
RESPONSABILIDAD CIVIL,
DERECHO DE SEGUROS Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO

—ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER TAMAYO JARAMILLO—

TOMO I

I.S.B.N 978-958-731-068-9

- © Los autores – 2011
- © Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE – 2011
- © Universidad Pontificia Bolivariana – 2011
- © Pontificia Universidad Javeriana – 2011
- © Biblioteca Jurídica Diké – 2011

MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE: *Coordinador académico*

LAURA TAMAYO GIL: *Concepto y diseño de carátula*

JOSÉ LUIS RUIZ VÉLEZ: *Fotografía*

Diké: Justicia en griego

Biblioteca Jurídica Diké
Medellín - Colombia, calle 34 B N° 65 D 58
Telefax: P.B.X. 351 61 61 - A.A. 51838
e-mail: dike@unc.net.co
www.bibliotecajuridicadike.com

Bogotá D.C. Librería
Nomenclatura antigua: Carrera 6ª N° 13-11
Nomenclatura actual: Carrera 6ª N° 12B-11
Teléfonos: 336 55 37 y 286 03 42
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
e-mail: dike@etb.net.co

Sede San José, Costa Rica.
Teléfono: 83 02 10 54
Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela. Pelota a Marrón
Edificio General Páez, piso 7, oficina 708

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

RESPONSABILIDAD CIVIL,
DERECHO DE SEGUROS Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO

—ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER TAMAYO JARAMILLO—

TOMO I



IARCE
Instituto Colombiano de
Responsabilidad Civil
y del Estado



BIBLIOTECA JURÍDICA

Biblioteca Jurídica Díké
dirigida por
Eduardo Quiceno Álvarez

EL ILÍCITO CONTRACTUAL
REFLEXIONES PRELIMINARES A PROPÓSITO
DE LA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE LA
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Hugo A. Cárdenas Villarreal

Universidad Andrés Bello y Universidad de Chile

*¡Para hallarte en lo infinito, hay
que distinguir y luego unir!*

W. Goethe

1. Introducción

Durante todo el siglo XX y lo que va de éste, casi todos los debates que ha suscitado el mundo de la responsabilidad civil (ya veremos si la apellidamos o no) se pueden enmarcar dentro de uno más amplio: la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. El debate ha pasado por una contraposición fuerte entre los dos estatutos, por firmes acercamientos, y hasta por la negación de la existencia de uno de ellos (el de la responsabilidad contractual).

Si observamos la ubicación que se le ha dado a la materia últimamente, al menos desde el punto de vista formal, se observan ciertas va-

riaciones en los programas y planes de estudios. Así, en los últimos años hemos pasado de los clásicos cursos anuales de obligaciones (donde el régimen de responsabilidad contractual era estudiado bastante lejos del régimen de responsabilidad extracontractual), a mallas semestrales en las que –dando cuenta del florecimiento de la materia–, se concibieron cursos específicos de responsabilidad civil extracontractual, dejando la contractual unida al curso ahora también semestral de las obligaciones.

Luego, ya puestos a hacer cambios, se les ha ido quitando el segundo apellido a los cursos de responsabilidad civil «extracontractual» y, en los programas (sin mayor sistematización de contenidos), se han ido incorporando sobre los tópicos de la responsabilidad aquiliana, los tópicos del efecto de los contratos, tal y como se pasaban en el curso de obligaciones. Una última horneada de programas ha empezado reducir la complejidad conceptual de la materia, re-sistematizando los contenidos en base a criterios y categorías comunes a ambas regulaciones; pero este proceso, que indefectiblemente conduce a una confusión de bloques normativos, se ha encontrado con la crítica de un autorizado sector de la doctrina, que insiste en las diferencias entre los regímenes¹.

El problema parece tener su causa en la gran oscuridad que rodea al concepto *responsabilidad contractual*, en cuanto el tratamiento del mismo sigue haciéndose por contraposición con el más decantado concepto de la responsabilidad extracontractual (régimen de responsabilidad por daños). Adviértase entonces, que pese a que la doctrina de la diferenciación radical (diferencia en el origen, naturaleza y régimen jurídico) parece haber sido superada, existen importantes reformulaciones del concepto *responsabilidad contractual* que están siendo alimentadas desde diversas tradiciones teóricas e ideológicas, de entre las cuales, destaca con luz propia aquella que proviene del ámbito anglosajón. Por razones obvias, todo este nuevo sistema de ideas y conceptos debe ser analizado y concordado con el sistema de conceptos con que se aborda el problema de la *responsabilidad contractual* en nuestro medio.

1 Barros, E., 2009.

En el contexto descrito, el propósito de este ensayo no es más que exponer y –a veces– contraponer algunos de los argumentos que, respecto de lo que llamamos *responsabilidad contractual*, sustentan ciertos partidarios actuales de los dos paradigmas *iusprivativistas* en discordia: el monista y el dualista. Antes intentaré terminar de perfilar el problema, luego de una breve exposición del catálogo de diferencias que se aprecian hoy entre los dos estatutos de responsabilidad en el ordenamiento jurídico chileno.

2. Estado actual del catálogo de diferencias entre los regímenes: ¿Puede el incentivo a la circulación de los bienes justificar que las víctimas de ciertos daños contractuales no sean reparadas?

Aunque con antecedentes en el Derecho romano, el debate en torno a la unidad o dualidad de los regímenes de responsabilidad hunde sus raíces en la construcción que, a partir de la promulgación de los códigos decimonónicos, se ha hecho del sistema de reparación de daños. Esta construcción ha enfrentado históricamente a los sostenedores de las llamadas teorías dualistas, con los defensores de las llamadas teorías monistas de la responsabilidad.

Sin duda, el mundo romano reguló la que hoy llamamos responsabilidad contractual en la Ley de las XII Tablas, mientras que lo que hoy llamamos responsabilidad extracontractual fue normada en la *Lex Aquilia*. Esta dualidad regulatoria fue recogida por la codificación civil francesa y, desde allí, influyó normativamente a la práctica totalidad de los ordenamientos de la familia romano-germánica. En nuestro medio, la *responsabilidad contractual* fue tratada en el título XII del Libro cuarto bajo la rúbrica *Del efecto de las obligaciones* (art. 1545 y ss.), y la responsabilidad extracontractual en el título XXXV del mismo libro, bajo el título *De los delitos y cuasidelitos* (art. 2314 y ss.).

Respecto de las diferencias entre los dos estatutos, se puede decir que aunque el sistema normativo chileno ha experimentado cierta evolución hacia la igualdad de tratamiento a través de la recepción de la

reparación del daño moral en sede contractual, en general se mantienen intactas la mayor parte de las diferencias entre las dos responsabilidades planteadas por la versión clásica de la teoría dualista².

