado (T. 65, sec. 1ª, p. 286; T. 44, sec. 1ª, p. 486).

En el caso de la prescripción la situación es diferente, porque es la notificación de la demanda la que interrumpe civilmente la prescripción (artículo 2503).

c) La prescripción no extingue el derecho personal o crédito. Únicamente pone fin a la acción para demandarlo. Ello es así porque en conformidad al artículo 1470 Nº 2 las obligaciones civiles prescritas se transforman en naturales. En el caso de la caducidad, es el derecho mismo el que se extingue. En el Código Civil peruano (del año 1984), hay una norma expresa y absolutamente clara, el artículo 2003: "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente".

d) La prescripción es renunciable (artículo 2494). La caducidad no lo es, porque en ella prima antes que nada el interés del legislador de estabilizar rápidamente una situación jurídica; es su único fundamento, mientras en la prescripción extintiva hay varios intereses confluyentes.

VI.
DE LA PRELACION DE CREDITOS

1. INTRODUCCIÓN

El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todo su patrimonio, excluidos por excepción, algunos bienes que por consideraciones de orden superior, la ley considera inembargables. Es lo que impropiamente se denomina derecho de prenda general, y que nuestro Código Civil, consagra en el artículo 2465: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1618".

Esta disposición debe complementarse con el artículo 2469, según el cual "los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, inclusos los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos...".

2. CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS

Según Arturo Alessandri R. la prelación de créditos "es el conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse los diversos acreedores de un deudor". Por su parte, la Corte de Valparaíso ha dicho que las normas sobre prelación de créditos "son normas de carácter general para todos los casos en que, no existiendo bienes suficientes del deudor para solucionar íntegramente los créditos existentes en su contra, sea menester reglamentar la primacía y concurrencia de los acreedores al pago con el patrimonio insuficiente" (T. 31, sec. 2ª, p. 65).

La prelación de créditos cobra relevancia en aquellos casos en que los bienes de un deudor no son suficientes para responder del pago de todas sus obligaciones. Surge entonces el problema de saber cómo se pagan los acreedores, que el Código soluciona mediante la aplicación de estas normas.

3. CONCURRENCIA DE LOS ACREEDORES

Si los bienes del deudor no son suficientes para que en ellos puedan hacerse exigibles la totalidad de los créditos de sus diferentes acreedores, en teoría hay tres formas de resolver el problema: a) mediante el principio de la prioridad, esto es, que los acreedores se vayan pagando según las fechas de sus créditos, de tal suerte que se satisfagan primero los más antiguos (*prior in tempore potior in jus*); b) aplicando el principio

de la igualdad, esto es, pagar a todos los acreedores una parte proporcional al valor de sus créditos; y c) dando preferencia para su pago a ciertos créditos.

4. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD

Nuestro Código adopta como regla general, el principio de la igualdad. Así lo consagra el artículo 2469 al señalar que los acreedores tienen el derecho a exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos "para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata...". No se descarta, en todo caso, que por excepción ciertos créditos gocen de preferencia, al agregar que lo anterior es así "cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue".

5. CAUSAS DE PREFERENCIA

El artículo 2470 expresa que "las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca" (inc. 1º).

De esta disposición se desprende que los términos "preferencia" y "privilegio" no son sinónimos; el primero es el género, y el segundo una de las especies de ese género. La otra especie es la hipoteca.

El Código no ha definido lo que entiende por privilegio. Alessandri lo hace señalando que "es el favor concedido por la ley, en atención a la calidad del crédito, que permite a su titular pagarse antes que los demás acreedores".

La doctrina critica la distinción entre privilegio e hipoteca. Así a Ramos le parece que no se justifica dicha distinción, pues si la razón de ella estriba en que la hipoteca otorga un derecho real que da acción persecutoria en contra de terceros, en tanto que los privilegios confieren únicamente un derecho personal, no se justifica que la prenda constituya un privilegio, en circunstancias que también da acción persecutoria contra terceros poseedores de la especie pignorada.

Luis Felipe Bahamondez Prieto critica esta distinción al expresar que "parece, a primera vista, un tanto arbitraria la división de los créditos preferentes entre privilegiados e hipotecarios, aunque probablemente se deba a la influencia del legislador francés que en el artículo 2094 del Código de Napoleón declara que "las causas legítimas de preferencia son los privilegios e hipotecas". Y en seguida agrega: "Sorprende esta agrupación, porque incluye como crédito privilegiado de segunda clase a la prenda, y ciertamente ésta tiene más semejanzas con la hipoteca que con el resto de los privilegios".

6. FUNDAMENTOS DE LAS PREFERENCIAS

No hay una razón única que justifique que determinados acreedores deban ser pagados en forma preferente. Cada caso tiene su propia explicación. Así, a veces, puede tener por fundamento el fomento del crédito. Bello en el Mensaje del Código, señala que: "Se ha simplicado notablemente el arreglo de la prelación de créditos, el fomento del crédito ha sido en él la considerción dominante". En otros, la explicación de las preferencias se encontrará en razones humanidad, como ocurre con el pago preferente de las expensas funerales o el pago de los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses; o razones económicas, como es el derecho del Estado a pagarse preferente por lo adeudado por impuestos de retención y recargo; o en razones sociales, como ocurre con las remuneraciones de los trabajadores, etc.

7. CLASIFICACIÓN DE LAS PREFERENCIAS

a) Privilegios e hipoteca.

b) Preferencias generales y especiales. "Preferencia general -dice Alessandri- es la que afecta a todos los bienes del deudor, de cualquier naturaleza que ellos sean". En términos idénticos Galvarino Palacios, quien agrega que "no se ejerce en consecuencia sobre determinados bienes, sino que comprende todos los bienes sin distinción alguna" y Luis Felipe Bahamondez. Pertenecen a esta clase los créditos de primera y cuarta clase.

Preferencia especial es aquella que afecta a determinados bienes del deudor. Así ocurre con los créditos de segunda y de tercera clase.

c) El Código para los efectos de las preferencias, distingue 5 clases de créditos: de primera clase, de segunda clase, y de cuarta clase que gozan de privilegio (art. 2471); de tercera clase que son los créditos hipotecarios (art. 2477 inciso 1º) y de quinta clase, que son los créditos valistas o quirografarios que no gozan de preferencia y que "se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha" (artículo 2489).

8. CARACTERÍSTICAS DE LAS PREFERENCIAS

Podemos señalar las siguientes:

a) "...son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera" (art. 2470 inciso 2º). Esta idea está confirmada por los artículos 1612 (pago con subrogación) y 1906 (cesión de créditos). Por esta razón, cuando opera una

novación, los privilegios e hipotecas de la deuda extinguida no pasan a la nueva (artículos 1641 y 1642), pues al ser inherentes a la obligación extinguida mueren con ella.

b) Constituyen un beneficio especial para determinados acreedores.

c) Son excepcionales, puesto que la regla general es que todos los acreedores concurran en un plano de igualdad, de manera que si los bienes del deudor no son suficientes para pagarles íntegramente, lo hagan a prorrata de sus créditos (art. 2469 parte final). No hay más causales de preferencia que el privilegio y la hipoteca (arts. 2470 inc. 1º y 2488). Por ser excepcionales son de interpretación estricta y no admiten analogías.

d) Siempre son legales. De ahí el art. 2488. Las partes no pueden crear preferencias; si ello fuera lícito, todos los acreedores contractuales exigirían privilegio, so pena de no otorgar el crédito; "no obstante que los créditos a los cuales amparan puedan tener su fuente indistintamente en la ley o en la voluntad de las partes" (Palacios). Ello explica que en el caso de la novación los privilegios de la obligación extinguida no pasan a la nueva (art. 1641). Por la misma razón "la buena doctrina parece señalar que el privilegio que se tenga contra un deudor no se extiende al fiador, sencillamente porque la obligación del fiador es distinta de la contraída por el deudor, y sin texto legal no se le puede hacer efectiva la preferencia" (Bahamondez).

Fundado en el principio que los privilegios los crea la ley y no las partes, Somarriva afirma que en el caso de las obligaciones solidarias, el acreedor no puede hacer efectivo el privilegio que tiene frente a un determinado deudor, en contra de un codeudor solidario. En el mismo sentido Abeliuk quien da como explicación el ser los privilegios inherentes al crédito.

e) Son renunciables, porque sólo miran al interés del acreedor y no está prohibida su renuncia, y

9. ÁMBITO DE LA PREFERENCIA

La preferencia ampara no sólo el capital sino también los respectivos intereses. Así lo dice el art. 2491: "Los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales".

En el caso de quiebra, hay reglas especiales contenidas en los artículos 67 y 68 de la Ley 18.175.

10. CLASES DE CRÉDITOS

10.1 Créditos de primera clase

i. Enumeración

El artículo 2472 indica los créditos de primera clase. Señala:

"La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. *Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores;*
2. *Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;*
3. *Los gastos de enfermedad del deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;*
4. *Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados;*
5. *Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares;*
6. *Las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del Decreto ley Nº 3.500, de 1980;*
7. *Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses;*
8. *Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas;*
9. *Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo".*

ii. Características de los créditos de primera clase

La primera clase de créditos, presentan las siguientes características:

1. Son créditos privilegiados. Así lo dice el art. 2471.

2. Afectan a todos los bienes deudor (privilegio general). Así lo consigna el artículo 2473, en su primera parte: "Los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor...". Si el deudor fallece, opera lo dicho en el artículo 2487 inciso 1º: "las preferencias de la primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados". Si los herderos aceptan sin beneficio de inventario o los acreedores hereditarios y testamentarios no invocan el beneficio de separación, todos los

privilegios de 1ª ó 4ª clase, tanto los que existían contra el causante como contra los herederos, concurren en el orden que naturalmente les corresponde en todo el patrimonio de éstos. Y así, los impuestos fiscales adeudados por el causante, y los que deba el heredero, serán ambos créditos de la 1ª clase para pagarse con la preferencia del N° 9 del art. 2472 en igualdad de condiciones. En cambio, si hay beneficio de inventario o separación, las preferencias que existían contra el causante sólo pueden hacerse efectivas en los bienes heredeitarios; como dice el precepto "afectarán solamente los bienes inventariados o separados". En el ejemplo propuesto, los impuestos adeudados por el causante se cobrarán únicamente en los bienes hereditarios; y los del heredero en los suyos propios. Y en ellos gozarán únicamente de sus respectivos privilegios.

3. No pasa el privilegio contra terceros poseedores. Se trata entonces de un privilegio personal. Así lo establece el artículo 2473 inciso 2º "Los créditos enumerados en el artículo precedente no pasarán en caso alguno contra terceros poseedores". Explicando esta norma, se ha dicho que si el legislador no la hubiere establecido "nadie estaría dispuesto a recibir bienes de una persona cuyas deudas estuviesen garantizadas a los acreedores con preferencia de primera clase, ya que posteriomente podrían ser responsables del pago de las mismas. En esta forma el deudor quedaría en la imposibilidad de efectuar operaciones con sus propios bienes y esto ocasionaría un perjuicio a sus acreedores".

4. Prefieren en el orden de su numeración. Así lo señala el artículo 2473 en su inciso 1º: "...y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata".

5. Los créditos de primera clase se pagan con preferencia a los comprendidos en las otras clases. Sin embargo, respecto de los bienes dados en prenda o hipoteca, los acreedores prendarios e hipotecarios se pagan con preferencia sobre estos bienes a menos que los demás bienes del deudor sean insuficientes, pues en tal supuesto, prefieren los acreedores de primera clase. Así fluye de los artículos 2476 y 2478.

La primera de estas normas señala que "Afectando a una misma especie créditos de la primera clase y créditos de la segunda clase, excluirán éstos a aquellos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al defícit y concurrirán en dicha especie en el orden y forma que se expresan en el inciso 1º del artículo 2472". A su turno, el artículo 2478 señala: "Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor" "El deficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporción de los valores de éstas, y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el orden y forma que se expresan en el artículo 2472".

¿Quién tiene el peso de la prueba en este caso? Alessandri sostiene que el onus probandi le corresponde al que invoca el crédito de primera clase, por tratarse del hecho específico en que funda su acción. Al invocar el privilegio de primera clase tiene que acreditar que fuera del bien empeñado o hipotecado, el deudor carece de otros bienes. En contra Somarriva.

iii. Situación especial de los créditos hipotecarios de los Bancos

En el caso en que los bienes del deudor no sean suficientes para pagar a los acreedores de primera clase y en que, por aplicación del artículo 2478, deba hacerse efectivo su privilegio sobre los bienes hipotecados, debe tenerse presente que en virtud de lo establecido en el artículo 105 inciso 3º de la Ley de Bancos (D.F.L. Nº 3, D.O. del 19 de diciembre de 1997), el Fisco y las Municipalidades gozarán de la preferencia que les acuerdan los artículos 2472 y 2478 del Código Civil (privilegios de primera clase) respecto de los créditos del banco, sólo cuando se trate de impuestos que afecten directamente a la propiedad hipotecada y que tengan por base el avalúo de la propiedad raíz. Dicho de otra manera, si el deudor tiene constituída una hipoteca en favor de un banco, con el producido de la finca hipotecada se paga primero el banco aunque existan créditos de primera clase del Fisco por impuestos, salvo en cuanto se trate de contribuciones de bienes raíces. En este último caso, prefiere el crédito del Fisco por las contribuciones, pagándose antes que el Banco.

iv. Pago de los créditos de primera clase en el caso del deudor declarado en quiebra

Cuando se trata de un deudor declarado en quiebra, debe tenerse presente lo establecido en los artículos 147 y siguientes de la Ley de Quiebras. De acuerdo al artículo 148, "el sindico hará el pago de los créditos privilegiados de la primera clase que no hubieren sido objetados, en el orden de preferencia que les corresponda, tan pronto como haya fondos para ello; reservará lo necesario para el pago de los créditos de la misma clase, cuyo monto o privilegio esté en litigio, y para la atención de los gastos subsiguientes de la quiebra", y el inciso 2º agrega que "Los créditos a que se refieren los números 1 y 4 del artículo 2472 del Código Civil no necesitarán verificación".

