



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS GENERAL EN LAS
OBLIGACIONES DE HACER**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SÓCIALES**

CRISTIÁN ANDRÉS PAPIC VARGAS

PROFESOR GUÍA: DON ALDO MOLINARI VALDÉS

2017

Agradezco de todo corazón a:

A mis padres y hermanos por el apoyo en este largo proceso de titulación,

*A mi pareja, Magdalena, por la paciencia infinita que ha tenido con los tiempos y su
apoyo incondicional,*

A los profesores de mi vida por inculcarme el espíritu crítico necesario en esta carrera,

*A mi profesor guía y profesor de derecho civil, don Aldo Molinari, por enseñarme las
herramientas necesarias para el ejercicio de esta profesión y apoyarme en este paso,*

*Y a todos mis amigos, especialmente a Eduardo, por el ayudarme a encontrar la justa
medida.*

ÍNDICE.

ÍNDICE.....	i
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. TEORIA DE LOS RIESGOS GENERAL EN EL DERECHO CHILENO.....	6
1.1 El concepto de riesgo en el Derecho chileno.....	6
1.2 Reglas de distribución de los riesgos en el Derecho.....	11
1.2.1 Reglas de distribución establecidas por las partes.....	12
1.2.2 Reglas de distribución establecidas por la ley.....	13
1.2.2.1 La culpa y el dolo.....	13
1.2.2.2 Culpa de tercero.....	14
1.2.2.3 Estado de Necesidad.....	15
1.2.2.4 Ignorancia de la existencia de la obligación.....	15
1.2.2.5 Caso fortuito o fuerza mayor.....	15
A. En obligaciones de género.....	16
A.1 Si se extingue el objeto.....	16
A.2 Si no se extingue el objeto.....	17
B. En obligaciones de especie o cuerpo cierto.....	17
B.1 Si se extingue el objeto.....	18
B.2 Si no se extingue el objeto.....	19
1.3 Escenario de la teoría de los riesgos general en nuestra legislación.....	21
1.3.1 Análisis de la definición de riesgo en sentido estricto.....	21
1.3.2 La teoría “clásica” de los riesgos o teoría del peligro de la obligación.....	25

1.3.3 Reglas históricas de distribución para el peligro de la obligación.....	27
CAPITULO II: ANÁLISIS DE LAS POSICIONES DOCTRINARIAS DE LA TEORIA DE LOS RIESGOS GENERAL EN LAS OBLIGACIONES DE HACER.....	30
2.1 Situación de las obligaciones de hacer en nuestro derecho respecto a los riesgos contractuales.	30
2.2 Marco doctrinal de la imposibilidad de ejecución de la obligación de hacer. .	31
2.2.1 Elementos de la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir.	33
2.2.1.1 Elemento objetivo de la imposibilidad de ejecución. La irrealizabilidad de la prestación a satisfacción del acreedor.	33
2.2.1.1.1 La imposibilidad debe ser objetiva.....	33
2.2.1.1.2 La imposibilidad debe ser sobrevenida.	37
2.2.1.1.3 La imposibilidad debe ser permanente.....	37
2.2.1.1.4 La imposibilidad debe ser absoluta.	39
2.2.1.1.5 La imposibilidad debe ser total.....	40
2.2.1.1.6 La imposibilidad es tal cuando es inviable el cumplimiento en naturaleza para satisfacer el interés del acreedor.....	40
2.2.1.2. Elemento subjetivo de la imposibilidad: El caso fortuito.	42
2.2.1.2.1 La imposibilidad debe ser inimputable al deudor.	42
2.2.2 Relevancia de las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil en la distribución de riesgos contractuales.	43
2.2.3 Critica a la posición doctrinal de la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir las obligaciones.....	45
2.3 Marco doctrinal del concepto clásico de “Teoría de los riesgos” en las obligaciones de hacer.....	54
2.3.1 Presupuestos básicos en las posturas doctrinales existentes.	54

2.3.2 Postura clásica o de aplicación por analogía.	55
2.3.3 Criticas a la postura de aplicación por analogía.	56
2.3.4 Posturas modernas o de cargo del deudor.	61
2.3.5 Criticas a las posturas modernas.	64
2.4 Marco doctrinal de la distribución de los riesgos de la excesiva onerosidad sobreviniente.....	68
2.4.1 Conceptualización de la excesiva onerosidad sobrevinida y a teoría de la imprevisión.....	68
2.4.1.1 Aumento de la gravosidad de la obligación del deudor.....	69
2.4.1.2 La disminución de la utilidad de la contraprestación que el deudor tiene derecho a esperar, sin el devaluación alguna en la gravosidad de la propia obligación.	72
2.4.1.3 Fundamentos de la teoría de la imprevisión.....	74
2.4.2 Argumentos en contra de la aplicación de la teoría de la imprevisión.....	76
2.4.3 Argumentos a favor de la aplicación de la teoría de la imprevisión.	78
2.4.4 Jurisprudencia nacional respecto de dicha aplicación.	84
2.4.4.1 Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de Noviembre de 2006.....	84
2.4.4.2 Fallo de la Corte Suprema de 9 de Septiembre de 2009.	88
2.4.4.3 Fallo de la Corte Suprema de 16 de Mayo de 2013.	96
2.4.5 La excesiva onerosidad sobrevinida como riesgo contractual en las obligaciones de hacer.	100
CAPITULO III. UNA MIRADA CRÍTICA A LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORIA DE LOS RIESGOS GENERAL.....	107
3.1 Hacia la objetivación del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones nuestro ordenamiento jurídico.	107

3.1.1 La noción de cumplimiento en el derecho civil de las obligaciones.	107
3.1.2 La noción de incumplimiento en el derecho civil de las obligaciones. ...	113
3.1.3 Crítica al rol de la culpa clásico en el incumplimiento de las obligaciones.	115
3.1.4 Previsiones en las obligaciones de hacer de medios y de resultados en la determinación de las formas clásicas de incumplimiento.	120
3.1.5 Las nociones de incumplimiento fortuito e incumplimiento esencial en relación a la teoría de los riesgos general.....	126
3.1.6 Breve noción de los remedios del acreedor frente al incumplimiento contractual en las obligaciones de hacer.	129
3.2 El rol del caso fortuito en la teoría de las obligaciones de hacer.....	139
3.2.1 Requisitos de procedencia del caso fortuito.	140
3.2.1 La externalidad como requisito de exención de la responsabilidad por caso fortuito.	140
3.2.2 La imprevisibilidad como requisito de exención de la responsabilidad por caso fortuito.	144
3.2.3 La irresistibilidad como requisito de exención de la responsabilidad por caso fortuito.	147
3.2.2 El caso fortuito con rasgos objetivos y de carácter relativo, especialmente sobre la irresistibilidad, la excesiva onerosidad sobrevenida y su aplicación en las obligaciones de género.....	149
3.3 Reinterpretación de ciertos artículos del Código Civil a luz de esta nueva visión.	153
3.3.1 Rol del caso fortuito en el contrato de arrendamiento. Artículo 1925, 1926 y 1927.....	153
3.3.2 Rol del caso fortuito en el contrato de comodato. Artículo 2178 del Código Civil.	156

3.3.3 Rol del caso fortuito en el contrato de depósito en la posada. Artículo 2241 y 2242.....	157
3.3.4 Rol del caso fortuito en el contrato de sociedad. Artículo 2101.....	159
3.3.5 Rol del caso fortuito en el contrato de mandato. Artículo 2150 y siguientes.	160
3.3.6 Rol del caso fortuito en el contrato de confección de obra material en general.	162
3.3.6.1 Rol del caso fortuito y de las circunstancias imprevistas en la construcción de edificios en modalidad de suma alzada en el Código Civil y la reglamentación especial en el Artículo 19 inciso 1º de la Ley de Concesiones de Obras públicas.....	165
CONCLUSIONES.....	172
I. Sobre la Teoría de los riesgos general en el Derecho Chileno.	172
II. Sobre el análisis de las posiciones doctrinarias de la Teoría de los riesgos general sobre las obligaciones de hacer.....	174
II.I Sobre la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir de las obligaciones de hacer.	174
II.II Sobre la Teoría clásica de los riesgos o el peligro de la contraprestación en las obligaciones de hacer.	177
II.III Sobre la excesiva onerosidad sobrevenida	180
III. Sobre la objetivación del cumplimiento e incumplimiento, el rol del caso fortuito y su rol en las obligaciones de hacer, y la reinterpretación de ciertos artículos del Código Civil a la luz de esta investigación.	184
III.I Sobre la objetivación del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico.	184
III.II Sobre el rol del caso fortuito en las obligaciones de hacer.....	191

III.III Sobre la reinterpretación de ciertos artículos del Código Civil a luz de esta nueva visión.....	194
BIBLIOGRAFÍA.....	197
DOCTRINA.....	197
LEGISLACION NACIONAL Y EXTRANJERA.....	204
JURISPRUDENCIA.....	204

RESUMEN.

La investigación que en estas líneas se expone busca establecer, en primer lugar, cual es el marco teórico en que se concibe la teoría de los riesgos a modo general y las mecánicas de distribución o asignación de riesgos que existen para estos escenarios. Esto se logrará revisando sus principales mecanismos; cuales obligaciones señala nuestro Código Civil que reglamentan, en búsqueda de determinar cuáles obligaciones se encuentran comprendidas en ellos. Una vez identificado este marco y terminada la búsqueda, se hará referencia a la situación de las obligaciones de hacer dentro de los más controversiales riesgos contractuales, como son la imposibilidad de ejecución, el *periculum obligationis* y la excesiva onerosidad sobrevenida. Referido lo anterior, se expondrán y analizarán las posiciones doctrinarias en que se encuentra la teoría de los riesgos general en las obligaciones de hacer, exponiendo sus argumentos y analizando sus falencias, con el fin de dilucidar si nuestra doctrina ha podido solucionar el tema en cuestión respecto a estas obligaciones. Dentro de este ámbito, se abarcará este punto refiriéndose a distintos escenarios en que se distribuyen los riesgos contractuales, considerando contextos en que no siempre extinguen la obligación, tomando en cuenta la jurisprudencia más relevante en torno más controversial de ellos, la excesiva onerosidad sobrevenida. Finalmente, esta labor buscará dar una solución armónica al tema de la teoría de los riesgos general en las obligaciones de hacer, a través del análisis, interpretación doctrinaria, y aplicación de ciertos conceptos fundamentales en el derecho civil de las obligaciones, como lo son el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, el caso fortuito, la culpa y los denominados “remedios contractuales del acreedor”, coronando lo anterior con la aplicación práctica de los principios concluidos en este trabajo a ciertas normas del Código Civil, consideradas como normas particulares de asignación legal de estos riesgos.

INTRODUCCIÓN.

En nuestro ordenamiento jurídico, es incuestionable la importancia de las obligaciones y sus efectos. Estas constituyen el eje primordial de todo sistema legal y el centro protagónico del sistema contractual de cualquier país del mundo, incluyendo el nuestro. Tanto en su cumplimiento como en su incumplimiento, estas constituyen un pilar fundamental para las relaciones jurídicas sea entre particulares como entre estos y el Estado.