Así, una revisión de la manualística y de las monografías que se refieren la materia arrojaría:

- i. que en base al art. 1547 inciso 3º del Código Civil, tradicionalmente se ha entendido que en sede contractual la culpa se presume, mientras que en la responsabilidad extracontractual rige el principio general de que el que demanda debe probar;
- ii. que mientras en el terreno contractual se responde por culpa graduada *ex* art. 1547 del CC., en el extracontractual se responde de cualquier clase de culpa inclusive de la culpa levísima;
- iii. que debido a que en el terreno extracontractual no hay contacto previo entre la víctima y el victimario, suele decirse que no serán admisibles las cláusulas modificatorias de dicha responsabilidad;
- iv. que con base en lo prescrito por el artículo 2317 del Código Civil, se ha concluido por la doctrina y la jurisprudencia que la responsabilidad plural es solidaria en sede extracontractual, en tanto que mancomunada en sede contractual, aunque se suele extender la regla de la solidaridad a los casos en que el incumplimiento contractual se ejecuta con dolo o culpa grave por parte de dos o más deudores en aplicación del art. 2317 inciso 2º del Código Civil chileno³;
- v. que con base en los artículos 26 y 2319 del Código Civil, se ha entendido que la capacidad de obrar en la responsabilidad contractual coincide con la capacidad general para obligarse, en cambio, la capacidad delictual civil es más amplia;

2 Domínguez, C., 2005: 826 y ss.

3 Cfr. Tapia, O., 2006: 298 y ss. y Corral, H., 2003: 30.

- vi. que para que surja la responsabilidad contractual es necesario, según mandan los artículos 1557 y 1538 del Código Civil, constituir al deudor en mora, salvo en las obligaciones de no hacer; en cambio, en la responsabilidad extracontractual la mora no será necesaria por lo que se debe la indemnización desde el momento del hecho dañoso;
- vii. que respecto de la extensión del deber de reparar los daños causados, el régimen contractual es más restringido, pues mientras que sólo se reparan en éste ámbito los daños directos y previsibles (*ex* art. 1556 y 1558 del Código civil); en el ámbito extracontractual se repararán todos los daños que se haya causado, pues en este último, el principio de la reparación integral del daño despliega toda su fuerza, ya que los artículos 2317 y 2329 del CC. hablan de «todo daño» y;
- viii. que a la responsabilidad contractual se aplican las reglas comunes de la prescripción (cinco años según el art. 2515 del CC.), mientras que a la responsabilidad extracontractual se establece la prescripción especial de cuatro años (art. 2332 del CC.).

Sin embargo, la mayor parte de estas distinciones carecen de importancia práctica, pues tan sólo la afirmación de algunas de ellas podrá eventualmente influir en la elección del régimen de responsabilidad aplicable (*v. gr.* la diferencia en torno a la carga de la prueba; la distinción respecto de la regla de la solidaridad y la mancomunidad; y la relativa al plazo de prescripción de la acción).

Desde el punto de vista conceptual y de cara a una futura reforma legislativa que eventualmente unifique las diferencias normativas reales pero contingentes, la cuestión pasa por revisar los fundamentos teóricos y político-económicos de la distinción. En el fondo, se trata de determinar si lo que llamamos *responsabilidad contractual* tiene la misma naturaleza (origen y función) de lo que llamamos responsabilidad delictual, y si el incentivo a la circulación de los bienes, puede justificar

que las víctimas de ciertos daños ligados al *incumplimiento contractual* no sean reparados.

3. Responsabilidad contractual: ¿Incumplimiento del contrato? o ¿Ilícito contractual?

Ciertamente, el primer problema al que tendrá que hacer frente quien pretenda indagar el origen de la *responsabilidad contractual* es precisar aquello que entenderá por *responsabilidad contractual*, puesto que el término puede ser utilizado en sentidos muy diversos.

En nuestro medio se pueden identificar, sintomáticamente, al menos dos formas de referirse al tema: por un lado, están los que hablan de *indemnizaciones por incumplimiento* (por contraposición a las *indemnizaciones por hechos ilícitos*)⁴; y por otro, los que utilizan derechamente el término *responsabilidad contractual*⁵. Ya veremos cómo esta aparente sutileza terminológica esconde grandes divergencias conceptuales (3.2) no obstante que, en Chile, ambas terminologías identifican una obligación específica (3.1): la obligación que tiene una persona de reparar/indemnizar los daños ocasionados a otra.

3.1. Sentido amplio y sentido restringido del término

Como ya se adelantó, ya sea que se hable de *indemnización por incumplimiento* o de *responsabilidad contractual*, en Chile, ambas terminologías indican por lo general la obligación que tiene una persona de *reparar/indemnizar* los daños ocasionados a otra. Esta acepción es la que podríamos llamar *restringida* por contraposición a otra, que además de la indemnización de los perjuicios relacionados causalmente con el incumplimiento, incluye otros mecanismos jurídicos que tienen por objeto proteger al contratante diligente.

4 Cfr. Gatica, S., 1959: 56 y Fueyo, F., 2004: 341 y ss.

5 Por todos, Tapia, O., 2006: 33 y ss; y Alessandri, A., 2005: 34 y ss.

a) *Responsabilidad contractual como «remedio» indemnizatorio*

Frente a la acepción restringida del término *responsabilidad contractual* que indica el título de este apartado, últimamente ha aparecido una acepción más amplia. Al respecto –observa Corral– «desde un tiempo a esta parte siguiendo quizás demasiado servilmente la terminología y dogmática anglosajona, se habla de “remedios” ante el incumplimiento (de *remedies*) dentro de los cuales estaría el cumplimiento forzado, ya sea en especie o equivalente, la indemnización de perjuicios, la responsabilidad por evicción o vicios ocultos, el derecho de retención, la acción subrogatorias y otros instrumentos que buscan la satisfacción, en la mayor medida posible, del acreedor».⁶

Se trataría, según el autor citado, de una batería o conjunto de herramientas que estarían a disposición del acreedor, el cual podría utilizar según sus propias preferencias, si bien respetando las características propias de cada institución. Por ello, no podría el acreedor pedir a la vez y simultáneamente la resolución y el cumplimiento forzado del contrato inejecutado. Pero sí se admite que opte por una u otra.⁷ En este sentido –afirma Vidal–«el solo incumplimiento es suficiente para poner a disposición del acreedor unas medidas de protección que, genéricamente se las llama remedios por incumplimiento, es decir, acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente y cuyo objetivo es la realización de su interés en la prestación, afectado por la infracción»⁸.

Por supuesto, que la acepción que aquí nos interesa es aquella que se refiere únicamente a la indemnización de perjuicios relacionados con el incumplimiento.

6 Corral, H., 2010: 223.

7 Corral, H., 2010: 223.

8 Vidal, A., 2007: 41 y ss.

b) *Responsabilidad contractual como violación de una obligación contractual*

Nótese, que el alcance del término del que hablamos acá es también restringido en el sentido de que parece imponerse la idea de hablar solamente de *responsabilidad contractual*, cuando el daño se relacione con la violación de una obligación contractual expresa o implícita. La puntualización reviste gran importancia puesto que, como se sabe, otras teorizaciones también conciben como parte de la *responsabilidad contractual*, las indemnizaciones de daños relacionados con la violación obligaciones legales y cuasicontractuales. Es por ello que los autores que se insertan en esta última línea de pensamiento prefieren hablar de *responsabilidad obligacional* antes que de *responsabilidad contractual*⁹.

En realidad, respecto de este tópico la doctrina chilena parece atravesar un periodo de transición. Y es que, pese a que parte importante de la doctrina contemporánea parece comulgar con la idea de restringir el concepto en el sentido que venimos advirtiendo (al reconocer al régimen de responsabilidad extracontractual como el régimen general de responsabilidad)¹⁰, no se puede pasar por alto, que esta solución es contraía a una importante doctrina¹¹, que ha tenido reflejo en la jurisprudencia de los tribunales de justicia¹².