En seguida, el artículo 148 señala que "Los créditos mencionados en el número 5 del mismo artículo serán pagados con cargo a los primeros fondos del fallido de que se pueda disponer, administrativamente, siempre que existan antecedentes documentarios que los justifiquen y aun antes de su verificación" (inc. 3º).

De acuerdo al inciso 4º "igualmente, se pagarán sin necesidad de verificación previa y en los mismos términos establecidos en el inciso anterior, los créditos por las indemnizaciones convencionales de origen laboral hasta el límite de un equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, y por

las indemnizaciones legales del mismo origen que sean consecuencia de la aplicación de las causales señaladas en el artículo 3º de la ley 19.010". El inciso 5º agrega que "las restantes indemnizaciones de origen laboral así como la que sea consecuencia del reclamo del trabajador de conformidad a la letra b) artículo 11 de la ley 19.010, se pagarán con el sólo mérito de sentencia judicial ejecutoriada que así lo ordene".

También es importante tener presente lo señalado por el inciso final del artículo 148 de la Ley de Quiebras (incorporado por el artículo 5 Nº 2 de la ley 19.250 de septiembre de 1993) "Los créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido por leyes especiales".

v. Análisis de los créditos de primera clase

(1) Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores (art. 2472 Nº 1)

El artículo 139 del Código de Procedimiento Civil clasifica las costas en procesales y personales, señalando que "son procesales las causadas en la formación del proceso y que corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales", y personales "las provenientes de los honorarios de los abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio, y de los defensores públicos en el caso del artículo 367 del Código Orgánico de Tribunales".

Para que estas costas gocen de este beneficio es necesario que se causen en el interés general de los acreedores. Clemencia Musalem plantea algunos problemas con respecto a esta norma. Se pregunta, en primer término, si las costas generadas por una acción pauliana, intentada por un acreedor, quedan o no comprendidas en el privilegio. Su respuesta es negativa, porque por ser personal la acción pauliana, sus resultados afectan solamente al acreedor o acreedores que la hayan intentado. Otro caso, más frecuente que también es dudoso, es si quedan comprendidos dentro del privilegio los honorarios del abogado del fallido que pide su propia quiebra. La autora que venimos citando concluye que esos honorarios no se benefician con el privilegio porque la quiebra no se pidió en el interés general de los acreedores sino en el del particular del fallido. Agrega que también se ha rechazado esta preferencia "basándose en que el crédito invocado por el abogado no constituye costa judicial por provenir de un contrato entre éste y el fallido".

(2) Expensas funerales necesarias del deudor difunto (art. 2472 Nº 2)

Varias razones se han dado para justificar este privilegio: sanitarias, (conveniencia de facilitar el entierro de los muertos), sociales y humanitarias, etc.

Es clara la norma en el sentido que el privilegio cubre sólo los gastos "necesarios", lo que, en cada caso, deberá determinar el juez de la causa.

(3) Gastos de enfermedad del deudor (art. 2472 Nº 3)

Esta disposición establece que "si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia". Josserand justifica el privilegio en la necesidad de asegurar el crédito del dudor en presencia de gastos urgentes.

Dentro de la expresión gastos de enfermedad, deben comprenderse los honorarios médicos, los costos de hospitalización, el valor de los exámenes médicos, etc.

(4) Gastos generados en la quiebra del deudor (art. 2472 Nº 4)

Según el artículo 2472 Nº 4, quedan comprendidos en el privilegio "los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados".

El fundamento del beneficio radica, sin duda, en la necesidad de facilitar la labor del Síndico.

(5) Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares (art. 2472 Nº 5)

Es indudable que el privilegio persigue la protección del trabajador, quien normalmente no tiene otros medios de vida, que el producto de su trabajo.

El artículo 2472 Nº 4 del Código Civil, debe concordarse con el artículo 61 del Código del Trabajo: "Gozan del privilegio del artículo 2472 del Código Civil, las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que corresponda a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del Código Civil" (inc. 1º).

El inciso 2º precisa que "estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito"; y el inciso 3º que "para los efectos del número 5 del artículo 2472 del Código Civil, se entiende por remuneraciones, además de las señaladas en el artículo 41, las compensaciones en dinero que corresponda hacer a los trabajadores por feriado anual o descansos no otorgados".

Finalmente, debe señalarse que "sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer" y que "los

tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados a que se refiere el presente artículo" (incisos 5º y 6º, respectivamente).

(6) Las cotizaciones para seguridad social (art. 2472 Nº 6)

Según esta norma gozan de este privilegio "Las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del decreto ley Nº 3.500, de 1980".

Es indudable que lo que la norma pretende es asegurar y proteger el pago de este tipo de cotizaciones, para que el trabajador pueda gozar de todos los beneficios que le asegura el sistema de seguridad social vigente en el país.

(7) Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses (artículo 2472 Nº 7)

Este privilegio tiene por objeto facilitar al deudor la adquisición de lo necesario para poder subsistir. Un deudor en tan precarias condiciones, sólo podrá obtener crédito, si el acreedor tiene la garantía de un pago preferente.

Como el Código Civil no ha dado una definición general de lo que entiende por familia, habrá que estarse a la definición de familia que da el artículo 815 del Código Civil y que alcanza a una serie de personas. En ese sentido Alessandri, Galvarino Palacios.

Será el tribunal en cada caso particular, el que deberá determinar si el crédito que se está cobrando corresponde o no a "artículos necesarios de subsistencia".

(8) Indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral (art. 2472 Nº 8)

El artículo 2472 Nº 8, otorga un privilegio de primera clase a "las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas".

Esta disposición está repetida en el artículo 61 incisos 4º y 5º del Código del Trabajo.

(9) Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo (art. 2472 Nº 9)

Ejs. impuesto de recargo: IVA; impuesto de retención: impuesto único a las rentas del trabajo dependiente.

Quedan excluidos, por consiguiente, los demás impuestos que no tengan este carácter y que constituyen la regla general, como por ejemplo, el impuesto de primera categoría o el impuesto global complementario, ambos de la Ley sobre Impuesto a la Renta. También quedan fuera los demás tributos que no son impuestos, como las tasas y las contribuciones especiales o de mejoras.

vi. Créditos con preferencia superior a los de primera clase

Con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil, se fueron dictando leyes que otorgan preferencias a ciertos créditos para ser pagados antes que cualquiera otra obligación deudor.

Esa nueva realidad creada por leyes especiales, llevó a Galvarino Palacios a afirmar que existía una nueva categoría de créditos que se pagaban antes que los de primera clase, que él denominó créditos de grado superior y que otros llamaron "superpreferencias".

El problema fue muy discutido pues había quienes negaban la existencia de estas superpreferencias: Jaime Illanes, Clemencia Musalem.

El asunto ha venido a quedar solucionado con el nuevo inciso final que la ley 19.250 del año 1993 agregó al artículo 148 de la Ley de Quiebras: "los créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecidos por leyes especiales". De consiguiente, ya no se puede seguir hablando de "superpreferencias".

10.2 Créditos de segunda clase

i. Enumeración

El artículo 2474 trata de los créditos de segunda clase:

"A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

1º El posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezca en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños;

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

Se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta.

3º El acreedor prendario sobre la prenda".

Debe agregarse que en virtud de leyes especiales, gozan de preferencia de segunda clase, otros créditos, como por ej. el derecho legal de retención declarado judicialmente, sobre bienes muebles (art. 546 del Código de Procedimiento Civil).

ii. Características de los créditos de segunda clase

Las características de estos privilegios son las siguientes:

a) Son privilegios especiales, es decir afectan, sólo a bienes determinados. De consiguiente, si el acreedor no se alcanza a pagar con ellos, pasa a ser acreedor valista en el exceso (artículo 2490).

b) Se pagan con preferencia a los demás créditos, salvo respecto de los de primera clase (artículo 2476). Y en el caso de quiebra del deudor, "los acreedores de la segunda clase, incluídos los que gocen del derecho de retención judicialmente declarado, podrán ser pagados sin aguardar las resultas de la quiebra siempre que se asegure lo necesario para pagar los créditos de primera clase si los demás bienes de la masa no aparecieren suficientes para satisfacerlos" (art. 149 inc. 1º de la Ley de Quiebras).

iii. Análisis de los créditos de segunda clase

(1) Crédito del posadero sobre los efectos del deudor introducido en la posada (art. 2474 Nº 1)

Este privilegio se justifica plenamente porque el posadero -hotelero diríamos hoy día- está contratando con personas que no conoce y cuya solvencia sólo podrá apreciar por el equipaje que lleva. De no existir una norma como ésta los empresarios hoteleros se verían obligados a exigir pagos anticipados a sus pasajeros.

El privilegio sólo puede hacerse efectivo: a) sobre los efectos del deudor (maletas, baúles y sus respectivos contenidos); b) que sean de su propiedad; c) que él haya introducido en la posada; d) mientras estas especies permanezcan en la posada; y e) sólo para cubrir los gastos de alojamiento, expensas y daños (artículo 2474).

La ley presume que los efectos que el deudor introduce en la posada son de su propiedad (art. 2474 Nº 2, inc. 2º).

(2) Crédito del acarreador o empresario de transporte sobre los efectos acarreados (art. 2474 Nº 2)

El acarreador o empresario de transporte tiene un crédito preferente sobre los efectos acarreados, que sean de propiedad del deudor, que sólo puede hacer efectivo mientras estos efectos se encuentren en su poder o en el de sus agentes o dependientes. El crédito cubre lo que se le deba por gastos de acarreo, expensas y daños.

La ley presume que los efectos acarreadados son de propiedad del deudor (art. 2474 Nº 2 inc. 2º).

(3) Crédito del acreedor prendario sobre la prenda (art. 2474 Nº 3)

La prenda otorga al acreedor prendario un derecho real que le permite perseguir la cosa pignorada en poder de quien se encuentre, para pagarse preferentemente con su producido.

iv. Nueva realidad creada con las prendas especiales sin desplazamiento

Bajo la sola vigencia del Código Civil, no era concebible que una misma cosa fuere entregada en prenda a varias acreedores, por tratarse de un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa. Esta realidad se ha visto alterada con la aparición de las distintas prendas sin desplazamiento (en que la cosa prendada queda en poder del deudor), lo que plantea de inmediato el saber cómo prefieren los diversos acreedores prendarios, cuando sobre una misma cosa se constituyen diferentes prendas.

En el caso de la prenda industrial los acreedores prefieren por el orden de sus inscripciones. Así parece desprenderse del art. 42 de la ley 5687, que en su inciso 1º habla de "grados", lo que da entender que los acreedores prendarios concurren de acuerdo a un determinado orden de prelación, y lo confirma el inciso 3º, que hace referencia al artículo 2477, norma que para el caso de la hipoteca establece que concurren en el orden de sus inscripciones.

En la prenda agraria, la ley 4097, no resuelve el problema. Sin embargo, como para poder constituir una nueva prenda cuando la cosa ya esta empeñada, se requiere el consentimiento del primer acreedor, parece razonable entender que concurren a prorrata, pues de no ser así no se ve para qué tendría que autorizar el primer acreedor, cuando en definitiva no sería afectado (En este sentido Galvarino Palacios, Felipe Bahamondez). Otros, en cambio, piensan que deberían preferir en el orden de sus inscripciones, que es el sistema empleado en el Código Civil para los acreedores hipotecarios y por la ley de prenda industral. En este sentido Arturo Alessandri.

En la prenda sin desplazamiento -ley 18.112- en principio no debiera haber problema pues el deudor no puede gravar ni enajenar lo dado en prenda, sin previo consentimiento por escrito del acreedor (art. 18). Luego, si el acreedor otorga su consentimiento y en esa virtud se constituye una segunda prenda, Ramos estima que ambos acreedores prendarios concurren a prorrata. Las razones son las mismas dadas para el caso de la prenda agraria. En este sentido Bahamondez.

También estas nuevas prendas sin desplazamiento han creado algunos problemas en el caso de que el deudor tenga las especies dadas en prenda en un predio arrendado. La

duda es saber quien prefiere, si el arrendador, en virtud del derecho de retención que le confiere el artículo 1942 del Código Civil, o el acreedor prendario. En el caso de la prenda industrial el conflicto lo resuelve el artículo 45 de la ley de prenda industrial, en relación con el artículo 26 de la misma ley. Prefiere el acreedor prendario, a menos que al momento de perfeccionarse la prenda, el arrendamiento constare por escritura pública inscrita antes de la prenda.