Dentro de este contexto, existen diferentes instituciones en nuestro derecho que ayudan a estructurar el funcionamiento de las mecánicas de las obligaciones. Dentro de estas, se encuentra la teoría de los riesgos, la cual la doctrina chilena ha entendido como aquella que busca determinar que sucede con la obligación sobreviviente en un contrato bilateral, en caso de extinguirse su obligación correlativa a causa de un caso fortuito, se erige como una mecánica de distribución de riesgos contractuales propios de todo contrato. Sin embargo, denominar “teoría de los riesgos” a esta mera circunstancia es una manera restringida de analizar los riesgos contractuales, los cuales implican un marco de análisis desde una visión mucho más amplia. La imposibilidad de ejecución actual una obligación que no siempre se extingue, junto con la modificación de los costos de la ejecución de las obligaciones, también versan sobre la distribución y asignación de los riesgos contractuales y, por lo tanto, su exclusión de esta teoría es, en mi opinión, un error en el cabal estudio de este escenario. La cuestión no es menor, tomando en cuenta la historia de nuestro país, en que se ven repetidos ejemplos de desastres naturales y actos de autoridad que entorpecen las relaciones jurídicas de los particulares, los cuales dificultan el cumplimiento de los contratos, sea desplazando su cumplimiento, encareciéndolo, disminuyendo la utilidad esperada o extinguiendo las obligaciones que de él nacen, haciendo imposible su realización de manera perpetua. La situación es más grave aún respecto a las obligaciones de hacer, las cuales, según se ha estimado en general, no son tratadas en profundidad por nuestro legislador, ni estudiadas con rigor y extensamente por nuestra doctrina clásica.

El debate en la teoría de los riesgos en Chile es un tema que no se ha solucionado a cabalidad por nuestra doctrina. Esta situación da indicios de lo controversial que es la situación, al ser el Artículo 1550 –que tradicionalmente se mira como la norma de

distribución legal de riesgos- una norma tan controvertida y resistida por nuestros jurisconsultos. El tema en estudio es muy relevante, pues Chile ha demostrado a lo largo de su historia ser un país propenso a los desastres naturales, con terremotos, tsunamis y erupciones volcánicas entre otros, y esto sin tomar en cuenta la historia política de nuestro país, en que en repetidas ocasiones la autoridad ha realizado actos en que puede entorpecer o impedir la realización de los contratos de los particulares, como por ejemplo la nacionalización del cobre, la expropiación de terrenos y los levantamientos militares entre otros. Nuestro Código Civil ha sorteado a lo largo de su historia todos esos eventos sin poder dar una solución a este tema, cuestión relevante tomando en cuenta que todos estos hechos están enmarcados en el concepto de caso fortuito o fuerza mayor, o que, a lo menos, se pueden enmarcar dentro de hechos externos e imprevistos para las partes, situaciones que nuestra doctrina ha desplazado hacia la denominada “Teoría de la imprevisión”, lo cual no es más que una división artificiosa de las mecánicas de distribución y asignación de riesgos propias de la Teoría de los riesgos, ya que ambas distribuyen o asignan riesgos contractuales, diferenciándose solamente en que la imprevisión – tradicionalmente considerada- no versa sobre un riesgo irresistible para el deudor, según la mirada tradicional que se ha tenido de este requisito.

En busca de esta solución, el análisis debe tener en consideración las posiciones argüidas por nuestra doctrina hasta ahora en este debate, pero no debe tomarlos como soluciones infalibles, y por tanto, se hace necesario exponer sus defectos, especialmente cuando se encuentra en trámite un proyecto de ley, el Boletín N° 10.116-07, que busca consagrar una de las posiciones doctrinales al rango de ley, respecto a la excesiva onerosidad sobrevinida. Tampoco hay que olvidar el Boletín N° 309-07, ingresado en 1991, discutido latamente y archivado el año 2004, el cual busca la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles por hechos imprevistos, es decir, la consagración de la Teoría de la imprevisión.

Es importante hacer la salvedad de que, en la búsqueda de una mirada novedosa, es relevante distinguir lo que nuestro Código Civil dice y lo que es la interpretación hecha por nuestra doctrina al respecto, tomando en cuenta que la teoría de los riesgos descansa en múltiples conceptos más generales, como lo son, por ejemplo, el de incumplimiento, el caso fortuito, el concepto de cumplimiento esencial, los remedios del acreedor, el rol del juicio de reproche y la incidencia del caso fortuito en la responsabilidad contractual entre

otros. Dichas nociones tienen especial relevancia cuando se habla de riesgos contractuales. Solo analizando estos fundamentos a conciencia -en relación a la teoría de los riesgos-, será posible dilucidar una nueva perspectiva, lo cual implica, en primera instancia, diferenciar claramente las concepciones utilizadas y despejar ciertas confusiones reinantes en esta materia, como sucede con las nociones de riesgo y caso fortuito, o la forma en que se configura la extinción de las obligaciones frente a ellos.

Por otra parte, la teoría de los riesgos “clásica” de nuestra doctrina, como se puede comprobar, ha sido escasamente investigada en general, pero es en las obligaciones de hacer donde se acusa la mayor falta de investigación. Es lamentable que, como percibí en la recopilación de la bibliografía básica para la elaboración de este proyecto, los autores más insignes de nuestra doctrina casi no hayan dedicado libro de investigación alguno respecto a la teoría de los riesgos “clásica” en general, y mucho menos solo respecto a esta laguna existente en nuestra legislación respecto a las obligación de hacer, cuya existencia es acusada por ella misma. Al efecto, es posible ver que estos autores, a lo más, han dedicado un par de páginas dentro de sus manuales generales respecto a ello, siendo el más extenso en explayarse el profesor López Santa María, cuestión bastante entendible, dado que es el padre de una de las posturas doctrinarias en nuestro país, la cual denuncia la posibilidad de aplicación de la problemática “clásica” de los riesgos respecto a las obligaciones de hacer, entregando una forma de solución a la misma. Creo firmemente que el tema no es baladí, al constituir uno de los pilares de la responsabilidad en nuestro derecho civil, como para que se vea relegado de esta manera en nuestro estudio jurídico a nivel nacional. Afortunadamente, la doctrina contemporánea ha retomado el estudio sobre los riesgos contractuales en general, por lo que esta investigación se centrara en el estudio de estos nuevos trabajos para intentar dar una mirada novedosa a esta problemática, complementándolos con trabajos de investigación más antiguos.

Respecto a la Teoría de la imprevisión, cabe resaltar que hay bastante material, destacándose especialmente al profesor Lorenzo de la Maza Rivadeneira, con su memoria de prueba sobre dicha teoría, la cual ha servido de base para las investigaciones posteriores. En la presente, intentaremos dar un análisis contemporáneo sobre la distribución de riesgos que esta constituye, relacionándola con la visión clásica planteada,

constituyendo un frente de estudio cabal sobre la distribución de los riesgos en materia contractual.

Desde ya hacemos presente que, a pesar de que nuestra doctrina en general entiende como dos instituciones distintas la teoría de la imprevisión y la teoría de los riesgos, esta búsqueda abordara la distribución y asignación de los riesgos en conjunto, por lo que se hace necesario el tratar juntas estas ideas, a las cuales se referirá cuando se traten conjuntamente como teoría de los riesgos general, ya que como se demostrara, ambas versan sobre los riesgos contractuales y su distribución o asignación.

Respecto a la teoría “clásica” de los riesgos, es importante recalcar que las posturas doctrinales existentes han sido claras en sus argumentos, pero no infalibles. En la actualidad se encuentra en el Congreso un proyecto de ley, consagrado en el Boletín N° 10.116-07, que finalmente vendría a validar, a través de la promulgación de una ley, la posición de una de ellas, lamentablemente, sin hacerse cargo de sus defectos. La doctrina en general se pliega a las posiciones principales, es decir, las posiciones clásicas y modernas, sin intentar abarcar de manera innovadora el problema. Sin embargo, en el último tiempo la doctrina contemporánea ha vuelto a poner en la palestra la temática de los riesgos contractuales, lo cual hace necesaria una actualización y análisis del tema que es materia de esta memoria.

Frente a la distribución de los riesgos por excesiva onerosidad, hay que recordar el Boletín N° 309-07, que aunque se encuentre archivado desde el año 2004, hace patente, con sus 13 años de discusión, la solución preferida en nuestra doctrina frente a la excesiva onerosidad sobrevenida: La teoría de la imprevisión, una de las soluciones a la excesiva onerosidad sobrevenida. En contraposición, la opinión de nuestra judicatura frente a esta es ambivalente, rechazándola o admitiéndola dependiendo del tribunal que acoja el caso en particular. Hay dos fallos en cuestión que ponen en relevancia esta contradicción. El primero de ellos es de la Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de Noviembre de 2006, que se ha mirado como el hito más importante para la aceptación de esta teoría por la doctrina a favor de esta teoría. En contra, nuestra Corte Suprema, en sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009, se ha pronunciado directamente según la doctrina, rechazando la aplicación de esta, a lo menos en el derecho privado. Ambos fallos tienen sus aciertos y errores que merecen una mención en esta investigación. Además, existe un tercer fallo

de nuestra Corte Suprema, de 13 de mayo de 2013, que plantea una tercera variante que también se requiere analizar.

La teoría de los riesgos general está enmarcada dentro un marco mayor, como lo es el incumplimiento de las obligaciones, situación que lamentablemente se ha omitido en toda la discusión antigua, al considerar nuestra doctrina más clásica que el incumplimiento va aparejado necesariamente de culpa, la cual quedaría fuera de sitio al existir caso fortuito. Por lo mismo, es necesario actualizar el estado de los conceptos más básicos del derecho de las obligaciones, para dotar de contenido independiente a conceptos como el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, y determinar desde una perspectiva actual el rol del caso fortuito en esta área de nuestro ordenamiento jurídico, interpretando las normas de nuestro Código Civil desde esta perspectiva.

Esta investigación buscara reconocer las bases que tradicionalmente se ha sentado la teoría de los riesgos general, criticando las posturas establecidas, y analizando nuevos horizontes en este debate, por lo que se invita al lector a leer esta memoria con un espíritu crítico y abierto a las nuevas ideas planteadas en la actualidad.

CAPITULO I. TEORIA DE LOS RIESGOS GENERAL EN EL DERECHO CHILENO.

1.1 El concepto de riesgo en el Derecho chileno.

El concepto de riesgo en nuestra legislación es conocido por el legislador, pero nunca definido en nuestra legislación civil. Si bien nuestro Código Civil la usa en diversos artículos, no define que debe entenderse por él.

Así la situación, debemos buscar su conceptualización en otras fuentes legales. Nuestro Código de Comercio define la palabra “riesgo” en su artículo 513 como “*t) Riesgo: la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero.*” Si bien dicho artículo hace la prevención de que solo se define así para el contrato de seguro, es útil tener en cuenta esta definición como una interpretación de nuestro legislador moderno de dicho concepto, pues ayudara comprender de manera cabal este concepto en nuestro derecho general.