3.2. *Fuente contractual, delictual o mixta*

a) *Dualismo: el paradigma dominante*

Para esta teorización, una de las diferencias más importante entre los dos regímenes indemnizatorios dice relación con el origen de la obligación de indemnizar. En caso de la *responsabilidad contractual* (a la que por lo general estos autores se referirán como *indemnización por*

9 Cfr. López, E., 2006: 77.

10 Por todos, Corral, H., 2003: 40.

11 Por todos, Claro, L., 1937: 40.

12 Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1991.

incumplimiento) su fuente o antecedente no es otra más que el contrato; mientras que la fuente o antecedente de la responsabilidad extracontractual (a la que por lo general se referirán como *responsabilidad civil*), no es otra que el hecho ilícito.

Un claro ejemplo de lo que decimos puede verse en la cuenta que da Claudio Illanes Ríos de las *principales transformaciones ocurridas en el derecho civil durante el siglo XX*, en el reciente libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez¹³. Allí, quien fuera por muchos años profesor de derecho civil de la Universidad de Chile sostiene, que «también en materia contractual, el último decenio del siglo XX nos muestra un importante cambio en las clases de daños que pueden indemnizarse por el *incumplimiento de obligaciones que tienen como fuente un contrato*»¹⁴. Luego, tres párrafos más adelante, el autor menciona que «*otra de las materias* en las que se han originado importantes cambios de orientación y de los principios antiguamente considerados, es la *responsabilidad civil*. El mundo moderno, y el alto desarrollo industrial que ha tenido lugar en la segunda parte del siglo XX han traído como consecuencia la existencia de numerosas relaciones humanas y hechos generadores de algún tipo de responsabilidad civil, y para *responder a tan variada índole de ilícitos*, ha sido necesario profundizar en algunos aspectos conceptuales de la responsabilidad y ensanchar, en alguna medida, el sentido y alcance que tradicionalmente se le han dado a sus elementos»¹⁵.

Ante el panorama descrito, tan sólo podemos observar que una concepción que diferencia tan claramente ambas «materias», es hija de otra en la que el *incumplimiento contractual no es aprendido como un acto ilícito*. Para Sainctelette (fundador de esta corriente), sencillamente lo que llamamos responsabilidad contractual no es un régimen de reparación de daños sino, más bien, un régimen de garantía. El autor advertía

13 Illanes, C., 2008: 48 y 49.

14 Illanes, C., 2008: 48 y 49.

15 Illanes, C., 2008: 48 y 49.

que el empleo inadecuado del término había provocado que se confundieran cosas que eran completamente diferentes¹⁶.

De allí que para esta última concepción, la obligación de indemnizar que tiene por antecedente la violación de un contrato deba lógicamente explicarse al interior del régimen que gobierna el contrato. Esta solución es una consecuencia necesaria del sistema de fuentes de las obligaciones que consagra el Código Civil (las obligaciones sólo surgen de los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley).

Con lo anterior, se entiende claramente que la indemnización por incumplimiento contractual no se estudie en los manuales clásicos según la estructura del ilícito (daño, injuria, nexo causal), sino según la estructura de los efectos de las obligaciones, relegando –entre otros aspectos–, el estudio del nexo causal. Como dice Yzquierdo¹⁷, si se refieren a la culpa y el dolo, no es porque se trate de uno de los tantos factores de atribución de la responsabilidad contractual, sino porque constituyen la tipología más frecuente del incumplimiento del contrato. Si refieren el caso fortuito o la fuerza mayor, no enfatizan su virtud exoneratoria como manifestación de la ruptura del nexo causal, sino su carácter de formas de no atribución del incumplimiento contractual. «El “lenguaje” propio de la “responsabilidad” contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la aquiliana, un lenguaje de responsabilidad, sino de incumplimiento»¹⁸.

b) *Monismo: incumplimiento como delito civil*

En contra del paradigma recién descrito se levanta otro que, pasando por Lefebvre¹⁹ y posteriormente por Grandmoulin²⁰, sostiene que la ley y el contrato, y por lo tanto las obligaciones que de ellos nacen, no

16 Sainctelette, Ch., 1884: 11.

17 Yzquierdo, M., 2001: 84.

18 Yzquierdo, M., 2001: 84.

19 Lefebvre, 1886.

20 Grandmoulin, 1892.

tienen una esencia diferente. Se insiste en el hecho de que la obligación inicial nacida del contrato se extingue por la pérdida o imposibilidad del objeto por culpa del deudor, y que la obligación de pagar daños y perjuicios no es por lo tanto la obligación primitiva nacida del contrato, sino una obligación nueva nacida de la ley. Por lo tanto, la fuente de esta obligación legal no puede ser más que el artículo 1382 del Código Civil.

Para Grandmoulin, la responsabilidad era siempre «delictual» (extracontractual) y, la violación del contrato implicaba un delito civil contra la propiedad. En sus propias palabras: «*Selon nous, la responsabilité est toujours délictuelle. La violation du droit de créance est un délit civil (1382) au même titre que celle du droit de propriété*»²¹. Esta tesis es retomada con vehemencia por un sector autorizado de la doctrina francesa contemporánea que, al no admitir la *responsabilidad contractual* como mecanismo a través del cual se puedan reparar daños distintos al *valor de la prestación*, obliga a que todos estos daños vinculados causalmente con la violación de un contrato (pero distintos del valor de la prestación) sean reparado utilizando el régimen extracontractual. En este sentido son conocidos los trabajos de Philippe Remy, autor para quien «esta noción de responsabilidad contractual con una función de reparación de los daños y perjuicios debidos en caso de incumplimiento son un efecto de las obligaciones contraídas y cumplen una función de ejecución por equivalencia». El autor agrega que «la vuelta a la doctrina clásica del incumplimiento del contrato, lejos de confirmar la distinción de los dos órdenes de responsabilidad, permitiría abolir la distinción despojando al contrato de funciones que no le son propias y otorgando a la responsabilidad extracontractual competencia exclusiva para la reparación de los daños injustamente causados»²².

El mérito de este tipo de planteamientos, que podríamos denominar monismos radicales, se halla en haber puesto de manifiesto los vicios de la versión, también radical, del dualismo que concebía los dos

21 Cfr. Yzquierdo, M., 1989: 1994 y ss.; Viney, G., 1995: 276 y ss.

22 Remy, Ph., 1997: 323 y ss.

órdenes normativos como regulaciones de dos cosas estructural, funcional y valorativamente diferentes.

Más allá de los cuestionamientos lógicos, lo cierto es que parece razonable admitir que en el caso de lo que llamamos *responsabilidad contractual* la obligación de resarcir es afectada por el contenido de la convención previa, y que es razonable admitir, que tal diferencia se pueda eventualmente materializar en la ordenación positiva. La cuestión será ajustar cuán diferente puede llegar a ser la regulación.

A partir de las dos posiciones contrapuestas recién descritas, Marcel Planiol²³ seguido por autores como Francesco Carnelutti²⁴, Paul Esmein²⁵ y los hermanos Mazeaud²⁶ sentará las bases y desarrollará una explicación conciliar: la responsabilidad civil es unitaria en cuanto a su origen, en cuanto a sus fundamentos y, en cuanto a su estructura, pero es dual en cuanto a su régimen; una responsabilidad, dos regímenes. Sin duda esta es la tradición teórica a la que contribuye el *Tratado de Responsabilidad Civil* de Javier Tamayo Jaramillo²⁷.