En la prenda agraria el problema lo soluciona el artículo 23 de la ley respectiva: "El acreedor prendario podrá ejercitar, en todo caso, sus derechos con preferencia al de retención, que pudiera hacer el arrendador; pero éste conservará sus derechos sobre los bienes que resten, una vez hecho entero pago al acreedor prendario" "Esta preferencia no regirá respecto de los bienes depositados en predios urbanos".

10.3 Créditos de tercera clase

i. Créditos que comprende

El artículo 2477 señala que "*la tercera clase de créditos comprende los* ***hipotecarios***" (inc. 1º). Y el artículo 2480 agrega a esta clase, los censos debidamente inscritos, los que según esta misma norma, serán considerados como hipotecas y concurrirán indistintamente entre sí y con las hipotecas según las fechas de las respectivas inscripciones.

También quedan comprendidos en esta clase los bienes inmuebles, respecto de los cuales se ha declarado judicialmente el derecho legal de retención, siempre que este decreto se encontrare inscrito. Así lo señala el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil: "Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas".

ii. Características de los créditos de tercera clase

Los créditos de tercera clase presentan las siguientes características:

a) Constituyen créditos preferentes, pero no privilegiados (artículos 2470, 2471).

b) Otorgan una preferencia especial, que sólo puede hacerse valer sobre la finca hipotecada. Si el valor de ésta no es suficiente para pagar la totalidad del crédito, la parte no cubierta no goza de preferencia, pasando "por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirá a prorrata" (artículo 2490).

c) Los créditos hipotecarios (lo mismo en el caso de los censos) se pagan con el producto de la finca hipotecada, con preferencia a todos los demás créditos del deudor.

Sin embargo, si hay acreedores de primera clase y los demás bienes del deudor no son suficientes para cubrir sus créditos, el déficit se hace efectivo en las fincas hipotecadas "dividiéndose entre ellas a prorrata del valor de éstas y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el orden y forma que se expresa en el artículo 2472". Puede ocurrir que el deudor tenga hipotecadas varias de sus fincas: la invasión de los créditos de 1ª clase afecta a todos los inmuebles gravados en proporción a los valores de éstos. Y lo que cada finca hipotecada debe contribuir, paga los créditos privilegiados de 1ª clase en el orden en que ellos están establecidos en el art. 2472. Así lo dispone el artículo 2478 inc. 2º.

¿Cómo se distribuye el déficit de los créditos de 1ª clase entre los de 2ª y 3ª? El art. 2476 determina que el déficit impago de los créditos de 1ª clase afecta a los bienes sujetos a un privilegio de 2ª clase, y también, de acuerdo al art. 2478, vulnera a los destinados a preferencia hipotecaria, o sea, a los de 3ª clase.

Pero no se preocupó el legislador de resolver si hay preferencia entre ellos; dicho de otra manera, si los acreedores impagos de la 1ª clase deben dirigirse contra uno de ellos primero, o contra ambos conjuntamente. Por ejemplo, hay un déficit impago por impuestos de $ 50.000, y una prenda sobre un automóvil y una finca hipotecada. ¿En que forma el déficit de estos $ 50.000 va a afectar al acreedor prendario e hipotecario?

La mayoría de los autores (Alessandri, Somarriva, Mery) sostienen que la numeración dada por el legislador a los créditos indica una preferencia, de manera que es lógico concluir que los créditos de 2ª clase prefieren a los de 3ª, así, como los de 1ª prefieren a todos y los de 2ª y 3ª a los de 4ª. En consecuencia, el déficit impago de la 1ª categoría de créditos se pagará primero en las fincas hipotecadas, y luego afectará a las prendas y demás privilegios especiales muebles.

Abeliuk discrepa de esta interpretación, porque -dice- la verdad es que la enumeración carece de toda trascendencia en los créditos con preferencias especiales, y buena prueba es que la ley debió declarar expresamente que el déficit de los de 1ª clase afectaba a las preferencias radicadas en bienes determinados. A falta de solución legal, debe recurrirse a los que constituye la regla general en materia de prelación de créditos; no existen otras preferencias que las específicamente señaladas por la ley (arts. 2469 y 2488). A falta de establecimiento de alguna, la regla general es la contribución a prorrata; en consecuencia, el déficit de los créditos privilegiados de 1ª clase se prorratea entre todas las preferencias especiales, de acuerdo a los valores de éstas.

d) Los créditos hipotecarios (y lo mismo en el caso de los censos inscritos) prefieren en el orden de sus fechas de inscripción. Así está dicho en el artículo 2477, que señala en el inciso 2º, que a los acreedores hipotecarios se les pagará en el orden de la fechas de sus hipotecas, agregando en el inciso 3º que "las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras en el orden de su inscripción".

e) En conformidad al artículo 2477 inciso 2º, "a cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas"

El artículo 2479 agrega que "los acreedores hipotecarios no estarán obligados a aguardar las resultas del concurso general para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas: bastará que consignen o afiancen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de primera clase en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones".

De manera que la hipoteca constituye no sólo una garantía eficaz en cuanto permite hacer efectivo el crédito sobre la finca sin importar quien la esté poseyendo, sino que, además, presenta la utilidad de que los acreedores hipotecarios pueden pagarse de inmediato sin tener que esperar el resultado de la quiebra, reservándose únicamente lo necesario para asegurar el pago a los acreedores de primera clase.

La Ley de Quiebras no ha modificado estas disposiciones, pues en su artículo 150 dispone que "los acreedores de la tercera clase se pagarán en la forma que determinan los artículos 2477, 2478, 2479 y 2480 del Código Civil" (inc. 1º) agregando que "los concursos especiales de hipotecarios que se formen sin declaración de quiebra se regirán por las disposiciones del Código Civil y del de Procedimiento Civil" (inc. 2º).

Conforme a lo dicho la preferencia hipotecaria puede ser alegada de diversas formas:

- Mediante la correspondiente tercería de prelación, en un juicio ejecutivo, iniciado por un tercero que embargue el bien hipotecado.

- Cuando el juicio ejecutivo es iniciado por otro acreedor hipotecario de grado posterior, puede hacer efectiva su preferencia en el mismo juicio en que se pide la subasta, mediante la correspondiente tercería de prelación. En ese sentido Rafael Mery Berisso. Otros autores estiman que no se requiere de tercería. Así Abeliuk.

- Puede ser alegada en el concurso particular de acreedores hipotecarios a que se refiere el artículo 2477, independientemente de si el deudor esté o no declarado en quiebra. Se ha fallado que si existe un concurso particular de acreedores, la adjudicación hecha a un acreedor hipotecario en juicio seguido separadamente del concurso es nulo (Gaceta de los Tribunales, 1922, 1º semestre, p. 392). Esta decisión se ajusta a lo establecido en el artículo 71 inciso 3º de la Ley de Quiebras: "La formación de concurso especial de hipotecarios, respecto de una finca gravada, suspende también el derecho de cada uno de ellos para perseguirla separadamente".

- Si el deudor está en quiebra, los acreedores hipotecarios deben verificar sus créditos en la quiebra, de acuerdo a las reglas generales, pues la ley no contempla ninguna excepción (arts. 131, 132 y 150 de la Ley de Quiebras). Esta interpretación no es contraria a lo que establece el artículo 71 de la Ley de Quiebras, que permite a los acreedores hipotecarios y prendarios iniciar o llevar adelante sus acciones en los bienes afectos a la seguridad de sus respectivos créditos. En ese sentido Abeliuk, quien afirma que "estamos por la opinión de quienes consideran que siempre el acreedor hipotecario debe verificar, únicamente que su verificación es diferente a las de los demás acreedores, pues no va a concurrir a la liquidación general de bienes, sino en cuanto cobre el mencionado déficit. Pero su crédito y preferencia pueden ser impugnados; en ese sentido se ha orientado la última jurisprudencia". Somarriva, en cambio, afirma que no tienen necesidad de verificar a menos que estén cobrando un déficit no cubierto con la finca hipotecada.

iii. Bienes sobre los cuales recae la preferencia hipotecaria

La preferencia de 3ª clase se extiende a todas las cosas que quedan según la ley sujetas a la hipoteca o que subrogan a ésta.

En virtud de lo primero, la preferencia abarca los inmuebles por destinación y adherencia, a los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada y a las rentas de arrendamiento que produzca el inmueble hipotecado (arts. 2420 a 2422).

Por lo segundo, la preferencia puede hacerse efectiva sobre el precio de la expropiación (art. 924 del C.P.C.) y la indemnización por el seguro en caso de siniestro de la cosa hipotecada (art. 2422, parte final del C.C. y art. 555 del C. de C.).

Por el hecho de comprender la hipoteca -artículo 2420- bienes muebles (inmuebles por destinación o por adherencia), pueden generarse conflictos cuando sobre algunos de esos bienes se ha constituido también una prenda especial, sin desplazamiento. En algunos casos, la ley resuelve el conflicto. Así ocurre con la prenda agraria, en que por disposición del artículo 4º de la ley Nº 4097 "el crédito prendario gozará de preferencia en estos bienes, sobre el acreedor hipotecario". En otros, la ley nada ha dicho, como ocurre, por ej. con la ley sobre prenda industrial Nº 5687. En este caso, se plantea el problema de saber cuál crédito prefiere ¿el prendario? ¿o el hipotecario?. Para Somarriva, prefiere el crédito prendario, conclusión a la que llega aplicando por analogía lo dicho para la prenda agraria. Para otros (Abeliuk, Gómez Reyes, citado por Luis Felipe Bahamondez), deben concurrir ambos a prorrata, por ser esa la regla general contenida en el artículo 2469. Bahamondez, al parecer, opta por la primera posición señalando que "no debemos perder de vista que la prenda es un crédito de segunda clase, mientras que la hipoteca es un crédito de tercera clase".

En el caso de la prenda de la ley 4.702, de cosas muebles que se vendan a plazo, no hay problemas pues la cosa comprada (sobre la que recae la prenda) no le afectará ninguna

hipoteca o gravamen sobre el inmueble, sin previo consentimiento del acreedor prendario (art. 8º). De esta norma se colige, según algunos, que si el acreedor prendario autoriza, ambos- acreedor prendario e hipotecario- concurren a prorrata. Una situación semejante se da en la prenda sin desplazamiento -ley 18.112- por cuanto, para enajenar o gravar las cosas dadas en prenda se requiere el consentimiento por escrito del acreedor.

10.4 Cuarta clase de créditos

i. Enumeración

El artículo 2481 señala lo siguiente:

"La cuarta clase de créditos comprende:
1º Los del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales;
2º Los de los establecimienos nacionales de caridad o educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos;
3º Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales;
4º Los de los hijos de familia, por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos;
5º Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores;
6º Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del artículo 511".

ii. Características de los créditos de cuarta clase

Se pueden señalar como características de los créditos de esta cuarta clase, las siguientes:

a) Constituyen un privilegio de carácter general, es decir, se pueden hacer efectivos sobre todo el patrimonio del deudor (excluidos los inembargables y los de segunda y tercera clase, por ser especiales) (art. 2486).

b) Prefieren entre sí según las fechas de sus respectivas causas. Así lo establece el artículo 2482. Nótese la diferencia entre estos créditos y los de primera clase que prefieren por el orden en que están tratados en el artículo 2472 y los de tercera clase, que prefieren por la fecha de sus inscripciones.

En conformidad al artículo 2482, las fechas de las causas, son respecto de cada uno de estos créditos, las siguientes: a) en los casos 1 y 2 del artículo 2482, la de los respectivos nombramientos; b) en los casos 3 y 6, la del matrimonio; c) en el 4, la fecha de nacimiento del hijo; y d) en el caso del Nº 5, la fecha del discernimiento de la tutela o curatela.

c) No dan derecho de persecución contra terceros (artículo 2486 segunda parte).

d) Sólo se hacen efectivos después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquier fecha que sean (artículo 2486). El precepto pareciere dar a entender que es preciso que estén íntegramente cubiertos los créditos de las tres primeras clases para que se entren a pagar los de cuarta, lo que sí es efectivo respecto de los de 1ª no lo es totalmente en cuanto a los especiales de 2ª y 3ª, porque el déficit de éstos, impago con el producto del remate de los bienes afectos a ellos, es común, y en consecuencia no prefiere a los de 4ª clase.

e) En general, están destinados a proteger a una persona cuyos bienes son administrados por otro.

iii. Distinción entre los diferentes créditos de cuarta clase

Se puede distinguir, dentro de la enumeración del artículo 2481, dos clases de créditos: a) los de ciertas personas en contra de quienes administran sus bienes (Nºs 1, 2, y 3); y b) los de los incapaces en contra de sus representantes legales (Nºs 4 y 5).

iv. Análisis de los créditos de cuarta clase

(1) Créditos del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales (art. 2481 Nº 1)

Como afirma Alessandri, cualquiera que sea el motivo por el que una persona recaude o administre bienes fiscales, opera este privilegio, sin que importe la denominación del cargo. Si el crédito del Fisco deriva de otras causas, distinta de la recaudación o administración, no queda comprendido dentro de este numerando.

(2) Crédito de los establecimientos públicos en contra de sus administradores y de los recaudadores de sus fondos (art. 2481 Nº 2)

Este crédito lo tienen exclusivamente las personas jurídicas de Derecho Público, distintas del Fisco, cualquiera sea su denominación: Municipalidades, establecimientos públicos, servicios semifiscales, etc.