En búsqueda del concepto utilizado por el redactor de nuestro Código Civil, es preciso acudir al Diccionario de la Real Academia Española, el cual define la palabra “riesgo” como “*contingencia o proximidad de un daño*”¹ en la acepción más cercana e útil a nuestra pregunta. También el mismo diccionario hace referencia en otra acepción como “*cada una de las contingencias que son objeto de un contrato de seguro*”², acepción que desechamos en su aplicación directa, por las razones que ya señalamos. Sin embargo, como ya anticipábamos, la definición general de riesgo comparte ciertos elementos comunes, como lo son la contingencia o proximidad y el daño como elementos similares en el pensamiento del legislador, tanto actual como el que confecciono nuestro Código Civil, don Andrés Bello. El mismo diccionario define la palabra “contingencia” como la “*posibilidad de que algo o no suceda*”³, por lo que riesgo puede ser entendido, desde la perspectiva etimológica, como la posibilidad de que suceda o no un daño.

Nuestra doctrina también ha aportado diversas definiciones del concepto riesgo. El profesor Alessandri Rodríguez define la palabra riesgo en dos acepciones: “*el peligro*

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de riesgo. [En línea]. <<http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI>>, [Consulta 2 de Noviembre de 2016]

² *Ibíd.*

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de contingencia [En línea], <<http://dle.rae.es/?id=AVWiN0d>>, [Consulta 2 de Noviembre de 2016]

*especial que puede correr una cosa a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor y que coloca a una persona en la necesidad de soportar la pérdida o deterioro que de él provenga; en otra acepción puede definirse el riesgo en un contrato, como el peligro de perder el derecho que del contrato resulta*⁴. La primera acepción nos merece una importante mención, la cual consiste en sumar como elemento integrado el caso fortuito o fuerza mayor. Esto en mi opinión constituye un error conceptual, pues el “riesgo” no solo acontece o se concreta en el caso fortuito o la fuerza mayor; el riesgo, como se define en el Diccionario de la Real Academia Española, puede concretarse, por ejemplo, por culpa de una de las partes, en la cual la responsable deberá responder por el mismo. El caso fortuito puede ser una de las causas de dicho riesgo, pero no la única. La culpa como institución jurídica es parte de las reglas de distribución de riesgos que tiene nuestro ordenamiento jurídico y, en ausencia de la culpa, operan otros mecanismos de asignación, por lo cual, a pesar de que serán esos otros mecanismos el objeto gravitante de estudio en esta memoria, es necesario hacer esta prevención. Continuando con las acepciones del profesor Alessandri, estas suman un elemento importante, ya que interpreta dichos riesgos tanto en la pérdida como en el deterioro que produzca el riesgo en cuestión, lo cual es relevante para la presente memoria, dado que lo que tradicionalmente se ha entendido como “Teoría de los riesgos”, se basa exclusivamente en la extinción de la obligación, no el deterioro de la misma.

El profesor Luis Claro Solar también entrega una definición de este concepto al decir que *“riesgo se designa en el lenguaje jurídico una contingencia, un peligro de naturaleza particular el que hace a una persona (...) soportar las pérdidas o deterioros, que una cosa esta expuesta a experimentar por consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor”*⁵. Esta definición coincide con la anterior en prácticamente todo salvo el elemento cosa, que representa el objeto de los riesgos, el cual profundizaremos en otro apartado.

Con todo, parte de la doctrina moderna se ha desentendido de estas definiciones. El profesor Abeliuk al definir “riesgo” acude al mismo diccionario ya citado en este trabajo⁶.

⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, Teoría de las obligaciones, 2ª ed., Santiago, Zamorano y Caperán, 1934, p. 243

⁵ CLARO SOLAR, LUIS, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo X, De las Obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1988, página 679.

⁶ ABELIUK M., RENÉ, Las Obligaciones, Tomo II”, 4ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Dislexia Virtual, 2006, p. 733

La profesora Brantt y el profesor Vidal, entre otros autores, son en la doctrina actual quienes encabezan una nueva visión en materia de incumplimiento y distribución o asignación de los riesgos. Ambos, como puede deducirse de sus investigaciones, comparten la opinión del profesor Abeliuk respecto al concepto “riesgos”^{7 8}, y es consecuencia lógica en mi opinión, pues no se puede derivar del significado de “riesgo” que el caso fortuito es directamente su causa. Queda patente que el riesgo y su acaecimiento versan sobre dos momentos distintos. El riesgo es la posibilidad de que suceda o no un daño; una vez que se concreta esa posibilidad, ya no se trata de un riesgo, se trata de un daño, por tanto, deberá recurrirse a las reglas de distribución de los daños, a falta de norma expresa, para su asunción por alguna de las partes. Esto es en extremo relevante, dado que demuestra que las reglas de distribución de riesgos y las reglas de distribución de daños contractuales se encuentran íntimamente ligadas, como reglas ex ante y reglas ex post del acaecimiento del suceso. Un riesgo que sea imprevisible, inculpable, y que no tenga una regla para su distribución, sea provista por las partes o por la ley, deberá regirse por las reglas de los daños y riesgos que contenga el contrato o que la ley suministre en defecto.

El concepto de riesgo es un concepto enteramente humano. Si una circunstancia es dañina o riesgosa dependerá enteramente de la posición en que la analice el observador. En material contractual, siguiendo la opinión del profesor Gavidia y la función económica del contrato como medio para la concreción de operaciones económicas, al hablar de riesgos, este debe entenderse dentro del marco de los intereses de las partes.

El profesor Gavidia distingue de esta manera dos conceptos de la palabra “riesgo”. El primero de ellos, denominado “*riesgo contractual en sentido amplio*” lo define como el “*peligro de insatisfacción de los intereses o de la frustración de las expectativas que una o ambas partes habían pretendido realizar con la puesta en marcha de la operación económica regida por el contrato, como consecuencia de la existencia de ciertas circunstancias o de la sobrevenida de ciertos eventos alteradores del programa*”

⁷ BRANTT, MARÍA GRACIELA, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, [en línea], Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, Santiago, Chile, n.33, p. 64.

⁸ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista, [en línea], Revista Chilena de Derecho, Abril de 2007, vol.34, n.1, pp.41-59.

*económico de los contratantes (...) entendemos referirnos al peligro de frustración de una operación económica*⁹. Es necesario apuntar que esta definición no entorpece en nada a lo señalado por nuestra doctrina nacional, solo concretiza en materia de derecho contractual que debe entenderse por dicho concepto. Esta definición es armónica con el concepto de nuestra doctrina actual, ya referida, la cual quiere entender el contrato no como un mero acto jurídico creador de derechos y obligaciones, sino también como el mecanismo por excelencia para la satisfacción de los intereses de las partes que suscriben dicho acto. También encuentra eco en el profesor López Santa María, quien señala al contrato como *“el principal vehículo de las relaciones económicas entre las personas del contrato. La circulación de la riqueza, el intercambio de bienes y los servicios, primordialmente se efectúa a través de los contratos”*.¹⁰ En consecuencia, el riesgo no es otra cosa que la posibilidad incierta de que suceda un daño que ponga en peligro la obtención de los intereses económicos que las partes prevén obtener del contrato que acuerdan. Como bien apunta luego profesor Gavidia, el ordenamiento jurídico, en defecto de las partes, en conjunto con el jurista y el juez en el caso concreto, deberá determinar cuáles son los intereses de las partes en el tráfico jurídico y determinar si su insatisfacción es relevante y esencial para ellas y para la propia ley. Una vez contestada esta pregunta, deberá establecerse reglas para los casos que, en su opinión, sean importantes para la estabilidad propia del régimen contractual.

Sin embargo, el estudio de los riesgos en sentido amplio propuesto por el profesor Gavidia excede el objeto de la presente memoria. El mismo autor reconoce lo amplio de esta definición al señalar que entendidos de esta manera, debería tratarse sobre sobre la eficacia e ineficacia de los contratos en general, donde podemos englobar todos los riesgos propios de un contrato, tanto en la fase previa a él, como en su creación, ejecución y extinción, a través de las acciones legales correspondientes. Por esta razón, en la presente investigación se profundizara en función de su segundo concepto, denominado el *“riesgo contractual en sentido estricto”*, el cual consiste en el *“peligro de una evolución tal de la situación que, o bien haga imposible la ejecución de la prestación o de una de las prestaciones objeto de una obligación contractual, o bien haga excesivamente onerosa la*

⁹ GAVIDIA SANCHEZ, JULIO, Presuposición y riesgo contractual, [en línea], Anuario de Derecho Civil, 1987, Madrid, España, Vol. 40, n. 2, p. 584

¹⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los Contratos Parte General, 2º Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1988, p. 8

*ejecución del contrato. Se trata, por consiguiente, el riesgo de pérdida o destrucción de la cosa, objeto de una prestación o la irrealizabilidad de la actividad, así como del aumento de la gravosidad de la propia prestación pendiente de cumplimiento o de la disminución del valor de la contraprestación que se tiene derecho a recibir, cuando la propia prestación no se ha devaluado*¹¹. Con esta definición, el autor delimita la aplicación a los escenarios desde la celebración del contrato hasta la ejecución de la prestación debida, por tanto, deja fuera todos los riesgos precontractuales, los vicios que pueda haber en su creación y los riesgos post contractuales, pues en los primeros el contrato no existe aún o es dejado sin efecto, retrotrayendo a las partes a un escenario sin contrato, por lo que no puede hablarse de riesgos contractuales; en los últimos la obligación ya está extinta por su cumplimiento, quien padece el riesgo es el dueño o poseedor.

A pesar del concepto referido, ampliaremos en esta investigación el aspecto de estos riesgos en sentido estricto, con el fin de incluir el incumplimiento como un riesgo contractual. El cumplimiento ciertamente es un hecho deseado por las partes, pero en estricto rigor, también es incierto, pues este puede no producirse, sea por culpa de las partes o por sucesos extraños a ellas, siendo estos últimos de interés para la presente investigación. En cuanto al elemento “daño” creo que es evidente que el incumplimiento es el mayor de los daños que puede producirse para la parte que debe responsabilizarse de él; sea el deudor teniendo que cumplir la obligación por equivalencia, o el acreedor soportándolo, perdiendo su derecho de demandar indemnización o el cumplimiento por equivalencia de la obligación. Las reglas de distribución de riesgos deberán dirimir quien debe soportar dicho perjuicio.

Volviendo a la definición de profesor Gavidia, es importante referir dos breves aspectos de esta definición. El primero de ellos es que, en opinión del profesor Gavidia y de la doctrina nacional en general, la cuestión de los riesgos contractuales no resulta atinente a los contratos de ejecución instantánea, pues el nacimiento y la extinción del mismo se producen simultáneamente, haciendo imposible el acaecimiento de un riesgo dentro del marco contractual. El segundo aspecto consiste en que no considera los riesgos contractuales acontecidos por culpa de una de las partes, ya que piensa que es lógico que

¹¹ *Ibíd.* p. 589

ella responda de dicho riesgo. Sin embargo, la culpa, como ya dijimos, es un importante mecanismo de distribución de riesgos, por tanto, nos referiremos a ella en este trabajo.