Por regla general, los autores citados al inicio del párrafo precedente, hacían descansar la unidad conceptual de la responsabilidad civil sobre la unidad de la noción de culpa, que identificaban con la violación de una obligación. Para los mismos, ya sea que se incumpla un contrato o que se viole la obligación general de no dañar, la culpa es la *causa/fuente* de la obligación de indemnizar el daño causado. Esta obligación de indemnizar el daño será una nueva obligación distinta de la obligación preexistente y, sin importar que aquella fuese contractual o legal, se deberá indemnizar a la víctima.

Formulaciones más recientes no centran la unidad del fenómeno resarcitorio en la culpa, ya que presuponen la existencia de otros fac-

23 Planiol, M., 1907: 275 y ss.

24 Carnelutti, F., 1912: 743 y ss.

25 Esmein, P., 1933: 627.

26 Mazeaud, H. y L., y Tunc, A., 1965:101 y ss.

27 Tamayo, J., 2007.

tores de atribución distintos a la culpa y el dolo²⁸. Estas teorizaciones suelen centrar la unidad de la responsabilidad en la *injusticia del daño*²⁹, insinuando la abolición de uno de los pilares clásicos de la responsabilidad civil. Según esta forma de ver las cosas, estaríamos pasando de un principio que prescribe que el daño permanece donde se produce, salvo que haya una buena razón para trasladarlo a otra persona; a otro, que indica que el daño se traslada a otra persona, salvo que haya una buena razón para que la víctima lo soporte.

Sin lugar a dudas, la irrupción de factores objetivos de atribución de responsabilidad viene a cuestionar la viabilidad de un concepto de incumplimiento como un acto ilícito, y obliga a la doctrina a formular nuevas explicaciones en torno al concepto de incumplimiento³⁰.

3.3. El incumplimiento contractual como acto ilícito

Es claro que para quienes defienden la dualidad de los regímenes de responsabilidad, el incumplimiento no es visto como un hecho o acto ilícito. Entre los clásicos, por poner un ejemplo, Demolombe sostuvo con toda claridad, que «la inejecución de la convención no constituye un delito en el sentido técnico de la palabra, y que los daños y perjuicios a que puede dar lugar son consecuencia del vínculo de derecho que existía entre los contratantes»³¹.

Uno de los problemas que tiene este planteamiento es que, a pesar de las vacilaciones conceptuales apuntadas más arriba, por regla general, en la doctrina chilena, la imputación de la *responsabilidad contractual* se hace a través de la teoría del ilícito³². Así, comúnmente se

28 Cfr. Tamayo, J., 2007: 192 y ss.

29 Cfr. López, E., 2006: 95.

30 Cfr. Morales, A., 2009: 193 y ss.

31 Demolombe, Ch. 1867: n. 490.

32 Es Grocio (1583-1645) el primer autor que se empeña en elaborar un derecho general de los ilícitos civiles, logrando su objetivo en los aspectos esenciales. Desde entonces se da la figura cuando concurren tres requisitos: la injuria, la culpa y el daño. *Vid.* León, L., 2007: 89 y ss.

leerá en la doctrina, que la «responsabilidad contractual es la sujeción a la sanción impuesta a un ilícito contractual»³³ y, comúnmente se exigirá como «requisitos para que proceda la indemnización de perjuicios contractual: 1) infracción de una obligación preexistente y constitución en mora del deudor; 2) que la infracción sea imputable al deudor, esto es, atribuible a dolo o culpa suyos; 3) que la infracción cause daño al acreedor; 4) que exista una relación de causa a efecto entre el hecho culpable o doloso y el daño sufrido»³⁴.

En la doctrina de los tribunales de justicia, este punto es aún más claro. Así, la Corte Suprema chilena en un reciente fallo refirió, que la «responsabilidad contractual, desde la perspectiva de la teoría clásica, importa el cumplimiento de una obligación por equivalencia [...]; mientras que para la teoría moderna, la indemnización constituye una nueva obligación, es decir un deber principal, nunca accesorio». La Corte apuntó, que «para ambas vertientes doctrinarias, el estatuto en mención requiere de la confluencia de varios presupuestos, a saber: el incumplimiento de una obligación, ya por acción u omisión; la existencia de daño o perjuicio; el nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio; la imputabilidad de éste, sea a la culpa o al dolo del deudor; la ausencia de circunstancias que eliminan o modifican la responsabilidad del deudor y, la mora de este último». Como puede verse, el análisis en torno a la estructura del ilícito es innegable.

También cuesta encontrar entre los teóricos del Derecho autores que no le den al incumplimiento de un contrato el calificativo de acto ilícito. Así, Austin consideró que solamente algunas de las nociones de que se ocupa la teoría general del Derecho tienen carácter necesario y que, la noción de ilícito o delito (*injury*) es una de ellas. El autor estudió dentro de la categoría de los ilícitos civiles tanto los *torts*, como las rupturas de obligaciones provenientes de contratos³⁵. En la teoría de

33 Alessandri, Somarriva, Vodánovic, 2010: 251. En el mismo sentido, Abe-liuk, R., 2008: 809.

34 Por todos cfr. De la Maza, L., 1989: 619.

35 Austin, J., 1977: 149 y ss.

Kelsen, no se puede dudar de que el incumplimiento contractual supone un acto ilícito. Para este autor, «el acto antijurídico es delito si tiene una sanción penal, y es una violación civil si tiene como consecuencia una sanción civil». Sin embargo, como para Kelsen la sanción civil es la ejecución forzosa, propiamente el ilícito no será la acción de causar daño, sino la acción de no repararlo.³⁶

Según Atienza y Ruiz Manero, lo que se califica como ilícito es bien una acción en sentido amplio, esto es, una conducta (activa u omisiva) susceptible de ser calificada deónticamente como obligatoria, prohibida, etc. (vender una casa); o bien la consecuencia de acciones u omisiones, cuando esa consecuencia está deónticamente calificada (dañar). La violación de una obligación contractual es un ilícito del primer tipo que podríamos llamar típico (porque se viola una regla), mientras que la no evitación de la consecuencia dañosa, es un ilícito del segundo tipo que podríamos llamar atípico³⁷.

Al interior de la dogmática civil, la solución no es muy diferente³⁸. Además, se resalta, que la respuesta al problema de si el incumplimiento contractual puede ser considerado un acto ilícito, requiere que despejemos el problema de si el cumplimiento de las obligaciones que nacen de los contratos está mandado imperativamente bajo la amenaza de una sanción o no.

Al respecto observa Aguiar, que el pago es el modo general por el cual se cumplen las obligaciones, cualquiera que sea su especie y origen, y que si bien es cierto que existen otros modos de extinción de las mismas, también lo es, que éstos no dependen de la voluntad del deudor. Y aunque hay algunas variaciones normativas según el tipo de obligación de que se trate, por lo general, el deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó, la que debe ser hecha en el lugar designado y en el día del vencimiento de la obligación. Se

36 Kelsen, H., 1979: 60.

37 Atienza y Ruíz Manero, 2006: 25 y ss.

38 Cfr. Tamayo, J., 2007: 188 y ss. y Bueres, 1986: 61.

trata de un mandato que norma qué cosa, en qué lugar y en qué tiempo debe el deudor entregar a su acreedor o, lo que es igual, de una prohibición de entregar una cosa distinta de la prometida, en un lugar y un tiempo diversos de los convenidos o de los establecidos por la ley a falta de convención³⁹.