(3) Privilegio de la mujer casada por los bienes de su propiedad que administra el marido y los créditos de los cónyuges por gananciales (art. 2481 Nº 3º)

El precepto distingue dos situaciones diferentes:

a) La responsabilidad del marido por los bienes de la mujer que administra en régimen de sociedad conyugal, pues el marido administra los bienes sociales y los bienes propios de la mujer (artículo 1749). Ello a pesar que desde que entró en vigencia la ley 18.802 (año 1989), la mujer casada es plenamente capaz.

b) Los créditos de los cónyuges por gananciales.

Esta parte de la disposición fue agregada por la ley Nº 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que modificó el precepto y agregó la frase final referente a los créditos por concepto de gananciales.

En el régimen de participación en los gananciales a su término puede resultar que uno de los cónyuges tenga crédito por gananciales del otro cónyuge. Este crédito goza igualmente del privilegio que estamos analizando.

Respecto a los matrimonios celebrados en el extranjero, el artículo 2484 prescribe que "Los matrimonios celebrados en país extranjero y que según el artículo 119 deban producir efectos civiles en Chile, darán a los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile". Sobre este punto es importante tener presente que con las modificaciones de las leyes 18.802 y 19.335, la situación de los que se casan en el extranjero es la siguiente: se entenderán separados de bienes, sin perjuicio de que al inscribir su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, pacten sociedad conyugal o el régimen participación en los gananciales (art. 135 inciso 2º del Codigo Civil). Si optan por el régimen de sociedad conyugal, el marido administrará los bienes de la mujer y sociales, del mismo modo que si el matrimonio se hubiere celebrado en Chile.

- <u>Bienes de la mujer amparados por el artículo 2481 Nº 3</u>

Este numeral cometió un pequeño error de expresión, pues se refirió a los bienes de propiedad de la mujer administrados por el marido, lo que interpretado literalmente limita el privilegio a los bienes propios de ella. En la sociedad conyugal deben distinguirse los bienes sociales y los propios de cada cónyuge; no cabe discusión que el merido responde de la administración de los bienes que la mujer conserva en su patrimonio privilegiadamente; pero hay otros bienes que ingresan a la comunidad, con cargo de devolución a la disolución de ésta, como si, por ejemplo, se vende un bien raíz de la mujer sin que opere una subrogación legal; el precio ingresa a la sociedad conyugal, que lo queda debiendo a la mujer (art. 1741). Esta recompensa no estaría acogida al privilegio.

Sin embargo, la doctrina está conteste (Alessandri, Somarriva, Bahamondez Prieto) en una interpretación amplia y, en consecuencia, el privilegio se extiende a todos los

créditos de la mujer por sus bienes propios, recompensas, indemnizaciones, etc. Por lo demás -dice Abeliuk- el art. 2484 ya fue amplio y habló de "créditos de la mujer".

- Bienes sobre los que se hace efectivo la preferencia

El Nº 3 del art. 2481 y el art. 2484 respecto al privilegio de la mujer casada, contienen otro pequeño error de expresión, porque señalan que se hace efectivo sobre los bienes del marido, lo que da bases para sostener que no afecta a los que correspondan a éste como gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal; dicho de otra manera, no podría hacerse efectivo en los bienes sociales. Semejante interpretación es rechazada (Somarriva, Alessandri, Fueyo), porque el privilegio sólo se hace efectivo a la disolución de la sociedad conyugal, y en tal caso ya no hay bienes sociales, sino del marido: sus bienes propios y la mitad de gananciales, y de la mujer: los propios de ella y su mitad de gananciales.

(4) Crédito privilegiado del hijo sujeto a patria potestad por los bienes administrados por su padre o madre (art. 2481 Nº 4)

En conformidad a esta disposición los hijos sujetos a patria potestad tienen un crédito privilegiado de cuarta clase, respecto de los bienes que administra su padre o madre, privilegio que se hace efectivo sobre los bienes de éstos.

El padre -o la madre en su caso- administran y usufructúan de la generalidad de los bienes del hijo, salvo aquellos que éste adquiere con su trabajo, que constituyen su peculio profesional o industrial, bienes estos últimos que el hijo administra personalmente (artículo 251) o aquellos otros bienes que el hijo recibe a título de donación, herencia o legado, a condición de que no los administre quien ejerza la patria potestad (artículo 250 Nºs 1 y 2).

Este privilegio tiene por objeto que el hijo pueda cobrar preferentemente a su padre o madre, lo que éste o ésta le adeude cuando termine su administración, sea a título de restituciones, indemnizaciones, intereses, etc.

El privilegio lo hace efectivo el hijo en los bienes de su padre (o de su madre si es ella la que administra) (art. 2481 Nº 4º, parte final).

(5) Privilegio de los pupilos sobre los bienes de sus guardadores (art. 2481 Nº 5º)

Esta disposición otorga un privilegio de cuarta clase a las personas que se encuentran bajo tutela o curatela, contra sus respectivos tutores o curadores.

En conformidad al artículo 391 del Código Civil "el tutor o curador administra los bienes del pupilo, y es obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y

cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive". Por su parte el artículo 415 le obliga a llevar una cuenta fiel, exacta y, en lo posible, documentada, con el objeto de que terminada su gestión pueda restituir los bienes a quien corresponda y pague los saldos que resulten en su contra. El privilegio que estamos estudiando, tiene por objeto defender al pupilo de una administración fraudulenta de su guardador.

La doctrina entiende que este privilegio sólo cabe respecto de los tutores o curadores que ejercen la guarda sobre la persona del pupilo, siendo por ello improcedente en las curadurías de bienes. Tampoco cabe en las curadurías especiales (Luis Felipe Bahamondez).

- Limitaciones a la prueba en los Nºs. 3 a 5 del art. 2481

Respecto de estos créditos el legislador ha temido una posible confabulación entre marido y mujer (Nº 3) o representantes y representados (Nºs. 4 y 5), a fin de que se aumenten ficticiamente los créditos privilegiados, en desmedro de los derechos de los acreedores comunes. Por ello ha puesto algunas cortapisas a la prueba de los privilegios, y se ha referido a otros aspectos de la misma.

a) Justificación de los bienes cuya administración ha pasado al marido o representante legal.

Debe la mujer o el representado (hijo o pupilo) probar su derecho a dichos bienes por documento auténtico.

En efecto, el ic. 1º del art. 2483 comienza por declarar que las preferencias de los Nºs. 3 a 5 del art. 2481 se entienden constituidas a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos que la mujer hubiera aportado al matrimonio, o de los bienes raíces o derechos reales en ellos que pertenezcan a los respectivos hijos bajo patria potestad y personas bajo guarda y hayan entrado en poder del marido, padre, madre o guardador.

El derecho a los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos siempre constará en instrumentos públicos, y por ello lo único que exige el precepto es probar que han entrado a poder del marido o representante.

La limitación es entonces para los bienes muebles, en que debe acreditarse no sólo la circunstancia anterior, sino el derecho de la mujer o representado a ellos por los instrumentos públicos que señala la parte final del mismo inc. 1º del art. 2483: la preferncia se extiende "a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad".

b) Administración de los bienes.

Probado el derecho de la mujer o incapaz a los respectivos bienes, no hay, en cambio, limitaciones para justificar las indemnizaciones que deba el marido o representante legal por su administración descuidada o dolosa (art. 2483 inc. 2º).

c) Confesión del marido o representante legal.

Según el art. 2485: "la confesión de algunos de los cónyuges, del padre o madre que ejerza la patria potestad, o del tutor o curador fallidos, no hará prueba por sí sola contra los acreedores".

(6) Privilegio de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del artículo 511 (art. 2481 Nº 6).

Este privilegio se encuentra tácitamente derogado.

Tenía sentido la disposición cuando el artículo 511 del Código Civil era el siguiente: "Si la ascendiente legítima o madre natural, tutora o curadora, quisiera casarse, lo denunciará previamente al magistrado, para que se nombre la pesona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración extendiéndose la responsabilidad del marido aun a los actos de la tutora o curadora anteriores al matrimonio". Sin embargo, la ley 5521 de 19 de diciembre de 1934, cambió su texto, eliminando la responsabilidad solidaria de los que casaren con la madre, abuela, tutora o curadora del pupilo.

En la forma explicada, debe entenderse tácitamente derogado el numeral 6º del artículo 2481.

(7) Privilegio por expensas comunes de una unidad que forme parte de un condominio

Al respecto el artículo 4º inciso 4º de la ley 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, publicada en el Diario Oficial del 16 de diciembre de 1997, estable lo siguiente: "La obligación del propietario de una unidad por los gastos comunes seguirá siempre al dominio de su unidad, aun respecto de los devengados antes de su adquisición, y el crédito correspondiente gozará de un privilegio de cuarta clase, que preferirá, cualquiera que sea su fecha, a los enumerados en el artículo 2481 del Código Civil, sin perjuicio del derecho del propietario para exigir el pago a su antecesor en el dominio y de la acción de saneamiento por evicción, en su caso".

Este privilegio presenta algunas características especiales, que constituyen excepciones a las reglas generales aplicables a los créditos de cuarta clase:

a) Hace excepción a la norma del artículo 2482, según la cual los créditos de cuarta clase prefieren según las fechas de sus causas. En este caso, el privilegio prefiere, cualquiera sea su fecha, a los enumerados en el artículo 2481;

b) El privilegio en estudio, constituye una excepción a la regla, contenida en el artículo 2486, de que las preferencias de la cuarta clase afecten a todos los bienes del deudor, por cuanto sólo se hace efectivo sobre la unidad del propietario moroso en el pago de las expensas comunes, es decir, es especial;

c) El privilegio alcanza a quien adquiere la unidad aun respecto de las expensas generadas antes de su adquisición, es decir, da derecho de persecución. Constituye por ello, una excepción a la regla del art. 2486 de que los créditos de cuarta clase no dan derecho contra terceros poseedores.

Este privilegio es equivalente al que establecía la Ley Nº 6071 sobre Propiedad Horizontal, artículo 48, hoy derogada por el artículo 48 de la ley 19.537, publicada en el Diario Oficial del 16 de diciembre de 1997.

10.5 Créditos de quinta clase, acreedores valistas, comunes o quirografarios

i. Concepto.

En conformidad al artículo 2489 "la quinta y última clase comprende los créditos que no gozan de preferencia". De acuerdo al inciso 2º de esta disposición "los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha".

Los créditos valistas constituyen la regla general, puesto que se requiere disposición legal expresa para otorgar a algún crédito preferencia para su pago. Por ello es que el art. 2488 declara que la ley no reconoce otras causas de preferencia que las estudiadas anteriormente.

Los créditos preferentes que no se cubren en su totalidad por los medios contemplados en la ley para la respectiva preferencia "pasarán por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirán a prorrata". Así está dicho en el artículo 2490.

ii. Créditos subordinados.

En relación a los créditos de quinta clase, la Ley Nº 20.190, denominada "Ley de Mercado de Capitales II" modificó el Código Civil y algunas disposiciones de la Ley de Quiebras. En lo que interesa, agregó cinco incisos finales al art. 2489 a fin de regular la figura de los créditos subordinados, señalando que "*Sin perjuicio de lo anterior, si entre los*

créditos de esta clase figuraren algunos subordinados a otros, éstos se pagarán con antelación a aquéllos."

Al respecto, el actual art. 2489 define esta institución en los siguientes términos: "*La subordinación de créditos es un acto o contrato en virtud del cual uno o más acreedores de la quinta clase aceptan postergar, en forma total o parcial, el pago de sus acreencias en favor de otro u otros créditos de dicha clase, presentes o futuros. La subordinación también podrá ser establecida unilateralmente por el deudor en sus emisiones de títulos de crédito. En este último caso, y cuando sea establecida unilateralmente por el acreedor que acepta subordinarse, será irrevocable."*

De esta definición se sigue que en la subordinación se distinguen tres partes, a saber: (i) el deudor; (ii) el acreedor que acepta postergar el pago de todo o parte de sus acreencias valistas en beneficio de otro acreedor también valista ("acreedor subordinado"); y (iii) el acreedor beneficiado por la subordinación efectuada ("acreedor antepuesto").

En cuanto a las formalidades, el establecimiento de la subordinación y su término anticipado, cuando corresponda, deberán constar por escritura pública o documento privado firmado ante notario y protocolizado.

En cuanto al contenido, la subordinación comprenderá el capital y los intereses, a menos que se exprese lo contrario.

La subordinación establecida por uno o más acreedores será obligatoria para el deudor si éste ha concurrido al acto o contrato o lo acepta por escrito con posterioridad, así como si es notificado del mismo por un ministro de fe, con exhibición del instrumento.

En cuanto a los efectos de esta institución, el actual art. 2489 establece que el incumplimiento de la subordinación dará lugar a indemnización de perjuicios en contra del deudor y a acción de reembolso contra el acreedor subordinado.

VII.
PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

1. CONCEPTO.

En sentido general, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

En un sentido jurídico, la prueba es la demostración, por los medios que la ley establece, de la verdad de un determinado hecho, lo cual si bien por regla general acontece en el marco de un proceso judicial, también tiene lugar en otras situaciones jurídicas (por ejemplo en la celebración de un contrato).