Es necesario señalar llegados a este punto, que se puede dar cuenta de una importante consecuencia de adoptar este concepto de riesgo contractual. Debido a dicho concepto, lo que en nuestro país se entiende por “Teoría de los riesgos” y por “Excesiva onerosidad sobrevenida”, la cual se ha englobado en la “Teoría de la imprevisión”, no son sino riesgos contractuales en sentido estricto, tal como lo propone el profesor Gavidia. Al integrar en su definición el aumento de gravosidad de la propia prestación o el devalúo de la contraprestación de la contraparte, incluye escenarios de esta dentro del concepto de riesgo contractual. Su tratamiento por separado solo puede llevar a soluciones que no se encontrarían dentro de un tratamiento armónico los riesgos, pues ambas son fruto de la concreción de los mismos. No se ve motivo alguno para justificar un tratamiento por separado de los deterioros y la extinción, como se intenta realizar al distinguir entre ambas teorías, dado que también las doctrinas clásica y moderna ya citadas, entienden que ambas situaciones se encuentran integradas dentro del concepto riesgo. Por lo anterior, analizaremos ambos escenarios en esta investigación, los cuales designaremos como “Teoría de los riesgos general” o “riesgos contractuales en sentido estricto” cuando nos refiramos a ellos.

El ordenamiento jurídico, como ya señalamos, debe establecer mecanismos para la distribución o asignación de los riesgos, las cuales deberán determinar si la insatisfacción producida es relevante para las partes y para ley, y señalar quien asume el riesgo de que se produzca dicho daño. A continuación, analizaremos las principales reglas de distribución.

1.2 Reglas de distribución de los riesgos en el Derecho.

En materia de reglas para distribuir los riesgos contractuales es necesario establecer una clara distinción en su estudio, con el fin de establecer la preponderancia que da nuestro ordenamiento jurídico a ellas. Por tanto, sin desconocer las reglas que el Código Civil puede concebir dentro de cada uno de los contratos que reglamenta ciertas normas particulares para la distribución de los riesgos, en este apartado abarcaremos las reglas generales de distribución. Para ello, las clasificaremos a modo general en esta parte de nuestro trabajo, para luego profundizar en las que son el centro de esta investigación.

Dichas reglas las agruparemos en dos grandes categorías. Primero, las que dependen de la voluntad de las partes, luego las que emanan del ordenamiento jurídico, en opinión de nuestra doctrina clásica y moderna chilena.

1.2.1 Reglas de distribución establecidas por las partes.

El Artículo 1545 del Código Civil consagra en nuestro derecho la fuerza obligatoria de los contratos, al señalar que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Esta norma es la piedra angular de nuestro derecho contractual, ya que constituye la base para la estabilidad del tráfico jurídico entre las personas. Este principio se ve reforzado por el Artículo 1560, que impone al juez, en su labor de interpretación del contrato, el deber de atenerse a lo que sea conforme a la intención de las partes cuando ella está claramente expresada, en definitiva, no puede desvirtuar el contrato de tal manera que contradiga lo que desean las partes obtener del mismo. Los mecanismos para distribuir los riesgos que tienen las partes son tan infinitos como lo permitan ellas mismas y la ley. La cláusula penal, la asunción de responsabilidad a todo evento, incluyendo la culpa o el caso fortuito, son algunos de los mecanismos que se pueden nombrar como reglas de distribución de los riesgos contractuales. Las únicas limitantes que se encuentran en el Artículo 1465 que señala que *“La condonación de dolo futuro no vale”* y, por supuesto, no contravenir el derecho público chileno, según el Artículo 1461. De lo anterior, solo puede deducirse que la voluntad de las partes prima sobre las reglas que la ley pueda establecer para la distribución de riesgo por regla general, cuestión por lo demás reconocida por nuestra legislación en el Artículo 1547 inciso 4º del Código Civil, al señalar que las reglas que determinan la responsabilidad que acuerden las partes en el contrato tendrán preponderancia. Sin embargo, esto plantea una pregunta fundamental para esta investigación: ¿Qué sucede cuando las partes no expresan ninguna intención clara respecto a la distribución de los riesgos contractuales? Es en este caso en que la ley se integrara al contrato, como un elemento de la naturaleza del mismo, con el fin de suplir este vacío dejado por las partes, buscando siempre la armonía de la solución de estas disyuntivas con la intención de ambas partes del contrato.

1.2.2 Reglas de distribución establecidas por la ley.

Como ya referimos con anterioridad, las reglas sobre distribución de riesgos contractuales y de daños se encuentran íntimamente ligadas, ya que unas se establecen antes de que este suceda; las otras después. Es consecuencia lógica de lo anterior que los mecanismos para determinar la responsabilidad de un daño sirven para discernir, a su vez, quien soporta dicho riesgo acaecido, es decir, el daño que sufre la mecánica contractual y, por tanto, son también reglas distribuidoras del riesgo contractual. A continuación, enumeraremos a modo general las principales reglas de distribución que pueden verse en nuestro Código Civil.

1.2.2.1 La culpa y el dolo.

El Artículo 1547 delimita los grados de responsabilidad del deudor en el marco contractual. Gracias al Artículo 44, el cual establece la equivalencia del dolo a la culpa grave en materias civiles, podemos enmarcar a ambas instituciones como el primero de los mecanismos de distribución de riesgos contractuales que utiliza nuestro ordenamiento jurídico. Esto es resultado lógico de la presunción legal de culpa que aplica en nuestra legislación según la doctrina. El profesor Alessandri es muestra de ello al señalar que *“El artículo 1547 en su inciso 3° dispone que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”; y el artículo 1671 agrega: “siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya”. De estas dos disposiciones podemos deducir la consecuencia de que en materia de obligaciones, la culpa contractual se presume, es decir, que cada vez que una obligación no se cumpla, se presume que se ha violado, porque el deudor lo ha querido. Y se explica esta conclusión de la ley, porque toda obligación coloca al deudor en la necesidad objetiva de emplear el cuidado o diligencia necesario para poder cumplir la prestación o abstención debida; si la obligación no se cumple, si el hecho debido no se realiza, quiere decir entonces que el deudor, no ha empleado la diligencia o cuidado a que este obligado.”*¹² Esta presunción legal opera en todo ámbito civil contractual, por lo que será carga del deudor probar que dicha culpa no es tal, sea porque si cumplió la obligación, o bien, concurrieron circunstancias externas que pueden constituir un eximente de su responsabilidad. De esta manera, como regla

¹² ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 92

general, es el deudor el responsable de los riesgos y daños acontecidos en el contrato, salvo prueba en contrario.

1.2.2.2 Culpa de tercero.

Por regla general, en nuestro derecho el deudor solo será responsable por el hecho propio. El hecho de tercero se asimila al caso fortuito, por tanto, deberá verse si cumple dicho hecho de tercero con los requisitos de él para determinar si debe responder o no. Así opina a su vez el profesor Abeliuk que señala “*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 inciso final del Art. 1.590 para el caso de deterioros*”.¹³ Sin embargo, como el mismo autor reconoce, la culpa de tercero como eximente de responsabilidad tiene su excepción. El profesor Abeliuk señala que “*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*”. En esta posibilidad, deberá responder de esta culpa ajena, pues se comprende dentro de la suya, es más, deberá probar la ausencia de esta culpa pues se encuentra presumida su existencia por nuestra legislación.

Sin afán de profundizar en esta materia, es necesario señalar que el legislador no señala quienes serán los “terceros” sobre los que el deudor deberá responder. A lo largo del Código, pueden encontrarse reglas específicas de diversos contratos en donde determina a estos terceros. Los Arts. 1.925, 1.926, 1.929, 1.941, 1.947 inciso final, 2.000 inciso 2º, 2.014, 2.015 inciso final; 2.003 regla 3º, 2.242, 2.243, son citados dentro del catálogo de estos ejemplos. Frente al silencio del legislador sobre cuáles son los terceros por los cuales es responsable, la doctrina chilena tuvo una ardua discusión, la cual tuvo como resultado que actualmente es uniforme en su opinión al respecto: el deudor responde de la culpa o dolo de las personas que haya empleado en el cumplimiento de la obligación.

¹³ ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p.534

Todo esto, sin perjuicio de la responsabilidad extracontractual que le empecé por otros terceros¹⁴.

1.2.2.3 Estado de Necesidad.

Este eximente de la responsabilidad es propio de materia extracontractual, sede en la cual ha encontrado algún asidero. Se define, a modo general, como el incumplimiento del deudor para evitar un mal mayor. Sin embargo, nuestra legislación en materia contractual no le contempla de ninguna manera, por lo que solo será aplicable en la medida que se la situación en particular asimile a otro eximente de la responsabilidad, como el caso fortuito,¹⁵ por lo cual no profundizaremos en él.

1.2.2.4 Ignorancia de la existencia de la obligación.

Pese a que se encuentra tratado respecto a la pérdida de la cosa debida como modo de extinguir, el Artículo 1678 reglamenta quien debe soportar la pérdida de la cosa debida en este escenario particular, en el cual la obligación no se extingue, a pesar de perecer la cosa debida. El requisito para que proceda este eximente es la ignorancia inculpable del deudor de la existencia de la obligación, cuyos efectos principales son, primero, el objeto de la obligación varía, estando el deudor obligado solamente al precio de la cosa, es decir, al cumplimiento en equivalencia de la obligación debida y, segundo, no es responsable respecto a los perjuicios moratorios o de otra índole respecto al acreedor, quien deberá soportarlos. La carga de probar su ignorancia inculpable recae sobre el deudor, pues como ya señalamos, su culpa se presume. De esta manera, este artículo también constituye una regla de distribución de riesgo contractual, que nuevamente el acreedor soporta, pero también nos lleva a la conclusión de que la distribución de los riesgos en sentido amplio, es decir, la responsabilidad sobre los mismos, y la liberación de la obligación no están siempre aparejadas.

1.2.2.5 Caso fortuito o fuerza mayor.

Es el eximente de responsabilidad por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo mismo, luego de la culpa, es el segundo criterio de distribución de riesgos contractuales prioritarios de nuestro derecho y constituye parte integral de lo que integral de lo que

¹⁴ *Ibíd.* y Claro Solar, *Óp. Cit.*, Tomo XI, p. 540. .

¹⁵ En el mismo sentido ABELIUK, *Óp. Cit.*, Tomo II, p. 534.

denominamos en nuestra investigación riesgo contractual en sentido estricto. Desde ya hacemos el alcance de que el caso fortuito no extingue la obligación, es uno de los presupuestos para que opere un determinado modo de extinguir, sea la pérdida de la cosa, en caso de las obligaciones de especie o cuerpo cierto, o bien la imposibilidad total de ejecución. Sin embargo, la situación de los riesgos contractuales para nuestro legislador se encuentra íntimamente ligada a la clasificación de obligaciones de género y las de especie o cuerpo cierto, cuyo criterio de distinción se encuentra en la determinación del objeto debido.

A. En obligaciones de género.

Las obligaciones de género son, según el Artículo 1508 del Código Civil, “aquellas en que se debe un individuo de una clase o género determinado”. Sin embargo, no esclarece esta definición que debe entenderse por género. El Diccionario de la Real Academia Española define “género” como “*clase o tipo a que pertenecen personas o cosas*”¹⁶ y “clase” como “*conjunto de elementos con caracteres comunes*”¹⁷, por ejemplo, una oveja. El deudor cumplirá su obligación con tal de que entregue una oveja de calidad mediana al acreedor. En cuanto el riesgo que pesa sobre el objeto las obligaciones de género, es necesario distinguir, si el objeto de la obligación perece o bien solo sufre daños.

A.1 Si se extingue el objeto.