El deudor que no cumple con su obligación o pretenda cumplirla de una manera distinta a la convenida, por un hecho que le es reprochable en tanto que se aparta del modelo de conducta del buen padre, comete un acto ilícito, pues obra contra el mandato de la misma ley⁴⁰. En este contexto decía Chironi que «todo hecho que produce la violación de un deber, ya tenga su razón de ser en la voluntad, ya en la ley, es un hecho ilícito, y el agente debe responder por vía de relación especial cuando el elemento objetivo, que es el acto injustamente cometido (*non iure*) va unido al subjetivo, esto es, el estado particular de su ánimo con relación a una determinada iniuria».⁴¹

Nadie discute que desde la obra del autor recién mencionado el concepto de culpa ha tenido una evolución objetivizante, sin embargo, la distinción entre la faz objetiva del incumplimiento y la faz subjetiva podría tener utilidad explicativa.

Al respecto, pensamos que el incumplimiento constituye un hecho objetivamente antijurídico, y que el concepto de antijuridicidad objetiva en tanto que acto contrario al ordenamiento jurídico globalmente considerado, debe ser resguardado pues, marca los límites de los sistemas de reparación de daños y permite prescindir de la ficción de que el incumplimiento es valorativamente neutro. Por cierto, que la idea de una ilicitud objetiva o estricta compatible con criterios de atribución objetivos y subjetivos, necesita la existencia de un acto del hombre unido a un perjuicio⁴².

39 Aguiar, E., 1950: 84.

40 Aguiar, E., 1950: 84.

41 Chironi, G., 1907, n° 1.

42 Cfr. Tamayo, J., 2007: 188 y ss. y Bueres, 1986: 61.

De esta manera, el incumplimiento no reprochable subjetivamente (el que no se comete con culpa o dolo) seguirá siendo un acto objetivamente ilícito, lo que permite explicar al interior de un sistema de reparación de daños la sanción jurídica que permite al acreedor elegir entre diversas medidas de protección («remedios»). El concepto también constituye una buena salida para explicar los casos de responsabilidad contractual objetiva que últimamente se han venido aceptando al interior de la teoría del ilícito (*v.gr.*, incumplimiento de una obligación de resultado)⁴³.

Por cierto que un planteamiento como este discurre por caminos teóricos diferentes al que sitúa el origen de la responsabilidad contractual en la violación de una convención accesoria implícitamente anexa al contrato que ordenaría reparar los daños. No obstante lo dicho y, aún aceptándose esta doctrina, no se puede negar que es un hecho nuevo (dolo, culpa, riesgo, etc.), adicional al incumplimiento, el que se encuentra en el nacimiento de la obligación de indemnizar. La *sanción/reparación* en que incurre el deudor no es consecuencia del pacto implícito, sino de la reprobación de la causa del retardo o incumplimiento, según sea el caso.

Si lo que llevamos hasta aquí está bien planteado, y el incumplimiento contractual es un ilícito civil, cabe preguntarse si ese incumplimiento no debería regirse por las normas que el Código Civil dedica a regular los delitos y cuasidelitos (Título XXXV) y, más importante aun de cara a una eventual reforma legislativa, cabe preguntarse si hay razones que justifiquen el tratamiento diferenciado de la reparación de los daños que provienen del incumplimiento del contrato respecto de los que se producen como consecuencia de la transgresión del deber general de no dañar.

43 Sobre el requisito de la antijuridicidad puede verse Vicente, E., 1990: 837 y ss.

- a) ¿Se deben aplicar las normas *De los delitos y los cuasidelitos* a los incumplimientos contractuales?

Si atendiésemos únicamente a la ubicación geográfica de las normas en los diferentes títulos del Código Civil, deberíamos defender que la transgresión de los contratos, en tanto que hechos ilícitos, debería reconducirse al título XXXV. Sin embargo, y sin perjuicio de que el régimen contractual es claramente el régimen más general, no cabe ninguna duda de que en el título XII (De los efectos de las obligaciones) contiene, junto a otras disposiciones, normas especiales que ordenan la reparación de los daños derivados del incumplimiento de un contrato.

Pese a la tendencia a identificar uno de los dos regímenes como el régimen común, es además perfectamente concebible que en los dos conjuntos normativos existan normas generales como particulares. Si ambos regímenes son conceptualmente identificados en su esencia, la agrupación de normas en títulos separados, no puede configurarse como si fueran compartimentos estancos; habrá normas privativas de uno de los regímenes como normas que se pueden aplicar a ambos. Respecto del Código Civil colombiano (que en estos artículos es igual al chileno) observa Santos que, sin perjuicio de que se encuentren en títulos diferentes, se aplican a ambos órdenes de responsabilidad «los artículos 1613 y 1614, en cuanto determinan y definen el daño emergente y el lucro cesante, 1616, en lo que toca con la necesidad de un vínculo causal entre el hecho y el perjuicio que se ocasiona, 2341, en cuanto consagra el postulado del *neminem laedere* o deber de no causar daño a otro, 2344, en cuanto establece el principio general de responsabilidad en materia de responsabilidad, y el 2357, que establece la denominada compensación de culpas»⁴⁴.

Como se ve, la conceptualización del incumplimiento contractual como hecho ilícito no solo no implica desconocer el régimen de res-

44 Santos, J., 2004: 185 y 186.

ponsabilidad contenido en el título XII, sino que, por el contrario, obliga a hacer esfuerzos de coordinación y sistematización normativa.

- b) *El argumento de la diferencia en el origen: «la responsabilidad contractual tiene su origen en el contrato, mientras que la extracontractual lo tiene en el hecho dañoso»*

A primera vista, el argumento así presentado parece un sofisma. El truco retórico consistiría aquí en comparar dos tramos diferentes del proceso que lleva a la imputación de la responsabilidad. Respecto de la responsabilidad contractual, se focaliza la *fuerza de la obligación* que, de ser incumplida, generará la responsabilidad; mientras que respecto de la responsabilidad extracontractual, se focaliza *el momento de la transgresión de deber (incumplimiento)*.

En realidad, el argumento asumirá la fisonomía de un sofisma para el observador para quien la *responsabilidad contractual* es un mecanismo para reparar perjuicios que van más allá del valor de la prestación (*v. gr.* daños a la persona del acreedor y a los otros bienes del acreedor que se conectan con el incumplimiento), puesto que para que se pueda exigir la reparación de estos daños, no basta con que la obligación de pagar/cumplir se haya incumplido. El incumplimiento a secas, tan sólo daría derecho a exigir su cumplimiento de lo prometido, salvo que se aporte una razón ulterior. Por el contrario, el argumento que sintetiza la rúbrica de este apartado será inexpugnable desde la perspectiva del observador para quien la responsabilidad contractual es *esencialmente* una *modalidad de pago* (generalmente, *pago por su equivalente en dinero*), puesto que desde su perspectiva, la «responsabilidad contractual» al igual que toda obligación de pago, se hará exigible *en razón* de las *condiciones* en que se pactó, sin que sea necesaria una razón jurídica *adicional*.