2. REGULACIÓN

Si bien la prueba se encuentra regulada en diversos cuerpos legales, en materia civil se encuentra principal y orgánicamente tratada en los artículos 318 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en el Título XXI del Libro IV del Código Civil (artículos 1698 y siguientes), el cual si bien se refiere a la "prueba de las obligaciones", es de aplicación general.

El **Código Civil contiene normas de fondo o sustantivas** en materia de prueba (denominadas ***decisorio litis***), que son aquellas que determinan cuáles son los medios de prueba y su estructura, las que se refieren a la carga de la prueba, a la admisibilidad de la prueba, y las que establecen el valor probatorio. Por su parte, el **Código de Procedimiento Civil contiene principalmente normas de fondo o adjetivas** (denominadas ***ordenatorio litis***), regulando la producción de la prueba, esto es la forma de rendirla.

Distinguir entre una y otra clase de normas es de la mayor relevancia, atendido que el recurso de casación en el fondo, que como se sabe es de estricto derecho, únicamente procede frente a una infracción de una norma probatoria sustantiva.

Cabe hacer presente que en este curso únicamente se analizará de modo general las normas probatorias sustantivas, pues el estudio detallado de la prueba de las corresponde al Derecho Procesal.

3. LEYES REGULADORAS DE LA PRUEBA

La jurisprudencia suele referirse a las denominadas "leyes reguladoras de la prueba", y que son aquellas normas probatorias que recién calificamos de sustantiva, es decir,: las que determinan cuales son los medios probatorios; las que fijan su valor; las que señalan

que debe probarse; las que distribuyen el peso de la prueba, y las que señalan la admisibilidad o inadmisibilidad de un determinado medio probatorio en una determinada situación.

En suma, son las reglas básicas y sustantivas que rigen la prueba.

4. SISTEMAS PROBATORIOS

Los sistemas probatorios son un conjunto de principios y normas que en un ordenamiento jurídico establecen como han de demostrarse los hechos o actos que se sostiene han acaecido, para deducir de ellos las consecuencias jurídicas que procedan.

En el mundo existen diversas corrientes que intentan resolver y determinar principalmente a quien corresponde la iniciativa de aportar las pruebas, los medios de prueba que son admisibles y como debe valorarse la prueba rendida.

4.1 ¿A quién corresponde la iniciativa de aportar las pruebas?

Al efecto, existen dos grandes sistemas:

(i) El inquisitivo, en el cual es el juez quien de modo preponderante debe determinar que prueba debe ser aportados y realiza dentro del proceso todas las investigaciones tendientes a determinar los hechos, teniendo las partes una intervención sólo en carácter de coadyuvantes.

(ii) El dispositivo, que consiste en que la intervención del juez en el proceso se encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes.

En Chile, en materia probatoria civil rige primordialmente el principio dispositivo. Excepcionalmente, se aplica el principio inquisitivo respecto de la iniciativa para ciertos medios de prueba (informe de peritos e inspección personal del tribunal), y en las medidas para mejor resolver, reguladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

4.2 ¿Qué medios de prueba que son admisibles?

Las alternativas que existen al respecto son las siguientes:

(i) Libertad para aportar cualquier medio de prueba.

(ii) Los medios de prueba sólo pueden tener por fuente la ley, la que los enumera taxativamente.

En Chile rige el segundo sistema, encontrándose los medios de prueba enumerados en los artículos 1698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil.

4.3 ¿Cómo debe valorarse la prueba?

Al respecto, existen las siguientes alternativas:

(i) El sistema de prueba legal o tasada, en que la ley fija el valor de cada medio de prueba en sí mismo y en su apreciación comparativa.

(ii) El sistema de la sana crítica, en que es el juez quien debe valorar la prueba, expresando las razones de lógica y entendimiento por las cuales arriba a sus conclusiones.

(iii) El sistema de la libre convicción, que permite al juez resolver según su íntima convicción, sin necesidad de expresar sus razonamientos en la sentencia.

En Chile rige primordialmente el sistema de prueba legal o tasada, salvo respecto del informe de peritos, cuya valoración queda entregada a la sana crítica del juez (art. 425 del Código de Procedimiento Civil).

5. PACTOS PROBATORIOS

Los pactos probatorios son acuerdos de voluntades entre particulares destinados a alterar la reglamentación legal de los aspectos sustantivos en materia de prueba, pudiendo versar sobre: (i) los medios de prueba; (ii) la carga de la prueba; y (iii) la valoración de la prueba.

Atendida la falta de reglamentación existente al efecto, se ha discutido acerca de la validez de estos pactos. Si bien hay quienes estiman que éstos son válidos en virtud de la autonomía privada (que incluso permite alterar reglas sobre responsabilidad civil, como los artículos 1547 y 558 del Código Civil), la mayoría de la doctrina les resta toda eficacia, por cuanto se trata de materias de orden público que no pueden ser alteradas por la sola voluntad de los particulares.

6. EL OBJETO DE LA PRUEBA

El estudio del objeto de la prueba busca determinar qué debe probarse, es decir, sobre qué recae la prueba.

En general, todo conflicto gira en torno a dos grandes pilares: los hechos de la causa, y el derecho aplicable a los hechos. Esta es la regla general, porque bien podría plantearse un determinado conflicto donde no hubiese discusión respecto de los hechos, sino que del derecho, o bien podríamos encontrar un conflicto donde las partes estuvieran de

acuerdo respecto de la normativa aplicable, pero estuviese en desacuerdo respecto del aspecto fáctico del conflicto.

Teniendo en cuanta lo anterior, **la regla general consiste en que únicamente deben probarse los hechos, sin el derecho requiera de prueba**. Sin embargo, tal regla contiene ciertas excepciones que deben ser analizadas.

6.1 Prueba del Derecho.

i. Las cuestiones de Derecho.

Las cuestiones de derecho son principalmente las siguientes:

1. La existencia y contenido de un determinado precepto legal, la cual se entiende conocida por todos.

2. La determinación del sentido y alcance de la ley, esto es, la interpretación de la norma, la cual es resuelta por el juez en su sentencia, cabiéndole a las partes sólo argumentar en torno a un determinado sentido que quieran atribuirle.

3. La calificación de las acciones, excepciones y/o de actos jurídicos, que consiste en determinar la naturaleza jurídica de algo, lo cual es de competencia del juez, quien al efecto debe aplicar la ley.

4. La atribución o derivación de efectos jurídicos a las acciones, excepciones o actos jurídicos, lo que corresponde al juez, debiendo subsumir el supuesto de hecho dentro de la hipótesis normativa.

ii. Prueba del Derecho Nacional.

Por regla general, el Derecho Nacional no debe ser probado, por cuanto la ley, su principal fuente, se presume conocida por todos en conformidad al artículo 8 del Código Civil, en concordancia con los artículos 706 y 1426 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, si como fuente del derecho se invoca a la costumbre, doctrina o jurisprudencia, se tendrá que probar en cada caso costumbre, doctrina o jurisprudencia (recuérdese que estas dos últimas no constituyen derecho).

En particular, el art. 2 del Código Civil indica que la **costumbre** sólo se constituye derecho cuando la ley se remite expresamente a ella (como en el art. 1546), y los hechos que la configuran deben acreditarse según los medios probatorios ordinarios.

En derecho comercial, en cambio, la costumbre también se aplica ante el silencio de la ley, y si no le constare al juez su existencia, se prueba en conformidad a los artículos 4 y

siguientes del Código del ramo, que disponen que la costumbre mercantil debe acreditarse por alguno de estos dos medios:

- Por 2 sentencias judiciales que declaren su existencia; o
- Por 3 escrituras públicas que hagan referencia a ella, con la limitación de que estas escrituras públicas deben ser de fecha anterior a los hechos que se invocan en el respectivo juicio.(art. 5 inciso 1° y 2° del Código de Comercio).

iii. Prueba del Derecho Extranjero

Respecto del derecho extranjero, obviamente, no rige la ficción del art. 8, sino que el derecho extranjero debe probarse.

En cuanto a este tema rigen 2 importantes fuentes en nuestro ordenamiento:

1. El art. 411 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil, que señala que podrá oírse informe de peritos sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

Nótese que esta norma establece esta prueba de modo facultativo y no como necesario u obligatorio, porque es norma de Derecho Internacional Privado, que si el juez conoce la norma extranjera, puede aplicarla derechamente, aún cuando a su respecto no se produzca prueba de informe de peritos. Pero si no conoce la ley extranjera tendrá que recurrir a este mecanismo.

2. Los arts. 408 a 411 del Código de Derecho internacional Privado ("Código de Bustamante"), cuyas normas son supletorias de la legislación nacional, pero no modificatorias del derecho nacional, y que únicamente liga a los países contratantes. Este cuerpo legal sostiene, en relación con la prueba de la legislación extranjera, que puede existir prueba tanto en relación a la existencia de una determinada norma como también acerca de su interpretación.

6.2 Prueba de los hechos.

Hecho es todo suceso del hombre o acontecer de la naturaleza a los cuales el ordenamiento jurídico vincula determinados efectos. En términos simples, una cuestión de hecho es todo aquello que no es una cuestión de Derecho.

i. Hechos que deben probarse en juicio.

En conformidad al artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, un hecho civil debe ser probado cuando es substancial, pertinente y controvertido.

1. Debe ser substancial, lo que significa que tenga gravitación en relación con el conflicto de que se trata.

2. Debe ser pertinente, lo que significa que debe guardar relación con el conflicto.

3. Debe ser controvertido, lo que significa que a su respecto debe haberse producido en juego dialéctico de la afirmación y de la negación acerca de la existencia y circunstancias del hecho.

ii. Hechos que no requieren ser probados.

En general, la doctrina estima que los siguientes hechos se encuentran eximidos de prueba:

1. Hechos que no reúnen la triple identidad de se substanciales, pertinentes y controvertidos.

2. Hechos de prueba prohibida, en que está involucrada la moral o el orden público. Por ejemplo, el artículo 182 del Código Civil establece que no podrá impugnarse ni reclamarse, y por ende menos probarse, la filiación por concepción mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, establece que

3. Hechos que la ley presume de derecho. El art. 47 inc. final C.C. señala la fuerza probatoria de la presunción de derecho, en el sentido que, el hecho presumido de derecho no admite prueba en contrario.

La presunción funciona como un mecanismo lógico que esta compuestos por tres elementos perfectamente diferenciables que son:
- hecho indicador o indicio,
- regla de lógica y experiencia, y
- hecho presumido.

En la presunción de derecho el hecho que se presume de derecho no necesita ser probado, y aún más no se admite prueba en contrario; pero el hecho indicador o indicio si debe ser probado. Así por ejemplo, si se presume de derecho que la concepción ocurrió en un periodo entre 300 y 180 días anteriores al nacimiento, el hecho indicador es el nacimiento, naturalmente que debo probarlo, pero no se permite prueba en contrario a quien pretenda establecer una época distinta de concepción (art. 76 CC)

4. Hechos Públicos y Notorios. Se entiende que es aquel que es conocido por la generalidad de las personas en un determinado momento, o bien aquel que forma parte del conocimiento general y vulgar de la gente. De lo anterior se sigue que el concepto de hechos notorios es relativo, por cuanto cambia de acuerdo a las circunstancias de que se trate.

Para calificar un hecho de público y notorio no se necesita la inspección directa del tribunal, sino que el hecho puede haber ocurrido y tomar carácter de hecho histórico;

así por ejemplo, es un hecho público y notorio, precisamente por ser un hecho histórico que Jorge Alessandri fue presidente de Chile.

Respecto al hecho que está eximido de prueba el hecho público y notorio, es necesario referirse en primer lugar al art. 89 C.P.C., articulo que está en el título noveno del libro primero, que se refiere a los incidentes y específicamente a la prueba de ellos. Esta norma dice que si se promueve un incidente y el hecho involucrado en este consta en el proceso o es un hecho de publica notoriedad, el tribunal bien puede no recibir el incidente a prueba y derechamente fallar, o sea, el tribunal puede dar por establecido un hecho siempre que este sea publico y notorio.

No debe confundirse el hecho notorio con los **hechos de conocimiento privado del juez**, los cuales simpre requieren ser probados.

Excepcionalmente, el artículo 200 del CC, sobre la posesión notoria del estado civil de hijo como prueba de la filiación, exige acreditar el hecho notorio.

iii. Prueba de los hechos negativos.

Se ha discutido largamente acerca de si resulta o no admisible probar el hecho negativo.

En principio, erróneas interpretaciones del derecho romano indicaban que resultaría imposible probar hechos negativos. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la doctrina fue evolucionando y se señaló que los hehcos negativos, **si bien no podían ser objeto de prueba directa, sí podrían ser objeto de prueba indirecta**.

La doctrina distingue entre:

- Negativas de derecho, en que se niega la concurrencia de un determinado requisito legal (ejemplo: en el contrato de compraventa de inmueble faltó el cumplimiento de la solemnidad)

- Negativa de cualidad, en que se niega una característica de una persona o cosa (ejemplo: Pedro no es capaz).

- Negativa de hecho, en que se niega la existencia o subsistencia de un hecho material. Puede ser, a su vez, de dos clases:
    - Negativa de hecho definida, que contiene precisiones de tiempo y lugar. (ejemplo: Pedro no estuvo en Chile el 2 de febrero a las 15.00 horas)
    - Negativa de hecho indefinida, que no contiene tales circunstancias (ejemplo, indicar "Pedro he transitado por ese lugar").