Nuestro legislador ha contemplado la posibilidad de que el objeto de la obligación de género deje de existir. El riesgo contractual de tal suceso lo asume el deudor. El principio romano “*Genus nunquam perit*”, es decir, el género nunca perece, se encuentra consagrado en el Artículo 1510 del Código Civil, el cual dice que “*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.*” Por tanto, la obligación no está extinta; el deudor debe cumplir asumiendo el riesgo contractual acaecido, enterándole al acreedor con otro objeto del género a coste del propio deudor.

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de género [En línea], < <http://dle.rae.es/?id=J49ADOi>>, [Consulta 2 de Noviembre de 2016]

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de clase [En línea], < <http://dle.rae.es/?id=9Plq1H6>>, [Consulta 2 de Noviembre de 2016]

La doctrina ha presentado sus objeciones respecto a las obligaciones de géneros limitado, por ejemplo las pinturas de un determinado artista muerto, pues cabe la posibilidad de que el género limitado entero se extinga.

A.2 Si no se extingue el objeto.

El Artículo 1509 de nuestro Código Civil establece la regla general en cuanto a las condiciones en que debe estar el objeto de la obligación de género para que se entienda cumplida la obligación del deudor. Señala que “... *el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana.*” En consecuencia, si sufre deterioros que hacen que no sea de una calidad mediana, el deudor debe buscar otra que cumpla esta exigencia para entender por cumplida la obligación de género contraída. El Art 1821 inciso 2° reafirma esta idea, pues señala que “*Si de las cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida, sólo se vende una parte indeterminada, como diez fanegas de trigo de las contenidas en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora no pertenecerá al comprador, sino después de haberse ajustado el precio y de haberse pesado, contado o medido dicha parte.*” De esta forma es patente que nuestro legislador entiende que en las obligaciones de género, los deterioros son de cargo del deudor, en el caso de la compraventa, del vendedor.

Antes de pasar a las obligaciones de especie o cuerpo cierto, debemos señalar que las ventas a prueba o gusto obedecen a una regla distinta que las aquí señaladas. El Artículo 1823 señala que “*Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor.*” El contrato no existe, por lo que las cosas perecen o se deterioran para su dueño.

B. En obligaciones de especie o cuerpo cierto.

Nuestro Código civil no define lo que se entiende por obligaciones de especie o cuerpo cierto. La doctrina la ha entendido en contraposición a las obligaciones de género, definiéndolas como “*aquella en que se debe determinadamente un individuo de una clase o género determinado*”¹⁸. Sin embargo, el mismo autor luego señala que “*la intención de*

¹⁸ MEZA BARROS, RAMÓN, Manual de Derecho Civil: De las obligaciones, 10ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 65

*las partes, al precisar cabalmente el objeto debido, es que la obligación se satisfaga mediante la prestación precisamente de ese objeto y no otro. Por este motivo, no podrá el acreedor reclamar otra cosa, ni el deudor pretender que el acreedor reciba una diversa de la que se debe, ni aun a pretexto de ser igual o mayor su valor*¹⁹.

B.1 Si se extingue el objeto.

Nuestra doctrina ha entendido que el riesgo en caso de extinguirse el objeto es del acreedor. Se sirve como base de esta opinión del Artículo 1550 del Código Civil el cual dice: *“El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega.”* Sin embargo, nuestra doctrina, a pesar de despreciar este criterio de distribución, admite que en las obligaciones de dar es clara su consagración. El Artículo 1548 del Código Civil es claro argumento de ello, pues señala que las obligaciones de dar contienen la de entregar la cosa, que de ser de especie y cuerpo cierto contiene la de conservarlo, observando el debido cuidado. Sin embargo, esta regla respeta la lógica de las reglas de distribución que señalamos anteriormente. El modo de extinguir que opera es la pérdida de la cosa debida, el cual establece en su Artículo 1671 una grave presunción: *“Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya.”* Esto quiere decir que, de extinguirse la cosa que era objeto de una obligación de entregar un cuerpo cierto, lo primero que opera es la regla de la culpa, pues se presume que el deudor ha incumplido su obligación de conservar la cosa, que se ha extinguido por su negligencia. Es el deudor el que deberá probar que no existe tal culpa en dicha extinción. Si logra acreditar su inculpabilidad en su extinción, operará la regla del caso fortuito, liberándole de responder de los perjuicios ocasionados, salvo las dos excepciones que el mismo artículo refiere, las cuales no son más que expresiones de una actitud dolosa, al comprometer la entrega de una misma cosa a dos personas, o bien una actitud culposa, pues no ha cumplido dentro de plazo. Si dicha mora se constituye por caso fortuito, el

¹⁹ *Ibíd.*

legislador ha señalado que no procederá ninguna indemnización de perjuicios, en el Artículo 1558 inciso 2º.

En definitiva, en caso de ser un caso fortuito, deberá soportar el acreedor el incumplimiento del deudor, sufriendo la insatisfacción de su interés, el cual no podrá exigir ni siquiera su cumplimiento por equivalencia, pues la obligación de dar, carente ahora de objeto, se ha extinguido. Esto no obsta que, de acaecer el caso fortuito en mora del deudor, este no le libera de la obligación, salvo que lo mismo hubiera sucedido si la cosa estuviere en poder del acreedor, situación prevista por el Artículo 1672.

De toda esta enunciación de reglas en caso de extinción, incluyendo de todas las reglas de distribución de este riesgo acaecido, puede concluirse de manera categórica que nuestra legislador sabe y distingue entre la extinción de la obligación y de la responsabilidad que en dicha extinción le cabe al deudor o acreedor y el cumplimiento de la misma. El legislador entiende que dichos conceptos no son iguales, como se puede comprobar en las diversas disposiciones citadas. En algunas de ellas, la obligación subsiste y proceden igualmente las indemnizaciones correspondientes; en otras la obligación se extingue, pero igual proceden ciertas indemnizaciones; finalmente también existen situaciones en que la obligación subsiste y, sin embargo, no procede indemnización alguna. Recomiendo al lector no olvidar esta distinción enunciada en este apartado, pues como veremos más adelante, esto tiene especial relevancia en este trabajo.

Respecto a las obligaciones de hacer, la situación es discutida en la doctrina y, al ser el objeto de esta investigación, su situación la explicaremos en capítulo aparte.

B.2 Si no se extingue el objeto.

Si el objeto de una obligación sufre deterioros, el acreedor deberá soportarlos. El Artículo 1590 del Código Civil señala que *“Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor”*. Dicho artículo es claro y coincide con las

demás reglas de distribución de los riesgos que hemos enunciado. Si el deudor es culpable, es responsable de los deterioros, sea por hecho propio o por hecho de tercero del cual sea responsable. Si está en mora, es también responsable, salvo que los deterioros sean producto de un caso fortuito que hubiese acaecido de igual manera de estar en poder del acreedor.

La opinión doctrinaria²⁰ y la ley son claras: los deterioros son de cargo del acreedor en las obligaciones de dar de especie o cuerpo cierto. Esta se ve reforzada con el Artículo 1820 del Código Civil que señala 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; 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”*. Esto en todo concuerda con el Artículo 1550, ya referido, al poner los deterioros de cargo del acreedor siempre. Inclusive si la condición suspensiva no está cumplida, si el objeto de su derecho personal sufre deterioros deberá sufrírselos igualmente, pues el derecho personal es sobre ese determinado objeto, por lo que la condición suspensiva se cumple sobre ese en particular, no sobre otro del mismo género o clase.

Cabe mencionar que nuestro legislador establece la misma regla para objetos perfectamente definidos, pero no cuantificados, pesados o medidos aún. El Artículo 1821 señala en su inciso 1° que *“Si se vende una cosa de las que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señalada de modo que no pueda confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora pertenecerá al comprador, aunque dicha cosa no se haya pesado, contado ni medido; con tal que se haya ajustado el precio”*. Esto en nada contradice lo expuesto. Un objeto de tal manera determinado, es ciertamente un objeto de una obligación de especie o cuerpo cierto. Su determinación es absoluta, pues son los que se encuentran en una posición perfectamente definida y no confundible ni reemplazable por ningún otro elemento de las mismas características. Por ejemplo, los autos de Juan podría parecer un objeto de género, pero en la medida que la obligación los comprenda a todos ellos, el hecho de que

²⁰ MEZA BARROS, RAMÓN, Óp. Cit., p.177, ABELIUK, Óp. Cit., p.534, ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 83, entre otros.

sean “de Juan” los hace perfectamente determinados, a pesar de que todos juntos constituyan un género en sí mismo, en estricto rigor.

1.3 Escenario de la teoría de los riesgos general en nuestra legislación.

1.3.1 Análisis de la definición de riesgo en sentido estricto.

La teoría de los riesgos general, que es el objeto del presente trabajo, está pensada para hacer un tratamiento integral de los riesgos contractuales a los que el contrato está expuesto. Sin duda, es un objeto de especial relevancia para todo ordenamiento jurídico, puesto que determinara la distribución de los mismos, sea el deudor responsabilizándose o el acreedor soportándolos.

En vista de lo anterior, se hace necesario determinar en qué escenarios será posible hablar de riesgos y su distribución, sea en sentido amplio o en el sentido estricto de los mismos. En sentido amplio, los riesgos y su distribución están presentes en todos los contratos, tanto bilaterales como unilaterales, gratuitos u onerosos, conmutativos u aleatorios, entre otras clasificaciones, puesto que siempre existe la posibilidad de que acontezca un daño que cause algún grado de insatisfacción de los intereses de alguna de las partes. Es necesario que nuestro ordenamiento jurídico determine quién debe soportar dicho riesgo. En cuanto el sentido estricto de riesgo que hemos señalado, es claro que tiene ciertos requisitos para su procedencia. Dicho concepto se puede subdividir en dos situaciones, que tienen sus propios elementos:

A. La situación evolucione de tal manera que se haga imposible la ejecución de la obligación o de una de las obligaciones del contrato, sea por la destrucción de la cosa, objeto de la prestación, o bien, la irrealizabilidad de la actividad.

De este escenario pueden extraerse diversas conclusiones:

1.- Que entre la celebración del contrato y su ejecución debe haber un lapso de tiempo.

Por esta razón, se entienden excluidos los contratos de ejecución instantánea, pues su celebración y ejecución son coetáneas, haciendo imposible que se concrete ningún riesgo que lo turbe.

2.- Que es necesario que haga imposible la ejecución de la o las obligaciones.

Ya que de ser posible, la parte se encontraría obligada a cumplir por el principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Caso aparte es la excesiva onerosidad sobreviniente, que forma parte del segundo escenario de esta teoría.

3.- Que puede suscitarse tanto en contratos unilaterales como bilaterales.

La concreción de un riesgo que haga imposible la ejecución es posible que acontezca en cualquiera de los dos tipos. Por ejemplo, en un contrato de comodato, la cosa debida puede perecer en manos del comodante. En nuestro Código Civil esta situación se ve regulada por los Artículos 2177 y siguientes reglamentan sobre los riesgos y daños que pudieren acontecer, determinando en cuales escenarios es responsable el comodatario y en cuales debe soportarlos el comodante. Respecto a los contratos bilaterales también están reglamentados a lo largo del Código, sea por las reglas generales ya señaladas, o bien por las reglas particulares de cada contrato, por ejemplo, el Artículo 1820 y siguientes del Código Civil para la compraventa.