Volveremos sobre este punto un poco más adelante, ya que de momento nos interesa indagar si realmente la distinción entre los dos regímenes de responsabilidad que, en nuestra opinión, es la principal causa de la oscuridad que envuelve al concepto de *responsabilidad contractual*, se sujeta en razones lógicas o ideológicas. Y es que desde el punto de

vista estrictamente teórico, las categorías que corresponde comparar para observar las similitudes y deferencias no son *el contrato y el hecho ilícito*, sino *el contrato y la ley*, por una parte y; *la obligación y el deber*, por la otra.

b.1) Mientras que la responsabilidad contractual conlleva la violación de una obligación, la responsabilidad extracontractual conlleva la transgresión de un deber

Por supuesto que la distinción teórica entre obligación y deber es un tema que supera con creces el objetivo de estas reflexiones⁴⁵, sin embargo, como lo que intentamos determinar es si la distinción *obligación/deber* puede fundamentar en términos lógicos una diferencia de esencia entre lo que llamamos responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, aventuraremos dos consideraciones al respecto.

Primero, sostener que la *responsabilidad contractual* supone el incumplimiento de una obligación en el sentido técnico que la dogmática civil le atribuye al término (básicamente, prestación definida, contenido patrimonial y sujetos determinados), supone asumir un concepto de *responsabilidad contractual* que abarca la reparación de los daños provenientes de la transgresión de las obligaciones cuasicontractuales, así como de las obligaciones legales. Este punto, pese a haber sido sostenido por alguna jurisprudencia, es hoy fuertemente cuestionado por la doctrina más influyente que entiende que el régimen común de la responsabilidad es el régimen extracontractual y que, por lo mismo, debe ser el que gobierne la reparación de los daños provenientes de la transgresión del deber general de no dañar a nadie, los provenientes de la transgresión de las obligaciones cuasicontractuales y, los que tienen su causa en la transgresión de las obligaciones legales.

Nótese, entonces, que si el régimen extracontractual es utilizado, en tanto que régimen común, para ordenar la reparación de los daños ligados con la transgresión de las obligaciones legales y cuasicontrac-

45 El tema puede verse en Guastini, R., 1999: 110 y ss.

tuales, el argumento que estamos comentando difícilmente podría sostenerse.

Segundo, aunque no puede negarse que la distinción *obligación/deber* tiene gran importancia en sistema de conceptos utilizados por la dogmática civil, no tiene la misma importancia a la hora de justificar diferencias al interior de la teoría del injusto, puesto que en ésta, la obligación de reparar *surge/nace* con la concurrencia de un hecho ilícito. El hecho ilícito (contractual o extracontractual) genera un derecho subjetivo (crédito de indemnización) tanto para quien era parte de una relación contractual, como para quien tuvo el primer contacto con la persona que lo dañó, a propósito del hecho ilícito.

Si ambos regímenes indemnizatorios son explicados desde la teoría del injusto (daño-injuria-nexo causal) la distinción entre obligación y deber no sirve para marcar diferencias esenciales, puesto que la transgresión de los dos tipos de normas supone la comisión de un acto ilícito (*injuria*). Tratándose del régimen extracontractual se debe decir, que desde que la ley liga una sanción a la transgresión de un *deber*, el mismo deviene obligatorio, y que esta *obligatoriedad del deber* tiene la misma función que la obligación que tiene su origen en un contrato, a efectos de justificar (mediante su transgresión) la atribución de responsabilidad. Al respecto, no podemos dejar de recordar aquí las palabras de Kelsen, cuando afirmó que «si el ordenamiento jurídico ha hecho de determinada acción u omisión la condición de un acto coactivo, tiene que ser considerada una ilicitud, inclusive por parte del jurista que la considera no perjudicial, y quizás, hasta útil, y a la inversa»⁴⁶.

Desde el punto de vista teórico, me parece que la distinción entre *obligación y deber* no justifica suficientemente bien una distinción esencial entre el régimen de responsabilidad extracontractual y un régimen de responsabilidad contractual que se preocupa por *indemnizar* daños que van más allá del valor de la prestación. Me parece también, haciendo abstracción de las concretas diferencias existentes en la regulación

46 Kelsen, H., 1983: 127.

positiva, que el problema de la responsabilidad contractual es un problema de fines y valores y, que la solución del mismo, pasa porque estos últimos sean explicitados por las diferentes corrientes en pugna.

b.2) La distinción entre contrato y ley

Al igual que la distinción *obligación/deber* que acabamos de ver, algunos autores justifican las diferencias regulativas en la distinción *contrato/ley*. El argumento es más o menos el siguiente: «en la responsabilidad contractual, el contrato diseña (construye) el interés protegible y lesionable (fin de protección del contrato). Por el contrario, la extracontractual protege bienes de los sujetos, previamente reconocidos como dignos de protección por el ordenamiento. El contrato ordena el riesgo de insatisfacción, mientras que en la responsabilidad extracontractual la regla ordenadora es la ley»⁴⁷.

El argumento parece diseñado desde una inteligencia que valora positivamente la regla que se dan los privados en sus tratos diarios, por sobre las reglas que emanan del órgano de representación legislativa en el juego de la democracia. Según reseña Barros, la idea descrita en los años 70 por Gilmore de que la corriente principal del ilícito estuviese absorbiendo al contrato, así como los anuncios de una responsabilidad donde dominan los deberes de conducta establecidos por el derecho y no por la convención, no se concretó. Para el autor, la doctrina del contrato es hoy bastante saludable, al haber incorporado a su análisis formas típicas de contratación moderna; al tiempo que «valora el contrato como regla de justicia, que se basa en al conmutatividad consentida, y como práctica social que atribuye valor a la promesa, además de constituir un instrumento esencial para aumentar el bienestar»⁴⁸.

Respecto del problema que aquí nos interesa, tampoco parece que la distinción *contrato/ley* pueda justificar suficientemente la distinción *esencial* entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extra-

47 Morales, A., 2009: 202.

48 Barros, E., 2009: 140 y ss.

contractual. La razón se puede advertir fácilmente. El derecho privado contemporáneo regula legalmente muchas formas de contratación, de allí que a nadie puede extrañar entonces, que la regla ordenadora de la insatisfacción de muchos de los contratos sea la ley con la participación de la voluntad de las partes.

Frente a la imagen de una sociedad normándose autónomamente en libertad a través de los pactos, se puede recordar con Alf Ross que, por un lado, las normas contractuales están sujetas a una considerable limitación material pues, por lo general, sólo son capaces de obligar a personas que han consentido del modo establecido, o que satisfacen otras condiciones especialmente relacionadas con la norma correspondiente y; por otro, que es característica reconocida del contrato el hecho de que habitualmente en la secuencia escalonada de fuentes se halla subordinado a todas las instancias creadoras de normas especialmente cualificadas y, que las prescripciones legales meramente declarativas solo aparentemente constituyen una excepción al respecto⁴⁹.