Teniendo en cuenta que el hecho negativo siempre envuelve la posibilidad de un hecho positivo en contrario, **la regla consiste en que todas las negativas deben ser**

probadas mediante la prueba del hecho positivo inverso, salvo que se trate de una negativa de hecho indefinida.

De este modo, para probar que el acto no cumplió con las formalidades, bastará que pruebe que cumplió con sólo algunas; para probar que pedro no es capaz, se debe probar la causal de incapacidad; y para probar que Pedro no estuvo en Chile el 2 de febrero a las 15.00 horas, bastará que se pruebe que estuvo en Argentina.

Por su parte, quien alega un hecho negativo indefinido queda revelado de probarlo, ya que no existe hecho positivo inverso capaz de probarlo (en el ejemplo, es imposible probar todas los lugares por los que Pedro ha transitado para acreditar que no transitó por un lugar específico). En este caso, quien alega el hecho positivo será quien deba probarlo (que Pedro sí transito por ese lugar).

7. LA CARGA DE LA PRUEBA

7.1 Concepto

El tema de la carga de la prueba u *"onus probandi"* aborda el problema de determinar cuál de los sujetos que actúan en el juicio (demandante, demandado, juez) debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate. En otras palabras, se busca responder la siguiente pregunta **¿quién debe probar?**

7.2 ¿Debe probar el tribunal o las partes?

Según se indicó, el principio que rige en Chile para materias civiles es el dispositivo o de impulso procesal de las partes, por lo que son las partes las que tienen el deber de probar la verdad de sus asertos a fin de obtener una sentencia favorable.

Sin embargo, y excepcionalmente, el tribunal también tiene la facultad de decretar diligencias probatorias en el juicio, a través de las medidas para mejor resolver (art. 159 CPC).

7.3 ¿Qué parte es la que tiene que aportar la prueba?

La regla general en materia de onus probandi es el **criterio de la normalidad**, en cuya virtud la necesidad de probar se impone a aquel que asevera un hecho contrario al estado normal y habitual de las cosas, o bien contrario a una situación adquirida. En materia de obligaciones, por regla general las personas que viven en la sociedad no están vinculadas entre sí, por lo que **la existencia de una relación jurídica entre sujetos es la excepción que, como tal, debe ser probada**.

En razón de lo anterior, el art. 1698 del CC, que contiene la regla fundamental sobre carga de la prueba, establece que *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega*

aquéllas o ésta." Si bien esta norma únicamente se refiere a la prueba de las obligaciones, es aplicable a toda materia, pues encierra el criterio de la normalidad.

En virtud de la aplicación de los principios de la carga de la prueba, está cargado con ella el demandante o el demandado en su caso, o incluso ambas partes. Y ello porque el peso o carga de la prueba no es algo estático que se determine una vez que se haya presentado la demanda y se haya evacuado la contestación. Por el contrario, a medida que avanza el juicio y más argumentaciones y pruebas se aportan, puede variar el peso de la prueba.

Por ejemplo:

- Juan demanda a Pedro para que le restituya el auto que le debe: Juan debe probar la existencia de esta obligación.

- Pedro contesta que el auto se destruyó por caso fortuito: Pedro debe probar la ocurrencia del caso fortuito.

- Juan replica que igualmente debe resarcirle los perjuicios porque estaba en mora de la entrega: Juan debe probar que Pedro estaba en mora.

- Pedro señala en su escrito de dúplica que está, en todo caso, exonerado de indemnizar porque la cosa hubiera igualmente perecido de haber estado oportunamente en manos del acreedor: Pedro deberá probar esta circunstancia.

Cabe hacer presente que **en la práctica**, cada parte aporta siempre todos los medios probatorios de que disponga en apoyo de sus pretensiones. Asimismo se debe señalar que una vez producida la prueba en el proceso, ésta se independiza del aportante, sin que éste pueda alegar que únicamente se examine en cuanto le aprovecha pero no en lo que le perjudica.

7.4 Alteraciones a las reglas fundamentales para determinar el peso de la prueba.

Como se sabe, el art. 47 del CC clasifica las presunciones en judiciales (que constituyen un medio de prueba) y legales, y a estas últimas, en presunciones de derecho (que eximen de prueba y no admiten prueba en contrario) y presunciones simplemente legales.

Hay una expresión de inversión del peso de la prueba frente a la **presunción simplemente legal**: cuando una parte se encuentra favorecido por una presunción simplemente legal, se encuentra eximido del peso de la prueba, correspondiendo a la otra parte probar.

En estricto rigor, las presunciones **no siempre alteran el peso de la prueba**. En efecto, para concluir si en la presunción legal hay efectivamente una alteración del onus probandi es necesario compararla con lo que se impondría según las reglas generales: si se llega a una distribución opuesta, habría alteración, pero si tanto mediante la presunción como por aplicación de las reglas generales se llega a igual resultado, no hay alteración.

Por ejemplo, el art. 700 del CC presume dueño al poseedor, quedando éste eximido de acreditar su propiedad; por su parte, si se examina la realidad, lo normal es que quienes detentan cosas con ánimo de dueño, son sus propietarios. Por ende, si no existiera la presunción legal anotada, igualmente se concluiría que al poseedor no le cabe acredita la propiedad. De este modo, la presunción del art. 700 no altera el peso de la prueba, sino que grafica y especifica una situación normal que se da por regla general.

Finalmente, cabe recordar que la doctrina mayoritaria **no admite los pactos probatorios para alterar el peso de la prueba**.

8. LOS MEDIOS DE PRUEBA

8.1 Concepto

Medio probatorio o medio de prueba, es todo elemento en el cual el juez puede asentar legítimamente su convicción, para dar por establecidos los hechos en que fundamenta su pronunciamiento.

Según se adelantó, en Chile rige el sistema probatorio de la legalidad en cuanto a los medios de prueba, en el sentido que es el legislador quien señala cuáles son los medios de prueba, pero la enumeración que ha hecho el legislador, si bien es taxativa, es al mismo tiempo genérica, lo que significa que en cada una de las categorías le ha dado cabida a expresiones de nuevas tecnologías.

En este sentido, el inc. 2 del art. 1698 del CC establece que *"Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez."* Por su parte, el art. 341 del CPC establece que *"los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informes de perotas; y presunciones".*

Como puede observarse, el CPC agregó el informe pericial, y se suprimió el denominado "juramento deferido", el cual, en términos simples, es aquel en que se cede, comunicando a la otra parte, que se acepta que ella decida, con juramento, sobre la verdad del hecho, para resolver un conflicto; es decir, una parte le impone a la otra jurar sobre un hecho: si se negaba a jurar era una prueba en contra, y lo que se decía bajo juramento se daba por cierto.

8.2 Clasificación

i. En cuanto a su oportunidad.

a) Preconstituídos: Son los que se han producido antes del respectivo juicio; por ejemplo: los instrumentos que surgen antes del juicio, sin perjuicio de hacerse valer en el juicio.

b) Judiciales: Son los que se producen durante el juicio; por ejemplo: prueba de testigos, porque por regla muy general la prueba de testigos se produce dentro del juicio.

ii. En cuanto al sujeto que la produce:

a) Prueba de partes.

b) Prueba del Tribunal.

Como regla general, en nuestro sistema, en materia procesal civil, el principio rector es el de prueba de parte, o sea, la actividad probatoria está entregada a la iniciativa y al esfuerzo de las respectivas partes y solamente a título excepcional y con un criterio restrictivo, se aceptan las medidas llamadas para mejor resolver, que son las iniciativas del tribunal para allegar al juicio ciertos elementos fácticos.

iii. En cuanto a su eficacia:

a) Medios de prueba que producen plena prueba.

b) Medios de prueba que no producen plena prueba.

Plena prueba es aquella que permite demostrar por sí el hecho de que se trata. Cierta doctrina también reconoce a los medios que producen **semi plena prueba**, que son aquellas que para establecer con certeza el hecho requieren de la concurrencia de otros medios de prueba.

iv. En cuanto a la posibilidad de neutralizar la fuerza probatoria del respectivo medio:

a) Medios probatorios que no admiten prueba en contrario.

b) Medios probatorios que admiten prueba en contrario.

La regla muy general es que los medios de prueba admitan prueba en contrario y solo no admitirán prueba en contrario cuando el legislador expresamente lo señale, como en el caso de la confesión de parte.

8.3 Análisis en particular de los distintos medios de prueba en el Código Civil

En este apartado se analizará, de modo general, el tratamiento que el Código Civil da a los distintos medios de prueba.

i. LOS INSTRUMENTOS

A. CONCEPTO.

Es todo antecedente escrito donde conste un hecho, se encuentre o no firmado por las partes o sólo por una de ellas. Es en general todo escrito o medio en que se consigna un hecho.

B. CLASIFICACIÓN.

(1) Instrumentos públicos o auténticos e instrumentos privados.

Los **instrumentos públicos** son los autorizados con las solemnidades legales por el competente funcionario (artículo 1699, 1º del Código Civil). Los **instrumentos privados** son todos los demás, es decir, los otorgados por cualquier persona y que no son autorizados por un funcionario público competente.

(2) Instrumentos de prueba y por vía de solemnidad.

El **instrumento de prueba** es el que se exige por la ley sólo como medio de prueba del acto jurídico. Por ende, de faltar el instrumento, no se afecta la validez del acto jurídico, sino la prueba del mismo (artículo 1708 del Código Civil). El **instrumento por vía de solemnidad** es aquél que la ley exige en atención a la naturaleza o especie del acto o contrato, de manera que si falta la solemnidad, el acto adolecerá de nulidad absoluta o incluso para algunos será inexistente (artículos 1682, 1701 y 1443).

C. LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

(1) Requisitos.

De la definición del artículo 1699 se desprenden tres requisitos que debe reunir un instrumento, para considerarse público o auténtico:

- Debe ser autorizado por un funcionario público, actuando en tal carácter.
- Que el funcionario sea **competente** en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar o territorio en que lo autoriza.

- Que el instrumento se otorgue con las formalidades que señala la ley.

(2) Efectos de la falta de instrumento público en los actos en que es exigido como solemnidad.

El artículo 1701 dispone que en tal caso el acto jurídico adolecerá de nulidad absoluta o para otros será incluso inexistente. Aún más, la ley establece que ni siquiera la confesión judicial tiene valor para acreditar la existencia de un acto o contrato cuya solemnidad es el instrumento público, si éste se omite (artículo 1713).

Pero en ciertas circunstancias, el instrumento público nulo puede convertirse en instrumento privado (artículo 1701, 2º). Para ello:
- Debe ser nulo por incompetencia del funcionario o por vicios en la forma (no por cualquier causa de nulidad, como vemos).
- Debe referirse a actos o contratos en que la ley no requiera como solemnidad el instrumento público.
- Debe estar firmado por las partes.

(3) Valor probatorio de los instrumentos públicos.

El artículo 1700 del Código Civil distingue entre las partes y los terceros.

- El hecho de haberse otorgado: dice el artículo 1700 que "*El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado...*". Produce plena prueba tanto respecto de las partes como de terceros.

  Este precepto debemos complementarlo con el artículo 17, que se refiere a la autenticidad del instrumento público, que comprende dos aspectos:
  - el hecho de haber sido realmente otorgado el instrumento público por las personas que aparecen compareciendo en él;
  - el hecho de haber sido realmente autorizado por la persona que actúa de ministro de fe (un notario público, por ejemplo), y de la manera que se expresa en el instrumento.

- La fecha del instrumento público: Se desprende del artículo 1700 que el instrumento público hace plena fe en cuanto a su fecha. Produce plena prueba tanto respecto de las partes como de terceros.

- En cuanto a las declaraciones contenidas en el instrumento público. Distinguimos al efecto, entre las declaraciones del funcionario que autoriza el instrumento, y las declaraciones de las partes.

  - Declaraciones del funcionario: distinguimos dos situaciones:

- Producen **plena fe** sus declaraciones, en cuanto se refieren a **hechos suyos propios**, como por ejemplo, cuando el notario declara que dio lectura al testamento abierto; también respecto de aquellos hechos que no siendo suyos propios, percibió por sus sentidos, como por ejemplo, la declaración del notario afirmando que las partes firmaron en su presencia; o a hechos que no siendo suyos propios y que tampoco percibió por sus sentidos, los ha comprobado por medios que la propia ley le suministra, como por ejemplo, cuando comprueba la identidad de los contratantes mediante su cédula.

- **No producen plena prueba** las declaraciones que hace el funcionario **confiando en los dichos de otras personas o que importan meras apreciaciones**, como por ejemplo, cuando declara que el testador compareció ante él estando en su sano juicio, hecho que obviamente no puede refutar por carecer de conocimientos psiquiátricos, salvo que fuere evidente la enajenación mental del que pretende testar.

- Declaraciones de las partes.

  - Valor probatorio entre las partes. Distinguimos entre la formulación de las declaraciones y la verdad de estas declaraciones. En cuanto al **hecho de haberse formulado** las declaraciones, el instrumento **hace plena fe**. En cuanto a la **verdad** de las declaraciones, el instrumento público hace también **plena prueba contra las partes** que las hicieron. No obstante, las partes pueden probar, mediante otra plena prueba, que las declaraciones no fueron sinceras.