Como ya veremos, la teoría “clásica” de los riesgos reglamenta un riesgo distinto al que esta se refiere, pues estudia sobre la obligación que sobrevive a su contraprestación, la cual se ha extinto por pérdida de la cosa debida o imposibilidad absoluta de ejecución, es decir, el *periculum obligationis*. Este peligro en la obligación, lógicamente, solo puede acontecer en los contratos que sean, en el momento de concretarse el riesgo, bilaterales en cuanto a las partes obligadas. La obligación que sufre la concreción del riesgo se extingue por un modo de extinguir en particular; la imposibilidad de ejecución, en las obligaciones de hacer o no hacer; la pérdida de la cosa debida en las obligaciones de dar. La contraprestación, si quiere entenderse extinta, debe entenderse hacerlo por algún otro modo. En esta investigación, profundizaremos en este aspecto en las obligaciones de hacer en el siguiente capítulo.

4.- Los riesgos pueden concretarse tanto en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

Es posición ya clara en nuestra doctrina que no solo las obligaciones de dar están expuestas a riesgos. El profesor López Santa María es quien, a pesar de hacerlo respecto a la teoría “clásica” de los riesgos, concibe y defiende esta posibilidad. Es claro que, en la vida de un contrato, pueden preverse situaciones que hagan imposible absoluta, objetiva y permanentemente la ejecución de una obligación de hacer. Por ejemplo, Juan y María

celebran un contrato en el cual Juan se obliga a talar personalmente los pinos insignia del predio de María, iniciándose la labor en tres meses más. María, por su parte, se obliga a pagarle la suma de \$1.000.000 de pesos una vez concluida la labor. En el transcurso de esos tres meses, Juan pierde ambas manos en un accidente, por lo que está imposibilitado de manejar ninguna herramienta que le permita talar dichos árboles. Esta situación es la concreción de un riesgo contractual. El ordenamiento jurídico deberá responder a la disyuntiva si es María quien debe soportar ese riesgo, el cual se traduce en que no puede exigirle a Juan que cumpla su obligación, ni indemnización de ninguna clase, o bien, es Juan quien debe cumplir igualmente esta obligación y, ya que no puede ejecutarla por el mismo, la ejecute otro a costo suyo.

Respecto al peligro de la obligación o teoría “clásica” de los riesgos, el profesor López Santa María²¹ asevera que es absolutamente procedente en las obligaciones de hacer. La obligación que sobrevive a una obligación de hacer puede verse imposibilitada de ejecutarse, como es claro en el ejemplo dado, por lo que habrá que determinar si debe o no cumplirse la obligación sobreviviente por la contraparte. Sin embargo, difiere en la solución aportada por la doctrina clásica y la respuesta del Artículo 1550 respecto a los riesgos, señalando que el riesgo es para el deudor, quien no deberá cumplir la contraprestación sobreviviente. Este aspecto será profundizado en el siguiente capítulo de este trabajo.

5.- El caso fortuito es uno de los escenarios en la distribución de riesgo sucedido.

Los riesgos pueden suceder por diversas razones. Como ya señalamos, tanto por culpa o dolo de una de las partes, por un tercero, por hecho voluntario inculpable, o por caso fortuito. Dependiendo de cuál sea la razón en el caso en particular, la regla de distribución variara, debiendo soportarlo el acreedor o el deudor. Si bien este trabajo ahondara respecto al caso fortuito como criterio de distribución de riesgos, eso no quiere decir que los riesgos, inclusive la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad absoluta de ejecución, únicamente sean producto del caso fortuito.

²¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Óp. Cit., p. 431

B. Excesiva onerosidad en la ejecución del contrato.

Este escenario se puede dividir en dos facetas. La primera de ellas es el aumento de la gravosidad de la propia prestación pendiente de cumplimiento. La segunda es la disminución del valor de la contraprestación que se tiene derecho a recibir, cuando la propia prestación no se ha devaluado. En ambos, si bien afectan a distintas obligaciones, se daña el interés de una de las partes, al causar un detrimento tal que causa la insatisfacción del interés que legítimamente se esperaba recibir. En el primer caso, porque para obtenerlo se debe hacer un sacrificio que anula todo beneficio del contrato; en el segundo, porque lo que se recibe es absolutamente inferior al esfuerzo que se requiere para obtenerlo.

Esta situación no es más que la descripción de dos riesgos contractuales, es decir, daños que pueden o no suceder, por lo que les son aplicables los mismos elementos ya enunciados al anterior escenario, con la salvedad de que no se tratan de una imposibilidad de ejecución, sino de deterioros de extremada gravedad. Por tanto, el ordenamiento jurídico debe prever este suceso, determinando quien debe soportar estos deterioros en el interés. Esta labor, en mi opinión, lo hace nuestro Código Civil, al regular los deterioros y sus reglas de distribución que, como ya analizaremos, pueden dar dos respuestas distintas a estas dos facetas. En nuestra doctrina, se ha intentado dar otra respuesta, a través de la “Teoría de la imprevisión”, con el fin de que, al causarse este nivel de desequilibrio, sea el juez del caso concreto el que revise la mecánica contractual para restablecer tal equilibrio, siendo su primer expositor en nuestro derecho el profesor De la Maza²², encontrando gran acogida en la doctrina nacional y opiniones dispares en nuestra jurisprudencia. Esta teoría la analizaremos en el siguiente capítulo, en conjunto con la opinión de la doctrina y la jurisprudencia más emblemática, tanto a favor como en contra de ella.

²² DE LA MAZA RIVADENEIRA, LORENZO. La Teoría de la Imprevisión (en relación con el derecho civil chileno) [En línea], Tesis (para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile. 1933. Disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_l/html/index-frames.html . [Consultado: 2 de Noviembre de 2016]

Sin embargo, con el fin de no extendernos a las obligaciones de dar, a continuación expondré una breve síntesis de lo que se entiende en nuestro país como “Teoría de los riesgos” respecto a estas.

1.3.2 La teoría “clásica” de los riesgos o teoría del peligro de la obligación.

A pesar de su nombre, esta teoría no responde a todos los riesgos contractuales. Como ya dijimos, esta institución resuelve el problema de la prestación que sobrevive al riesgo contractual que hizo perecer a su contraprestación, en las obligaciones de dar por el modo de extinguir pérdida de la cosa debida; en las obligaciones de hacer por el modo imposibilidad absoluta de ejecución. En definitiva, dirime si el deudor de la obligación sobreviviente está obligado no a cumplir su obligación, a pesar de que nada recibe a cambio, pues la contraprestación se ha extinguido por un caso fortuito. Esta situación se ha denominado el peligro de la obligación. Por mucho tiempo, la doctrina clásica entendió que esta institución operaba entorno a los siguientes elementos²³:

A. La cosa debida debe ser objeto de una obligación contractual.

Es evidente que el peligro de la obligación solo será procedente respecto a cosas que sea objeto de una. Si no mediare ninguna obligación, la cosa perecería para su dueño, es decir, se aplicaría la regla *res perit dominio*.

B. Solo resulta aplicable a los contratos bilaterales.

En un contrato unilateral, solo existe una obligación, por tanto, de extinguirse esta prestación, el contrato estaría extinto absolutamente, pues no quedaría nada que cumplir. Sin embargo, para parte de la doctrina es admisible que también pueda suscitarse la cuestión del peligro de la obligación respecto a contratos unilaterales que devienen en bilaterales por generarse obligaciones para el primitivo acreedor, es decir, en los contratos sinalagmáticos imperfectos, puesto que en estos contratos, al momento de suceder la extinción de la obligación, sobreviven otras obligaciones dentro del mismo contrato.

C. Solo procede en obligaciones de especie o cuerpo cierto.

²³ ALESSANDRI, Óp. Cit., p.243-253

En las obligaciones de esta clase se debe un determinado objeto en particular y solo este sirve para satisfacer la obligación. En contraposición, una obligación de género no se extingue por la extinción de una cosa perteneciente al género, pues la prestación subsiste, al poder cumplirse con otra cosa del mismo género. Sin embargo, esto no quiere decir que el riesgo en estudio no sea concebible en estas obligaciones. Lo que cambia en este caso es la regla de distribución del mismo. El profesor Alessandri ya lo señalaba al decir que *“las obligaciones de especie o cuerpo cierto se extinguen por la pérdida de la cosa que se debe; las obligaciones de género no se extinguen por la pérdida de los individuos del género a que el contrato se refiere, lo que equivale a decir: los riesgos de la cosa debida en el caso de las obligaciones de especie o cuerpo cierto, son de cargo del acreedor; los riesgos de la cosa debida, en las obligaciones de género, son de cargo del deudor”*²⁴. Por consiguiente, de extinguirse, el riesgo del peligro de la obligación lo sufre el deudor, estando, a pesar de la extinción de una cosa del género, obligado igualmente al cumplimiento de su obligación²⁵ y, por tanto, una vez cumplida, deberá el acreedor cumplir la suya.

D. La cosa debe perecer por caso fortuito.

A pesar de que el profesor Alessandri lo refiere en estos términos, se entiende claramente que el caso fortuito es, para él, la causa que pone en movimiento el modo de extinguir y una regla diferente de distribución del riesgo; para las obligaciones de dar, el modo de extinguir sería la pérdida de la cosa debida. Hay que recalcar que es la regla de distribución la que varía. Una vez que perece la cosa, el Código Civil aplica la culpa como presunción y criterio de distribución de este riesgo, inclusive dentro del mismo modo de extinguir señalado, en el Artículo 1671. Por tanto, el peligro de la obligación en principio es de cargo deudor. Para que la regla de distribución del riesgo varié, el deudor deberá probar la ocurrencia de un caso fortuito, que de ser así, pondrá el riesgo de cargo del acreedor, salvo las excepciones legales ya explicadas en este trabajo, que son resumidas en el Artículo 1550, 1672 y siguientes del Código Civil. En este trabajo sobre las obligaciones

²⁴ *Ibíd.*, p.253.

²⁵ Respecto a la extinción de todo el género, deberían aplicarse las reglas de la especie o cuerpo cierto, pues es imposible satisfacer la obligación contraída, al extinguirse el género por pérdida de la cosa debida o imposibilidad de ejecución, como ya analizaremos.

de hacer, nos centraremos en el caso fortuito como motor del modo de extinguir, que como se verá, no es la pérdida de la cosa debida, si no la imposibilidad absoluta de ejecución.

E. La ejecución de la o las obligaciones debe estar pendiente.

Entre la celebración del contrato y la ejecución de sus obligaciones debe hacer un lapso de tiempo. Los riesgos contractuales no comprenden los daños sucedidos antes de la relación jurídica; estos debe soportarlos el dueño de la cosa. Tampoco comprende los riesgos postcontractuales, pues la misma regla se aplica. Es consecuencia de esto que los contratos de ejecución instantánea no son susceptible de riesgos, puesto que no existe este lapso de tiempo necesario para que los derechos y obligaciones del contrato se vean afectados por ellos. Solo los contratos de ejecución diferida y los de tracto sucesivo se encuentran expuestos a ellos.