Sólo cuando se contempla el contrato como un peldaño más en la gran construcción escalonada del Derecho, se comprende la íntima conexión en que se hallan *ley y contrato* a la hora de determinar un gran número de realidades jurídicas. El contrato es simplemente una concreción del sistema jurídico dentro del marco de lo establecido en un escalafón superior y, por lo mismo, no es extraño que en muchos casos su concreción última no se consiga hasta la sentencia judicial. Por cierto, que la consecuencia de este planteamiento es la desaparición de la estricta separación entre autoridad y súbditos, entre órganos estatales y ciudadanos, o entre Derecho público y Derecho privado⁵⁰.

La doctrina del contrato de raigambre anglosajona que pretende una teoría de las obligaciones construida desde la categoría del contrato, tiene poca presencia en las sentencias de nuestros tribunales de justicia y en el plano doctrinal se le han hecho importantes objeciones.

49 Ross, A., 1999: 494 y ss.

50 Ross, A., 1999: 494 y ss.

Canaris, por ejemplo, ha venido objetando desde una perspectiva general que la categoría de la *relación obligatoria* constituye una sólida y sensata base para construir una codificación, que no puede ser sustituida por la categoría del *contrato*⁵¹.

En lo particular y, sin perjuicio de que es tentadora la idea de unos espacios de libertad donde autónomamente creamos las reglas sociales a través de nuestras convenciones, no se podrá negar que esa regla de justicia que se basa en la conmutatividad consentida presupone una sociedad igualitaria. En nuestro medio, la existencia de ese presupuesto es sumamente discutible y, adicionalmente, la experiencia se empeña en mostrarnos de manera insistente que, por lo general, desde el punto de vista de la víctima, esa autonomía (en el sentido en que no se interponga entre mi voluntad y mi acto una determinación necesaria, un obstáculo real o una amenaza normativa), sencillamente no existe.

3.4. *Fines y valores*

Si se acepta lo que llevamos dicho hasta aquí, esto es, que los distintos argumentos teóricos sobre los que se ha defendido la distinción esencial responsabilidad extracontractual-responsabilidad contractual, no la justifican suficientemente; entonces, la distinción de esencia o de grados solo se podrá justificar desde los fines y los valores que se le asignen a la institución.

Tal vez convenga recordar aquí la perspectiva desde la cual he ido conectando estas reflexiones preliminares. Desde el inicio de estas páginas, mi intención no ha sido otra que reflexionar sobre el concepto de lo que llamamos *responsabilidad contractual*, pues el mismo es utilizado de muy diversas maneras por las diversas doctrinas. Se ha explorado el concepto por contraposición con el concepto de responsabilidad extracontractual y, de inmediato se vio, que sólo se puede comparar con esta

51 Canaris, C, 2003, citado por León, L., 2004: 141 y ss. La misma opinión del autor con anterioridad a la reforma del BGB puede verse en Canaris, C., 2002: 287.

última responsabilidad, si tomamos el concepto en un sentido doblemente restringido.

Entonces, una vez revisado y descartado el poder justificativo de las distinciones ilícito contractual/ilícito extracontractual, obligación/deber y contrato/ley, para sustentar las diferencias entre el régimen contractual y el régimen extracontractual, solo nos queda revisar la función y los principios que gobiernan la institución.

a) El problema de la función: ¿pago o reparación?

Es un lugar común admitir que lo que se llama responsabilidad contractual puede funcionar como un régimen de pago o como un régimen de reparación. De allí que el régimen de responsabilidad contractual solo tiene tres posibilidades de funcionamiento: en primer lugar, puede funcionar como un tipo de pago, en cuyo caso su régimen normativo será esencialmente diferente al régimen de responsabilidad extracontractual; en segundo lugar, puede funcionar como un tipo de indemnización por daños, en cuyo caso será esencialmente igual al régimen de responsabilidad extracontractual, aunque puede admitir diferencia accesorias de regulación y; en tercer lugar, puede funcionar en parte como un tipo de pago y, en parte, como un tipo de indemnización. En este último caso, el tramo que funciona como un tipo de pago, será esencialmente diferente del régimen de responsabilidad extracontractual; mientras que el tramo que funciona como un tipo de indemnización, será esencialmente igual que el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque puede admitir diferencias accesorias de regulación en atención a las posibilidades que brinda la convención.

Según describe Carlos Pizarro, en el Derecho francés la posición que restringe la responsabilidad contractual al simple pago por equivalencia ha tenido una gran notoriedad, y, aunque ha sumado adherentes, la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia gala sigue fiel a la función extensiva de la responsabilidad contractual. Asimismo, refiere que en nuestro medio nunca se le ha intentado dar una función de

ejecución por equivalencia a la responsabilidad contractual⁵². En Chile, la indemnización contractual puede equivaler a la ejecución forzada del interés esperado por el acreedor (cumplimiento por equivalencia) y, además, de manera conjunta o autónoma, al valor de los daños causados a otros bienes o a la persona (indemnización de los perjuicios).

No obstante lo anterior, para un importante sector de la doctrina clásica chilena (Fueyo, Alessandri, etc.), la obligación que debe satisfacerse por la indemnización de perjuicios es la obligación incumplida por el deudor. Según Pizarro, la inconsistencia manifiesta la necesidad de reconocer y articular teóricamente la función reparatoria en el seno de la teoría de la responsabilidad contractual contemporánea⁵³.

En nuestra opinión, la idea de que la *responsabilidad contractual* tiene una función puramente reparatoria es más atractiva. La indemnización a pagar por el deudor responsable no parece ser, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el «pago» de aquella al acreedor constituye, sencillamente, el cumplimiento de la obligación de resarcir daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Y es que, como dice Pantaleón, «desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis*»⁵⁴.

La responsabilidad contractual permite indemnizar los daños con-
substanciales y aquellos consecutivos al incumplimiento. Los primeros no tendrán función de reparación, sino simplemente de restitución, mientras que los segundos presentan una clara función de reparación. Tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial, las reglas

52 Pizarro, C., 2007: 209 y ss.

53 Pizarro, C., 2007: 209 y ss.

54 Pantaleón, F.: 2010: p. 4 y 5.

que gobiernan las consecuencias del incumplimiento contractual deben satisfacer de manera íntegra al acreedor⁵⁵.

La responsabilidad contractual permite indemnizar los daños consistenciales y aquellos consecutivos al incumplimiento. Los primeros no tendrán función de reparación, sino simplemente de restitución, mientras que los segundos presentan una clara función de reparación. Tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial, las reglas que gobiernan las consecuencias del incumplimiento contractual deben satisfacer de manera íntegra al acreedor⁵⁶.

Como se desprende de esta síntesis, la distinción *esencial* entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual tampoco se puede sostener desde la perspectiva de la función de la institución. Por cierto, esta afirmación no impide que dentro del sistema de reparación existan diferencias accesorias (como de hecho existen) y, que se puedan introducir o retirar otras por vía legal o convencional. Ahora bien, los límites y la ordenación general de estas diferencias responden al sistema de valores que imperaba al momento de la codificación decimonónica y que, por lo mismo, podría eventualmente ser objeto de revisión.

b) *Circulación de los bienes vs. protección integral de la persona*

Finalmente parece que hemos llegado al meollo del asunto. Y es que si la responsabilidad contractual no tiene diferencias *esenciales* con la responsabilidad extracontractual, puesto que no existen razones estructurales ni funcionales que las avalen, las diferencias *accesorias* solo pueden justificarse desde una determinada ordenación de los *valores/principios* que gobiernan la institución.