  - Valor probatorio respecto de terceros. Las declaraciones hacen plena fe respecto de su otorgamiento, de su fecha y en cuanto a que dichas declaraciones efectivamente se efectuaron. En cuanto a la verdad de las declaraciones, pareciera desprenderse de una lectura superficial del artículo 1700 del Código Civil, que dichas declaraciones no hacen plena fe respecto a terceros (*"En esta parte no hacen plena fe sino contra los otorgantes"*). Sin embargo, las declaraciones se presumen verdaderas respecto a terceros, puesto que de otra manera jamás podría probarse ante aquellos la existencia del acto o contrato de que da cuenta un instrumento público. En todo caso, los terceros pueden impugnar la verdad de las declaraciones mediante otra plena prueba, destruyendo la presunción de sinceridad.

- Declaraciones dispositivas y enunciativas.

  Son **dispositivas** las declaraciones que expresan el consentimiento y especifican el objeto sobre el que éste recae. Configuran el acto jurídico y se refieren a los elementos del mismo, tanto esenciales como de la naturaleza o accidentales (por ejemplo, las declaraciones del comprador y del vendedor en que dicen celebrar el contrato de compraventa sobre tal cosa, que el precio es tal suma, a pagar en tantos meses, etc.)

  Son **enunciativas** aquellas declaraciones que no constituyen el objeto del acto jurídico, en que las partes relatan en forma simplemente enunciativa hechos o actos jurídicos anteriores (por ejemplo, el vendedor dice que el inmueble está gravado con una servidumbre a favor de otro predio).

  Lo que hemos expuesto acerca del valor probatorio de la verdad de las declaraciones contenidas en un instrumento público, debe entenderse en referencia solamente a las declaraciones **dispositivas**.

  Por el contrario, **no se presume la sinceridad de las declaraciones enunciativas**, pues las partes no prestan a ellas la misma atención que a las dispositivas, que, dijimos, constituyen el objeto del acto jurídico contenido en el instrumento público. Por ende, las enunciativas sólo hacen plena fe en cuanto al hecho que se formularon, pero no a su sinceridad.

  No obstante, tienen cierto mérito probatorio: contra la parte que las emite, las declaraciones enunciativas tienen el mérito de una **confesión extrajudicial**, que sirve de base a una presunción judicial (por tanto, no estamos ante una plena prueba). A su vez, contra terceros, la declaración enunciativa no constituye sino un **testimonio irregular**, prestado fuera de juicio y carece por tanto de mérito probatorio, aunque podría aceptarse como antecedente de una presunción.

  Pero hay ciertas **declaraciones enunciativas que la ley asimila a las dispositivas**, desde el momento que tienen relación directa con éstas (artículo 1706 del Código Civil). En otras palabras, las partes ponen tanta atención en estas declaraciones enunciativas como en las dispositivas (por ejemplo, la declaración hecha en una compraventa, de que el precio fue pagado anticipadamente). Por la misma razón indicada para el artículo 1700, se concluye que estas

declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas, hacen plena fe entre las partes y respecto de terceros.

Por exceder de la materia propia de este curso, no se analizarán las escrituras públicas, los instrumentos públicos otorgados en el extranjero ni la impugnación de los instrumentos públicos, cuyo estudio corresponde al Derecho Procesal.

D. LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS.

(1) Concepto.

En su acepción amplia, instrumentos privados son los otorgados por los particulares sin la intervención de un funcionario público en su calidad de tal.

Ciertos autores exigen que el instrumento privado esté **firmado** por los otorgantes, porque la firma es el signo que demuestra que se aprueba y hace propio lo escrito, según se desprendería de los artículos 1701, 2º; 1702 y 1703 del Código Civil.

Sin embargo, hay ciertos **instrumentos en que no se exige que estén firmados**, sino sólo que se acredite la existencia de un escrito. En este sentido, el artículo 1704, aludiendo a los "*asientos, registros y papeles domésticos*", expresa que "*hacen fe contra el que los ha escrito o firmado*"; por su parte, el artículo 1023, 2º, dispone, en relación al testamento cerrado, que "*deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador*", lo que ha llevado a sostener por algunos que podría faltar la firma.

(2) Valor probatorio de los instrumentos privados.

En principio, el instrumento privado carece de valor probatorio con respecto a todos.

Sin embargo, conforme al artículo 1702 del Código Civil, adquiere valor probatorio:
- cuando ha sido reconocido; y
- cuando se ha mandado tener por reconocido.

Cabe señalar que del tenor del artículo 1702, pareciera que el instrumento privado carece respecto de terceros de todo mérito probatorio, pero no hay tal: establecida su autenticidad, su valor probatorio es el mismo entre las partes que con respecto a terceros, por las mismas razones apuntadas para el artículo 1700 en lo que se refiere a los instrumentos públicos.

Otros autores sostienen que el instrumento privado no tendrá jamás valor probatorio respecto de terceros, excepto en lo que respecta a la fecha, en los casos del artículo 1703.

Por exceder de la materia propia de este curso, no se analizará el detalle del reconocimiento del instrumento privado, cuyo estudio corresponde al Derecho Procesal.

En conformidad al art. 1702, una vez reconocido o mandado tener por reconocido el instrumento privado, tiene el valor de escritura pública únicamente para las **partes**: (i) en cuanto al hecho de haberse otorgado; (ii) en cuanto a su fecha (ésta será, entre las partes, la del otorgamiento del instrumento, no la fecha de su reconocimiento); (iii) en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se consignan.

En conformidad al art. 1703, respecto de **terceros** la fecha de un instrumento privado no se cuenta sino:
- desde el fallecimiento de alguno de los que han firmado;
- desde el día en que ha sido copiado en un registro público;
- desde que conste haberse presentado en juicio;
- desde que se haya tomado razón de él;
- desde el momento en que ha sido inventariado por funcionario competente, en el carácter de tal;
- desde el momento de su protocolización (artículo 419 del Código Orgánico de Tribunales).

Se justifica esta restricción, que protege a los terceros, por el peligro de antedatar o postdatar el instrumento, con el objeto de defraudar o perjudicar a los terceros. En cualquiera de las situaciones descritas, ya no será posible alterar la fecha del instrumento.

(3) Especies de instrumentos privados otorgados por una sola parte.

Los artículos 1704 y 1705 se refieren a este tipo de instrumentos privados, denominándolos asientos, registros y papeles domésticos y las notas escritas o firmadas por el acreedor. Se trata de escritos, firmados o no, que una persona redacta con el objeto de dejar constancia de un hecho jurídico que ha realizado o de cualquier hecho doméstico. Interviene en estos documentos una sola persona que lo firma o escribe.

- Asientos, registros y papeles domésticos. Adquieren valor probatorio, una vez reconocidos o mandados tener por reconocidos. Del artículo 1704 se despenden las siguientes reglas:
  - no hacen prueba en favor del que los escribió o firmó, sino por el contrario, hacen fe en su contra;
  - esta prueba en contra sólo se produce con respecto a aquello que aparezca con toda claridad;
  - el mérito probatorio es indivisible: el que quiera aprovecharse de este tipo de documentos, no puede rechazarlos en la parte que le fuere desfavorable.

- Notas escritas o firmadas por el acreedor. Pueden haberse hecho en instrumento que siempre ha estado en poder del acreedor o en el duplicado que tiene el deudor. En ambos casos, las notas, para tener valor, deben estar escritas o firmadas por el acreedor (artículo 1705). Caben aquí las mismas reglas indicadas para los asientos:
  - la nota debe haber sido hecha por el acreedor o firmada por éste, "a continuación, al margen o al dorso de una escritura" que siempre ha estado en su poder, o del duplicado de la escritura que está en poder del deudor; la prueba opera contra el acreedor;
  - su mérito probatorio es indivisible: si el deudor pretende aprovecharse de aquello que lo favorezca en la nota, deberá aceptar también lo que le perjudique (por ejemplo, el acreedor puede haber anotado al margen del instrumento, que el deudor le hizo un abono de $ 1.000.000.-, pero dejando constancia que aún se le adeudan $ 2.000.000.-)

(4) Las contraescrituras.

En un **sentido amplio**, contraescritura significa todo instrumento, público o privado, otorgado por las partes para alterar, modificar o derogar en todo o parte lo expresado por ellas mismas en otro instrumento, o sea, todo escrito redactado contra otro escrito, todo acto que modifica a otro celebrado entre las mismas partes. En un **sentido restringido**, contraescritura es todo escrito por el que las partes reconocen con fines probatorios la simulación total o parcial de un acto o una simulación subjetiva, es decir, una interposición de personas.

Trata el Código Civil de las contraescrituras en el artículo 1707. Las opiniones están divididas en la doctrina, acerca del sentido en que está tomada la palabra por la ley. Algunos afirman que el término debe tomarse en su sentido restringido. Por su parte, Arturo Alessandri Rodríguez piensa que la legislación chilena considera la palabra "contraescritura" en su acepción amplia, pues el artículo 1707 no ha restringido su alcance y habla de toda escritura privada y contraescritura pública destinada a alterar lo pactado en otra. Luego, quedan incluidas en el concepto de contraescrituras toda escritura o instrumento en que las partes modifiquen o alteren en todo o parte, en sus elementos esenciales o accidentales, los contratos celebrados, sea para dejarlos totalmente sin efecto, sea simplemente para introducir modificaciones sustanciales o de detalle.

Se desprende del artículo 1707 que las contraescrituras pueden ser instrumentos públicos o privados. Una escritura pública puede ser modificada por otra del mismo género o por un instrumento privado (aunque en este último caso, distintas son las consecuencias frente a terceros). A su vez, la escritura privada puede alterarse por otra privada o por una escritura pública.

En cuanto al **valor probatorio** de las contraescrituras, tienen el valor probatorio que resulta de su calidad de instrumento público o privado. Si son instrumentos públicos, hacen fe como tales; si son privados, tienen valor después de su reconocimiento conforme a la ley.

En cuanto a los **efectos de las contraescrituras**, se distingue según se trate de sus efectos entre las partes y respecto de terceros.

- Efectos de las contraescrituras entre las partes. Producen todos sus efectos entre las partes, conforme al principio general del artículo 1545 del Código Civil, que consagra la ley del contrato.

  El valor probatorio de la escritura y de la contraescritura es el mismo, entre las partes, pero prevalece la contraescritura, atendido lo dispuesto en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil: entre dos o más pruebas que sean contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad.

- Efectos de las contraescrituras respecto de terceros. Las contraescrituras privadas y las públicas de las cuales no se ha tomado la razón de que habla la ley, no producen efectos contra terceros: artículo 1707.

  Para que las contraescrituras produzcan efectos respecto de terceros, deben cumplirse dos requisitos copulativos:
  - Tomar razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas estipulaciones se alteran con la escritura: si se trata de una escritura pública, debe pedirse al notario respectivo o al Archivero Judicial, según corresponda, que practique la nota marginal;
  - Tomar razón del contenido de la contraescritura al margen del traslado (o sea, de la copia), en cuya virtud ha actuado el tercero (hoy, este requisito se cumple automáticamente, cada vez que el notario o el Archivero Judicial, según corresponda, otorguen copia autorizada de la matriz, con la debida nota marginal).

Consignemos finalmente, en esta materia, que **los terceros pueden aprovecharse de las contraescrituras**. En efecto, considerando que el artículo 1707 establece que las contraescrituras no producen efectos contra terceros, a contrario sensu, pueden tener efecto en favor de los terceros, vale decir, pueden invocar las estipulaciones de la contraescritura que los beneficien.

ii. LOS TESTIGOS

A. CONCEPTO.

Son terceros extraños al juicio que declaran sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones efectuadas por las partes en la contienda.

Los testigos **presenciales** son aquellos que han estado presentes al momento de realizar el hecho sobre el cual deponen. En tanto, son testigos **de oídas** aquellos que relatan hechos que no han sido percibidos por sus propios sentidos y que sólo conocen los hechos por el dicho de otras personas (art. 383 del CPC).

B. HECHOS QUE NO PUEDEN PROBARSE POR TESTIGOS.

Por **regla general**, todo hecho del juicio puede probarse mediante prueba testimonial.

Sin embargo, se tienen las siguientes excepciones:

- Actos que deben consignarse por escrito. Deben constar por escrito:

a) Las obligaciones que emanan de **actos y contratos solemnes**, cuya solemnidad consista precisamente en el otorgamiento de un instrumento público o privado. Así, por ejemplo, artículos 1554, respecto del contrato de promesa, y 1801, inciso 2º, respecto de la compraventa.

Cabe consignar que la falta de estos instrumentos no sólo impide que se pueda probar el acto o contrato respectivo por testigos, sino que por cualquier otro medio de prueba, y aún más, produce la nulidad absoluta o la inexistencia del acto jurídico, según concluyen otros (artículos 1682 y 1701).

b) Los **actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias** (artículo 1709). Estos actos o contratos pueden probarse por cualquier otro medio. Cabe notar que la ley habla de "actos o contratos", es decir, se refiere a obligaciones que emanan de un acto jurídico y no de otro hecho jurídico que no tenga dicho carácter. Por tanto, tratándose de delitos y cuasidelitos –hechos jurídicos pero no actos jurídicos-, cabe la prueba de testigos, aunque se reclame una suma superior a dos unidades tributarias (aunque nada dice la ley, se ha entendido que se refiere a unidades tributarias mensuales).