1.3.3 Reglas históricas de distribución para el peligro de la obligación.

Históricamente el principio *res perit domino*, es decir, “las cosas perecen para su dueño” ha prevalecido en los ordenamientos jurídicos con base en el Derecho Romano.²⁶ Tratadistas como Claro solar concuerdan en que esto es algo evidente. Cabe señalar, como lo hace Sepúlveda en su memoria de grado, que para los romanos de los siglos I y II los pactos no generaban obligaciones, por tanto, no puede hablarse de peligro de la obligación propiamente tal²⁷. Con el nacimiento de las obligaciones en siglos posteriores, se establece la primera de las reglas de distribución de este riesgo: la regla *res perit debitoris*, es decir, “las cosas perecen para el deudor”. Este principio está en perfecta armonía con el sistema romano de título y modo de adquirir, mecanismo utilizado para la transferencia de los derechos reales, pues no ha operado el modo de adquirir qué haría dueño al acreedor de la cosa debida.

Es opinion de la doctrina mayoritaria que la segunda regla, *res perit creditoris*, es decir, “las cosas perecen para el acreedor”, nace en el derecho romano limitada a la

²⁶ Se usara como base la investigación referida, pues este tema es suficiente para constituir una memoria de investigación en sí misma. Para mayor profundidad en el fundamento histórico de estas reglas, recomendamos la siguiente memoria de investigación: SEPÚLVEDA JIMÉNEZ, ANDRÉS. Fundamentos del riesgo del acreedor en los contratos bilaterales en Chile, [en línea], Tesis (para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2011. Disponible en < <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/111024>>, [Fecha consulta: 24 de noviembre 2016].

²⁷ *Ibíd.* p 6

compraventa²⁸. En este caso, es el comprador, quien a pesar de no haber operado el modo de adquirir, debe sufrir la pérdida de la cosa por caso fortuito, no pudiendo pedir indemnización por ello. Se amplía inclusive este perjuicio, obligándolo inclusive a pagar el precio de la cosa, aunque lo haya obtenido nada.

Esta segunda regla estuvo absolutamente limitada a ese caso en particular hasta la creación del Código Civil francés, quien la recoge como regla general. Sin embargo, aun esta legislación la mantiene en armonía con la regla *res perit domino*, pues en el sistema francés el título sirve de antecedente jurídico y opera automáticamente confundiendo con el modo de adquirir, por lo que perfeccionado el contrato, el acreedor ya es dueño de la cosa debida, por tanto, igualmente debe cumplir su obligación.

Así tenemos 2 situaciones claras y armónicas entre sí, sea el sistema romano o el sistema francés, ambos están en perfecta armonía con la regla *res perit domino*. Sin embargo, don Andrés Bello instituye una tercera variante según la doctrina en general, al consagrar la regla *res perit creditoris* respecto a todas en que se debe la entrega de una especie o cuerpo cierto, a pesar de que en nuestro derecho civil opera bajo la mirada romanista. En conjunto con en el Artículo 1548 del Código Civil, esta regla se extiende a todas las obligaciones de dar de cuerpo cierto²⁹ e inclusive a toda obligación de mera entrega una especie o cuerpo cierto, considerada una obligación de hacer en ciertos casos.

En los siguientes capítulos de este trabajo nos centraremos en las obligaciones de hacer, por lo que no controvertiremos dicha opinión general, estimando que si don Andrés Bello establece ese criterio inequívocamente respecto a esa clase de obligaciones, comprende todos los riesgos mismos de la obligación de dar y de hacer entrega, siempre limitada esta distribución respecto a las obligaciones de especie o cuerpo cierto. Por otro lado, respecto a las obligaciones de género, incluyendo las de dar y las de hacer entrega, también es claro que la regla es la inversa, debiendo soportarlos el deudor. Sin embargo, ¿En qué situación quedan el resto de las obligaciones de hacer respecto a los riesgos contractuales, tanto en la extinción de la obligación, en el peligro en la obligación y en la

²⁸ ABELIUK, Óp. Cit., p.735, citado por SEPULVEDA, Óp. Cit., p. 7

²⁹ El tema sobre la procedencia, validez y razones para que don Andrés Bello defienda esta postura es de por sí extenso, excediendo en todo el objeto de este trabajo. Si se desea profundizar, se recomienda la siguiente memoria: ACEVEDO FERRER, SANTIAGO. La cuestión de los riesgos en la compraventa y la solución del código civil de Chile, [en línea], Tesis (para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2007. Disponible en <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/112134>>. [Fecha consulta: 24 de noviembre 2016].

excesiva onerosidad sobrevenida? Esta pregunta es la intentaremos responder en el siguiente capítulo.

CAPITULO II: ANÁLISIS DE LAS POSICIONES DOCTRINARIAS DE LA TEORIA DE LOS RIESGOS GENERAL EN LAS OBLIGACIONES DE HACER.

2.1 Situación de las obligaciones de hacer en nuestro derecho respecto a los riesgos contractuales.

Las obligaciones de hacer en nuestro derecho civil no fueron el foco de don Andrés Bello en la creación del Código Civil. Como se puede constatar de una simple lectura de dicho cuerpo normativo, las obligaciones de dar, específicamente las de especie o cuerpo cierto, han recibido un tratamiento más pormenorizado. Sin embargo, esto no significa que estas obligaciones no se encuentren debida reguladas por nuestro código.

Respecto a los riesgos contractuales, hay que distinguir respecto a su sentido amplio y su sentido estricto.

En el primero de ellos, es evidente que nuestro Código Civil reglamenta esta materia profusamente. El Artículo 1547, reglamentando la culpa como criterio de responsabilidad y, por ende, de distribución de riesgos, no distingue entre obligaciones de dar, de hacer y no hacer, siéndoles aplicables a todas ellas. El dolo se ve también reglamentado por este artículo, gracias a la equivalencia que establece el Artículo 44 entre este y la culpa grave. De estar presente la culpa o el dolo, el riesgo será de cargo de quien sea ese elemento; en caso del deudor, deberá indemnizar los perjuicios y cumplir su obligación, sea por equivalencia o ejecutando la prestación.

En ausencia de la culpa o dolo, deberá buscarse la regla que señale de quien es el riesgo en cuestión. Es la distribución de los riesgos contractuales causados por el caso fortuito o fuerza mayor³⁰ en los contratos bilaterales la que será objeto de este trabajo, ya que integra los dos escenarios más discutidos en la definición de riesgo contractual en sentido estricto. El primero de ellos, la imposibilidad de ejecución de la obligación, está compuesto por dos contextos a saber, según la doctrina clásica; el primero, la extinción de la obligación por el modo de extinguir imposibilidad de ejecución; el segundo, el cual es consecuencia de dicha imposibilidad, el peligro de la obligación que no se ve afectada directamente por este modo de extinguir, lo que en nuestro país es tratado bajo la

³⁰ Nuestro Código entiende el caso fortuito y la fuerza mayor como sinónimos. En esta investigación, para efectos de riesgos contractuales, los entenderemos de igual forma, salvo mención expresa.

denominada “Teoría de los riesgos” que trataremos más tarde. El segundo de los escenarios causados por caso fortuito es la denominada “Excesiva onerosidad sobrevenida”, el cual constituirá el tercer punto de este capítulo.

A continuación nos detendremos a analizar el primer escenario en cuanto a su primer contexto, la extinción de la obligación por imposibilidad de ejecución.

2.2 Marco doctrinal de la imposibilidad de ejecución de la obligación de hacer.

La imposibilidad de ejecución, en principio, no está considerada como un modo de extinguir las obligaciones, como se comprueba al consultar el Artículo 1567. Sin embargo, como ya hemos referido anteriormente, es totalmente posible que una obligación de hacer se vea afectada por un caso fortuito que haga imposible la ejecución del hecho mismo.³¹

La doctrina chilena ha identificado este modo de extinguir con el modo “perdida de la cosa debida”, debido a la falta de mención de la imposibilidad de ejecución por nuestro Código Civil. Por ejemplo, el profesor Claro Solar, los trata conjuntamente mencionando que “*se aplica a toda clase de obligaciones, no únicamente a las obligaciones de dar una cosa, sino también a las obligaciones de hacer y de no hacer (...) en los Artículos 1670 y siguientes, el Código no habla, sin embargo, sino de las obligaciones de dar, y de dar un cuerpo cierto, pues en la práctica es en esta clase de obligaciones, en la que hay que preocuparse más de la causa de extinción por imposibilidad de ejecución (...) la disposición de la ley reposa sobre el principio indicado [impossibillum nulla obligatio est, es decir, lo imposible es obligación nula] que en razón de su generalidad debe aplicarse a las obligaciones de hacer como a las obligaciones de dar*”³². Desde ya, es preciso señalar una observación relevante a esta posición, con el fin de precisar el alcance del Código Civil al respecto. El Artículo 1670 dice específicamente “*Cuando el cuerpo cierto que se debe perece...*”, por tanto, siguiendo el pensamiento más clásico, no es posible de ello deducir que dicho modo de extinguir se extiende a toda obligación, pues solamente es aplicable respecto a aquellas obligaciones de especie o cuerpo cierto, clasificación que como ya referimos, atiende a la determinación del objeto, en contraposición con las

³¹ De igual manera, LÓPEZ SANTA MARÍA, Óp. Cit. p. 431-432; BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2010; RODRIGUEZ GREZ, PABLO, Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, entre otros autores.

³² Claro Solar, Óp. Cit., Tomo XII p. 557-558

obligaciones de género, en que la obligación sobrevive al acaecimiento del caso fortuito, estando igualmente obligado el deudor a cumplir.

El profesor Alessandri por su parte, lo entiende de igual manera. Señala que *“el nombre que la ley ha dado a este título es impropio, en primer lugar, porque tal como está concebido, solo se refiere a las obligaciones de dar; se habla aquí de la pérdida de la cosa que se debida, y solo en las obligaciones de dar se debe una cosa; sin embargo, vamos a ver que las obligaciones de hacer también se extinguen por la imposibilidad de realizar la prestación debida”*³³, el profesor Alessandri cae en imprecisiones, al señalar que para el Código Civil se encontraría únicamente relacionadas con las obligaciones de dar. Lo cierto es que dicho Código relaciona “pérdida de la cosa debida” con las obligaciones de especie o cuerpo cierto, clasificación distinta, pero, en mi opinión, aplicable a las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Como ya referimos, el Artículo 1670 del Código Civil habla de cuerpo cierto, no de obligaciones de dar, por tanto, no es dable concluir que nuestro cuerpo normativo no considera la existencia de obligaciones de hacer sobre especie o cuerpo cierto y, por tanto, reglamentándolas. En breve, explicare más extensamente este punto, en el apartado de críticas.

El profesor Abeliuk, por su parte, si bien comparte la opinión de que el Código habla exclusivamente de las obligaciones de dar de cuerpo cierto respecto a este modo de extinguir³⁴, entiende que la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir encuentra en el Código de Procedimiento Civil una base más firme como modo de extinguir obligaciones. Dicho cuerpo normativo refiere en su Artículo 534 señala claramente que en el juicio ejecutivo de obligaciones de hacer, podrá oponerse como excepción *“la imposibilidad absoluta de ejecución actual de la obra debida”*. Aunque este origen es, en mi opinión, mucho más preciso para entender la imposibilidad de ejecución como concepto, eso no la define como modo de extinguir, el cual es el aspecto relevante para la distribución del riesgo de extinción de la obligación de hacer. Por tanto, aunque la imposibilidad de ejecución puede clasificarse en objetiva o subjetiva; absoluta o relativa; imputable al deudor o inimputable; coetánea al nacimiento de la obligación o posterior al mismo; temporal o perpetua; total o parcial; permanente o temporal entre otras

³³ ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 467

³⁴ ABELIUK, Op. Cit., p. 729

clasificaciones; solo cierta clase de imposibilidad puede considerarse como un auténtico modo de extinguir las obligaciones, por lo que se hace necesario para su estudio determinar cuáles son los elementos que lo constituyen como tal.