Para ordenar las reflexiones finales de este escrito, que ya ha sido demasiado largo, utilizaremos como objeto de observación la más importante de las diferencias positivas que existen en la actualidad entre

55 Pantaleón, F: 2010: p. 4 y 5.

56 Pizarro, C., 2007: 209 y ss

la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual, en los términos que la hemos definido aquí. Sin duda alguna, esta diferencia dice relación con la regla contenida en el artículo 1558 del Código Civil chileno. Esta norma, en lo que ahora interesa, prescribe, que «Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento».

Claramente, la regla introduce una diferencia entre los dos regímenes, respecto de la extensión de la reparación, es decir, respecto de la cantidad de daño que será reparado en cada orden indemnizatorio. El problema podría entonces plantearse de la siguiente manera: mientras que en la responsabilidad extracontractual se reparan todos los daños vinculados causalmente con el hecho ilícito (el *principio de reparación integra del daño* rige absolutamente); en la responsabilidad contractual, sólo se reparará integralmente si quien incumple el contrato, lo hace dolosamente pues, en el ámbito de la contratación, hay otras *razones/valores* que justifican que no sean reparados todos los daños que produce el incumplimiento.

La limitación de los daños contractuales suele fundamentarse, entre otras razones, en la *voluntad contractual* (el incumplimiento sólo obliga a las indemnizaciones queridas por las partes); en el *principio de buena fe*; en la *naturaleza del daño contractual*; en la *justicia contractual y la distribución de los riesgos*; en razones de *eficiencia económica* o; en razones de política legislativa⁵⁷. Y aunque, a nuestro juicio, la restricción a la reparación referida ha sido exacerbada por la dogmática civil a través de distintas formas argumentativas, lo que aquí nos interesa recalcar es que se trata de una regla contingente, esto es, que puede estar, como no puede estar⁵⁸.

57 En el derecho chileno sobre el tema de la previsibilidad puede un exhaustivo análisis en Corral, H., 2010. Una muy buena aproximación desde el análisis económico puede verse en Gómez, F., 2002.

58 Sobre el tema de la limitación al principio de reparación integral del daño puede verse, Domínguez, R., 2010: 9 y ss.

Nótese, por último, que además de tratarse de una regla que no se encuentra en todos los ordenamientos jurídicos (*v.gr.*, no existe en Alemania), se trata de una norma a la que se le advierten algunos problemas de constitucionalidad. Así las cosas, sólo agregaremos, para finalizar, que la articulación teórica de la regla de la previsibilidad, así como cualquier otro criterio de imputación objetiva responde a lineamientos de política legislativa que deben ser explicitados para una mejor comprensión y ordenación del debate jurídico.

4. Bibliografía

- Aguiar, H., 1950: *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, Buenos Aires.
- Abeliuk Manasevich, R., 2008: *Las obligaciones*, 5ª ed., t. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Austin, J., 1977: *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*. Scholarly Press, St. Claire Shores
- Alessandri Rodríguez, A. et al, 2010: *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., vol 2. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Barros Bourie, E., 2005: «Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial», en Juan Andrés Baras y Susan Turner (coord.), *Estudios de derecho civil*, LexisNexis, Santiago.
- , 2009: «Criterios de atribución en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», en *Derecho de daños*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- Bueres, A, 1986: «El acto ilícito». Hammurabi, Buenos Aires.
- Canaris, C. W., 2002: «Il significato di una regolamentazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB» (trad. de Dalbosco), en *I cento anni del código civil tedesco in Germania en ella cultura giuridica italiana, actas del congreso celebrado en Ferrara del 26 al 28 de septiembre de 1996*. Cedam, Padua.

- , 2003: «Il rapporto obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle leistungstörungen» (texto impreso de la ponencia leída en el Congreso de Ferrara sobre «*La riforma dello shuldrecht tedesco: un modelo per un futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*», 7-8 de marzo de 2003.
- Carnelutti, E., 1912: «Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale», en *Rivista di Diritto Commerciale*.
- Chironi, G., 1907: *La culpa en el derecho civil moderno*, (trad. de A. Posada). Reus, Madrid.
- Corral Talciani, H., 2003: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- , 2010: *Contratos y daños por incumplimiento*. Abeledo Perrot, Santiago.
- De la Maza Rivadeneira, L., 1989: «Responsabilidad contractual», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, n. 3, pp. 619 a 634.
- Domínguez Águila, R., 2010: «Los límites al principio de reparación integral», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 15.
- Domínguez Hidalgo, C., 2005: «Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: versión original y mirada del presente», en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado presente y futuro de la codificación*, t. II. Lexis Nexis, Santiago.
- Esmein, P, 1933: «Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle», en *RTD civ*.
- Gatica, S., 1959: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Gómez Pomar, F., 2002: *Previsión de daños incumplimiento e indemnización*. Civitas, Madrid.
- Grandmoulin, J., 1892: *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*. Remis, París.

- Guastini, R., 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (trad. de J. Ferrer). Gedisa, Barcelona.
- Kelsen, H., 1983: *Teoría pura del derecho* (trad. de R. Vernengo). UNAM, México.
- Lefebvre, F., 1886: «De la responsabilité délictuelle et contractuelle», en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, Bruselas.
- León, L., 2007: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Jurista Editores, Lima.
- López, E., 2006: *Teoría general de la responsabilidad civil*. Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Mazeaud, H. y L., y Tunc, A., 1965: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. I, 6ª ed. Montchrestien, Paris.
- Morales Moreno, A., 2009: «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros», en *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- Pantaleón, F., 2010: «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», en González, G., y otros (dir.), *Estudios sobre responsabilidad contractual*, (Dir. Gunter Gonzalez y otros). Editores Juristas, Lima.
- Pizarro, C., 2007: «La responsabilidad contractual en el derecho chileno», en *Los contratos en el derecho privado*. Legis, Bogotá.
- Planiol, M., 1907: *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, (4ª ed.). LGDJ, Paris.
- Remy, Ph., 1997: «La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept», en *RTD civ.*
- Ross, A., 1999: *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico dog-*

- máticas* (trad. de J. L. de Baena y otros). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Sainctelette, Ch., 1884: *De la responsabilité et la garantie. Accidents de Transport et de travail*. Bruylant Christophe & Co. Editeurs, Bruselas.
- Santos Ballesteros, J., 2004: *Instituciones de responsabilidad civil*, t. II. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Tamayo Jaramillo, J., 2007: *Tratado de responsabilidad civil* (2 tomos. Legis, Bogotá.
- Tapia Suárez, O., 2006: *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, 2ª ed. Lexis Nexis, Santiago.
- Vicente Domingo, E., 1990: *El requisito de la ilicitud y la antijuridicidad del daño*. RDP, Madrid.
- Vidal Olivares, A., 2007: «Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n. 1, pp. 41-59.
- Viney, G., 1995: *Introducción à la responsabilité*, 2e ed., LGDJ, París.
- Yzquierdo Tolsada, M., 1989: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*. Reus, Madrid.
- , 2001: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Dykinson, Madrid.

Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1991, en RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2º, p. 68.
- Corte Suprema de Justicia de Chile, 29 de julio de 2010, rol n° 6918-2008.