De lo anterior se desprende que únicamente no se admite prueba testimonial cuando pretenda probarse la existencia de dichos actos o contratos, por lo que el hecho mismo de la entrega también puede probarse por testigos, pues la ley se refiere a los actos o contratos que contienen la entrega, pero no a la entrega misma.

El valor de la cosa o del hecho prometido debe determinarse en relación al momento en que se otorga o celebra el acto o contrato.

La ley, con el objeto de impedir que se burlara la limitación probatoria, reguló dos situaciones:

- Al que demanda una cosa o hecho de un valor superior al indicado, no se le admitirá rendir prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda (artículo 1710, inciso 1º).

- Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de dos unidades tributarias mensuales, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue (artículo 1710, inciso 2º).

Cabe consignar que la limitación relativa a la prueba de testigos consagrada en el artículo 1709 del Código Civil, no se recoge en el ámbito mercantil. En efecto, el artículo 128 del Código de Comercio dispone que *"La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública".*

- Adición o alteración de lo expresado en un acto o contrato.

Establece el artículo 1709, inciso 2º, que "*No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato*".

Esta limitación se aplica a los casos en que se pretenda rendirse prueba testimonial para declarar **"en contra"** de lo que se señala en el instrumento, así como cuando se pretende declarar sobre un hecho **"fuera"** –esto es, no contemplado- de dicho instrumento.

Esta limitación se aplica no obstante la cosa objeto del acto o contrato no exceda las 2 UTM.

C. EXCEPCIONES A LOS PRINCIPIOS QUE RECHAZAN LA PRUEBA DE TESTIGOS.

Están establecidas en el artículo 1711, precepto que contempla los siguientes casos, en los que será posible recurrir a la prueba de testigos, no obstante tratarse de un acto jurídico que contiene una obligación superior a las 2 UTM:

a) **Cuando hay un principio de prueba por escrito**. Debe tratarse de "*un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso*". Tres son entonces los requisitos, en este primer caso:

- existencia de un documento, público o privado, y en este último caso, firmado o no, y reconocido o mandado tener por reconocido;
- el documento debe emanar de aquél contra el cual se invoca; y
- que el escrito haga verosímil el hecho litigioso, y lo hace, cuando entre él y la obligación que se trata de probar hay manifiesta ilación y coherencia.

b) **Cuando haya sido imposible obtener una prueba escrita**. La imposibilidad puede ser física o moral. Hay imposibilidad física, cuando las circunstancias materiales no permiten otorgar un instrumento. Por ejemplo, en el depósito necesario (artículos 2236 y 2237). Hay imposibilidad moral, cuando razones de afecto, delicadeza, etiqueta o costumbre, no hacen procedente exigir la extensión de un documento (por ejemplo, el hijo menor, respecto de su padre).

c) **Cuando la ley expresamente la admite.** Por ejemplo, el contrato de comodato puede probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada (artículo 2175); lo mismo ocurre en el depósito necesario (artículo 2237).

D. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DE TESTIGOS.

Se regula la materia en los artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil, que distinguen entre testigos de oídas y testigos presenciales:

a) Testigos **de oídas**: Su testimonio sólo podrá estimarse como **base de una presunción judicial**.

En todo caso, el tribunal considerará especialmente el testimonio de oídas, "*cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de este modo se explica o esclarece el hecho de que se trata"* (artículo 383 del CPC).

b) Testigos **presenciales**: establece el artículo 384 del CPC que se apreciará por el juez la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, conforme a las siguientes reglas:

- Lo que declara un testigo imparcial y verídico, constituye una **presunción judicial.**

- Lo que declaran dos o más testigos, podrá constituir **plena prueba**, en conformidad a las siguientes reglas:

    - La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba de contrario;

- Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas de proceso;

- Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número;

- Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho; y

- Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes.

iii. LA INSPECCIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL

El artículo 1714 del Código Civil dispone que sobre la inspección personal del juez, se estará al Código de Enjuiciamiento. O sea, al Código de Procedimiento Civil, que se ocupa de este medio probatorio en los artículos 403 al 408.

Consiste en el reconocimiento o examen de la cosa litigiosa o del lugar del suceso, realizado por el mismo tribunal, con el fin de aclarar la verdad de los hechos controvertidos.

Ello tiene lugar en los casos en que la ley lo ordena, como sucede con las querellas posesorias, y además en los casos en que el tribunal lo decreta, si lo estima necesario.

Conforme al artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, la inspección personal constituye **prueba plena** en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación.

iv. EL INFORME DE PERITOS

El Código Civil no alude a este medio de prueba por una cuestión histórica. En efecto, en la época en que entró en vigencia el CC, los juicios en los cuales se requería tener conocimientos técnicos eran resueltos por peritos en "Juicios Prácticos" y no por los

tribunales ordinarios jueces. Esta situación se modificó en 1875, al entregarse el conocimiento de todos lo asuntos judiciales a los tribunales ordinarios de justicia.

El informe de peritos es el dictamen que emiten los técnicos de una ciencia o arte.

En cuanto a su **valor probatorio,** el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil dispone que *"Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica"*.

v. LA CONFESIÓN

A. CONCEPTO

La confesión es el reconocimiento expreso o tácito que hace una de las partes en su perjuicio respecto de hechos substanciales, pertinentes y controvertidos.

B. CARACTERÍSTICAS.

a) Es una declaración de voluntad unilateral

b) Produce consecuencias jurídicas en contra del confesante: quien confiesa, no lo hace para mejora su propia situación, sino para beneficiar al otro litigante.

c) Es indivisible: establece el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil que por regla general, la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante. Esto significa que la contraparte no puede aprovecharse de aquello que le favorezca y desechar aquello que le perjudique.

Con todo, el mismo artículo establece dos hipótesis que permiten dividir el mérito de la confesión:

- cuando la confesión comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí; y
- cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros, la contraparte prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado.

d) Es irrevocable: salvo si la confesión fue el resultado de un error de hecho (artículo 1713 del Código Civil y 402 del Código de Procedimiento Civil).

C. CLASIFICACIÓN.

a. En cuanto al lugar donde se presta:

a.1 **Judicial**: Es la que se presta en el juicio respectivo, ya sea como medio probatorio propiamente tal, ya sea como medida prejudicial probatoria, ya sea como medida para mejor resolver.

a.2 **Extrajudicial:** Es la que se presta fuera del juicio en el cual se invoca.

b. En cuanto a su origen o forma de producirse:

b.1 **Espontánea**: Es aquella que presta la parte o su mandatario o representante aunque no tenga poder suficiente, en los escritos, presentaciones o comparecencias, en donde lo que dice importa reconocimiento de un hecho que produce consecuencias jurídicas en contra del que hace estas presentaciones.

b.2 **Provocada**: Es aquella que se produce en virtud del mecanismo denominado absolución de posiciones.

c. En cuanto a su contenido:

c.1 **Pura y simple**: Tiene lugar cuando derechamente se reconoce el hecho sin agregar ninguna nueva circunstancia o sin agregar un nuevo hecho. Ejemplo: declara ser efectivo haber recibido una suma de dinero a título de mutuo.

c.2 **Calificada:** Es aquella que importa el reconocimiento de un hecho, pero agregando circunstancias que altera su naturaleza jurídica. Ejemplo: declara ser efectivo haber recibido una suma de dinero, pero agrega haberlo recibido a título de donación y no de mutuo.

c.3 **Compleja**: Es aquella en que el confesante reconoce el hecho material acerca del cual se le interroga, pero le agrega otros hechos enteramente desligados del primero (compleja primer grado) o bien ligados o modificatorios de los mismos (compleja segundo grado).

Ejemplo compleja primer grado: declara haber recibido a título de mutuo, pero agrega haberse compensado esa deuda con otra suma de dinero adeudada por la contraparte.

Ejemplo compleja segundo grado: declara haber recibido a título de mutuo, pero agrega haber pagado lo adeudado.

Esta clasificación importa para la divisibilidad de la confesión, ya analizada.

d. En cuanto al modo de manifestarse:

d.1 **Expresa:** es aquella que se manifiesta en términos categóricos y explícitos.

d.2 **Tácita o Ficta:** es aquella que se produce en virtud de haberse dado las condiciones que la ley establece para que el tribunal la de por establecida en el procedimiento de absolución de posiciones.

En particular, si la persona citada a absolver las posiciones, no compareciere a dos citaciones o comparece y no responde o lo hace evasivamente, se le tendrá por confeso de aquellas preguntas redactadas en términos **asertivos**, es decir, afirmativos, como por ejemplo "Para que diga el absolvente como es efectivo que recibió del demandante cierta cantidad en mutuo". En cambio, si la pregunta se encuentra redactada en términos **interrogativos** ("para que diga donde se encontraba en tal fecha"), se le puede apercibir con multas y arrestos.

D. VALOR PROBATORIO.

a. Valor probatorio de la confesión extrajudicial.

El artículo 398 del Código de Procedimiento Civil regula la materia, y dispone las siguientes reglas:

- La confesión extrajudicial es sólo base de presunción judicial;
- La confesión extrajudicial no se tomaré en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos;
- Si la confesión extrajudicial se prestó a presencia de la parte que la invoca (o sea, de aquella parte a quien favorece) o ante juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimara siempre como presunción grave;
- Si la confesión extrajudicial se prestó en otro juicio diverso, también se estimara siempre como presunción grave;
- Si la confesión extrajudicial se prestó en otro juicio diverso, pero seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así.

b. Valor probatorio de la confesión judicial.

Cualquiera que sea la forma de la confesión, produce plena prueba respecto del confesante, tanto en los hechos personales de éste, como en los que no lo son (el

artículo 1713 del Código Civil sólo se refiere a los hechos personales, pero el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil agrega también los hechos no personales).

Contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes, -previene el artículo 402 del Código de Procedimiento Civil- no se recibirá prueba alguna, a menos que el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia. Lo mismo se admite, cuando se trata de hechos que sean personales del confesante.

En conformidad al art. 400 del CPC, la confesión tácita o presunta produce los mismos efectos que la confesión expresa.

E. LIMITACIONES A LA ADMISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN.

La regla general es que la confesión se admite para acreditar todos los hechos, a menos que exista una disposición legal o un principio jurídico que la excluya como medio de prueba.

Las principales limitaciones a la confesión son las siguientes:

a) En conformidad al art. 1713 del CC, en relación con el art. 1701 inc. 1º por la vía de la confesión no se puede acreditar la existencia de una acto o contrato cuya solemnidad era el instrumento público.

b) El mismo art. 1713 dispone que tampoco procede la confesión en aquellos casos expresamente indicados en la ley, dentro de los cuales se pueden mencionar los siguientes:

- En conformidad al art. 157 del CC, en el juicio de separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido, la confesión de este no hace prueba, precisamente en homenaje y resguardo a posibles terceros perjudicados.

- En conformidad al art. 1739 inc. 2º del CC, en caso de debatirse o discutirse si un bien es de la sociedad conyugal o es un bien propio de los respectivos cónyuges (discusión que puede tener graves efectos para el acreedor que pretende pagarse su respectiva acreencia), la confesión de los cónyuges no produce prueba.

- En conformidad al art. 2485 del CC, sobre créditos de cuarta clase, establece que la confesión del marido, del padre o de la madre de familia, o del tutor o curador, no hará prueba por sí sola contra los acreedores.

vi. LAS PRESUNCIONES

A. CONCEPTO.

La presunción es el resultado de una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto.

B. CLASIFICACIÓN.

Según se indicó, en conformidad a los artículos 47 y 1712 las presunciones pueden ser de dos clases: legales o judiciales.

Las legales son aquellas establecidas por la ley, y a su vez se subclasifican en simplemente legales (que generalmente invierten el peso de la prueba) y de derecho (que eximen de prueba y no admiten prueba en contrario.

Las presunciones judiciales son aquellas que establece el juez y que constituyen un medio de prueba.

C. PRESUNCIONES JUDICIALES.

(1) Concepto

Las presunciones judiciales son las que establece el juez fundado en las circunstancias o antecedentes concomitantes o subsiguintes al hecho principal que se examina.

(2) Requisitos

Según el artículo 1712, las presunciones judiciales deben reunir tres condiciones para tener valor probatorio:

a. deben ser graves: que el hecho desconocido surja casi como una consecuencia necesaria u obligada del hecho conocido en que se apoya la presunción;

b. deben ser precisas: la presunción no debe ser vaga ni capaz de aplicarse a muchas circunstancias;

c. deben ser concordantes: las presunciones no deben destruirse unas a otras, no debe existir contradicción entre ellas.

Si bien del tenor del artículo 1712 pareciera desprenderse que las presunciones deben ser dos más, el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil establece que **una sola** presunción puede constituir plena prueba, cuando a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes, para formar su convencimiento.

(3) Admisibilidad.

Por su naturaleza, este medio probatorio carece de restricciones. Sólo es inadmisible para probar los actos y contratos solemnes, los que se prueban por su respectiva solemnidad (artículos 1682 y 1701).

(4) Valor probatorio.

Las presunciones constituyen **plena prueba**. Como se desprende del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, los jueces del fondo son soberanos para establecer las presunciones, pero en sus sentencias deben puntualizar o precisar la operación lógica que los llevó al respectivo convencimiento.