2.2.1 Elementos de la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir.

La imposibilidad de ejecución no ha sido objeto de un estudio detallado por nuestra doctrina tradicional. Por lo mismo, la enumeración de sus elementos ha sido vaga y poco acuciosa; por lo general, se le ha intentado identificar plenamente con los elementos del modo de extinguir pérdida de la cosa debida confundiendo con aquel, a pesar de que este modo está pensado para obligaciones de especie o cuerpo cierto. Sin embargo, en el último tiempo, la doctrina actual ha dado un vuelco en este aspecto, dotándole de contenido propio y diferenciado, por lo que nos centraremos en esta doctrina para explicar dichos elementos.

La imposibilidad de ejecución puede comprenderse desde su elemento objetivo y subjetivo. El primero de ellos es la irrealizabilidad de la obligación, que debe de estar dotada de ciertas características para que pueda tener un efecto extintivo de la obligación, ya que de no cumplirlos produce otros efectos distintos del propio modo de extinguir. El elemento subjetivo se encuentra representado por el caso fortuito en cuestión, fundamental para que se extinga la obligación. De no proceder el caso fortuito, solo variaría el objeto de la misma, ya que el deudor debería la indemnización por la pérdida de la cosa de ser culpable, además de la que corresponda por la mora. Ahora, profundizaremos respecto a los elementos en cuestión.

2.2.1.1 Elemento objetivo de la imposibilidad de ejecución. La irrealizabilidad de la prestación a satisfacción del acreedor. ³⁵

2.2.1.1.1 La imposibilidad debe ser objetiva.

Es la obligación misma la que es imposible, no solo respecto al deudor en particular, sino respecto a todo individuo. Como consecuencia de esto, en general, toda obligación de hacer no es susceptible de extinguirse, pues siempre podrá ser ejecutada por otra

³⁵ Dicha clasificación de estos elementos es la usada en BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 175-188. Sin embargo, la complementare con otros autores que han tratado la imposibilidad de ejecución.

persona, como bien se advierte en el Artículo 1553 numeral 2º del Código Civil que otorga la facultad al acreedor de solicitar autorización al juez para ejecutar lo debido a costa del deudor. Sin embargo, esta regla tiene dos excepciones. El profesor Rodríguez Grez reconoce la primera de ellas en las obligaciones de hacer personalísimas o intuito persona, ya que, según este autor, es evidente que de no poder ejecutarlas el mismo deudor personalmente, no pueden ser cumplidas.³⁶ Aunque la opinión del profesor Rodríguez Grez es interesante y lógica, merece un reparo importante. El Artículo 1572 del Código Civil habla sobre quién debe hacer el pago, es decir, quien debe cumplir la obligación, señalando que:

“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.

Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”

Según su opinión, el Artículo 1572 establece que, por regla general, cualquier persona puede cumplir una obligación de hacer, excepto que la aptitud o talento del deudor forme parte de la obligación y, por tanto, desapareciendo este talento o aptitud o cumpliéndose por otra persona, la obligación en si misma se torne imposible, o bien, no cumplida en el escenario de que otra persona lo haga por el deudor³⁷. En mi opinión, el profesor se equivoca al señalar aquello, ya que el Artículo 1572 no indica que la imposibilidad de ejecución es consecuencia inmediata de la pérdida de este talento o aptitud por parte del deudor. Este artículo refiere que no puede ejecutarse esta obra *“contra la voluntad del acreedor”*, pues es evidente que si esta aptitud o talento es relevante para estimar cumplida la obligación por parte del acreedor, en definitiva, para satisfacer el interés del mismo, es algo que solo este puede dirimir. Por tanto, el juez de fondo, al interpretar el contrato en cuestión, se encuentra ante dos opciones. La primera es aceptar que para satisfacer el interés contractual del acreedor no es impedimento que se ejecute la obra por un tercero, en cuyo caso la obligación subsiste y debe cumplirse a costa del deudor; la segunda opción es que dicho interés no pueda ser satisfecho por actuación de tercero, ya

³⁶ RODRIGUEZ GREZ, Óp. Cit., p. 132

³⁷Ibíd.

que dicho talento o aptitud le era fundamental para la satisfacción del interés, en cuyo caso nos encontramos ante una verdadera imposibilidad de ejecución, pues solo la actuación del propio deudor satisfacerla el interés del acreedor, por medio la actividad debida, al ser tal aptitud o talento parte integral de la obligación misma. De esta manera, la aptitud o talento en cuestión es un elemento objetivo perteneciente a la obligación misma y, adicionalmente, al deudor en particular. La profesora Brantt lo refiere al señalar que *“el deudor y sus cualidades forman parte del contenido de la prestación y no son externos a ella (...) obviamente, no se trata de considerar como constitutivo de una imposibilidad objetiva todo impedimento que recaiga en el deudor, sino que es preciso que, a través de este, afecte el contenido mismo de la prestación”*³⁸.

La segunda excepción que se constituye de un grupo de obligaciones de hacer, que comparten la característica de hacerse efectivas sobre una especie o cuerpo cierto, siendo este objeto de la prestación parte esencial de la obligación.

La más evidente de estas obligaciones sería la de entregar un cuerpo cierto. El Artículo 1550 del Código Civil, el cual se refiere a la *“el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba”* es claro al referir este tipo de obligación. Hoy en día, es uniforme en la doctrina nacional que la obligación de entregar será una obligación de dar o hacer dependiendo si el título que se invoca es traslativo de dominio o no. El profesor Nino Tejeda lo expone de manera ejemplar al señalar que *“el hecho material de la entrega, cuando, según la intención manifestada en el título respectivo, tiene por efecto crear, transferir o extinguir derechos, es un acto jurídico denominado pago. Si este efecto consiste en transferir el dominio o transferir o constituir cualquier otro derecho real, la obligación de efectuar este pago es obligación de dar. Pero si consiste en extinguir derechos reales o personales la obligación de hacer este pago es obligación de hacer”*³⁹. De esta manera, la obligación de entregar puede variar dependiendo del título invocado. Si no es un título que sirva constituir o transferir un derecho real, la obligación será de hacer; si es uno de aquellos títulos, será de dar. Sin embargo, eso no quiere decir que toda obligación de hacer le es aplicable dicha distribución de riesgos contra el acreedor, sino que sirve para dar por base a la idea de que existen obligaciones de hacer que se hacen efectivas en un cuerpo cierto, por tanto,

³⁸ BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 178

³⁹ NIÑO TEJEDA, EDUARDO, Clasificación de la obligación de entregar, [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1985, n.9, p. 119. Disponible en <www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/141/131>, [Consultado: 6 de Diciembre de 2016]

el objeto sobre el que se hace efectivo el hecho debido es parte integral de la obligación misma, y de extinguirse –sea jurídica o físicamente-, se hace imposible desplegarse la actividad debida.

Para su mejor comprensión respecto a otro tipo de obligaciones de hacer, sirve recordar el ejemplo del contrato de talar los pinos ya referido, es decir, en el cual Juan y María celebran un contrato en el cual Juan se obliga a talar los pinos insignia del predio de María, iniciándose la labor en tres meses más. María, por su parte, se obliga a pagarle la suma de \$1.000.000 de pesos una vez concluida la labor.

Imaginemos un primer escenario. En el transcurso de los tres meses, un incendio producido fortuitamente arrasa el predio de María, quemando todos los pinos insignias que tenía, haciendo impracticable su tala. En este caso efectivamente se extinguiría la obligación de hacer debido al modo de extinguir imposibilidad de ejecución, pues no habría objeto sobre el cual desplegar la actividad debida.

En un segundo escenario, si lo que sucede es que Juan sufre un accidente tal, que se hace imposible definitivamente para él cumplir dicha obligación, por ejemplo, pérdida de los brazos, habrá que determinar si en el caso en particular las aptitudes o talentos de Juan son relevantes para el cumplimiento de esta obligación misma; en definitiva, si solo Juan puede talar dichos arboles a satisfacción de María. Además, ese interés a satisfacer no se encuentra únicamente en el foro interno del acreedor, pues se encontrara plasmado en el contrato mismo, debiendo ser interpretado por el juez de fondo, como ya referimos respecto al Artículo 1572. En nuestro ejemplo, no es relevante que sea Juan u otro quien los tala, por lo que María seguramente solicitará que se le autorice para que otro ejecute la obligación de talar los árboles a coste de Juan, ejerciendo la opción que le entrega el Artículo 1553 numeral 2º del Código Civil. En este caso, la imposibilidad de ejecución no opera; por tanto, la obligación no se extingue.

En un tercer escenario, agreguemos como supuesto que Juan es el único que posee la aptitud de talar los mencionados pinos insignias a satisfacción de María, pues solo él conoce la técnica para hacerlo sin dañar el tronco del árbol para que vuelva a crecer, situación que está estipulada en el contrato. Lamentablemente Juan sufre, fortuitamente y sin culpa de persona alguna, una amnesia permanente, la cual hace que olvide dicho procedimiento, fundamental para el contrato. Esa aptitud o talento de Juan es esencial

para el contrato, por lo que de perderlo, y al no poseerlo nadie más, la obligación en sí misma se vuelve imposible, operando de esta manera la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir.

2.2.1.1.2 La imposibilidad debe ser sobrevenida.

En definitiva, la imposibilidad debe generarse en el transcurso del cumplimiento de la obligación, no el nacimiento de la misma. De producirse al ser coetáneo a la creación de esta, no estaríamos hablando de una imposibilidad de ejecución; dicha obligación sería nula, pues carecería de objeto, anulando a su vez el contrato en sí. El profesor Rodríguez Grez lo enuncia claramente al referir que en este caso se aplicaría el Artículo 1461 por falta de objeto, cuya sanción sería la inexistencia o la nulidad, según la corriente doctrinaria que se siga en este aspecto.⁴⁰ Como es lógico concluir, la obligación debe existir cuando lo sobrevenga la imposibilidad.

2.2.1.1.3 La imposibilidad debe ser permanente.

Este elemento es fundamental para entender la imposibilidad como modo de extinguir. La imposibilidad debe ser permanente para extinguir la obligación. De ser un impedimento temporal, solo se podría retrasar el cumplimiento de la obligación, no siendo responsable el deudor de la mora causada por el caso fortuito, por estipulación expresa del Artículo 1558 de nuestro Código Civil, que señala que “*La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios*”. Además, aquella no es una auténtica imposibilidad, pues la obligación en sí misma no se ha vuelto impracticable, solo se diferido su cumplimiento en el tiempo.

La idea no es ajena a nuestro Código Civil. El sistema de remedios del acreedor está construido tomando la hipótesis del cumplimiento de la obligación fuera del plazo estipulado por el contrato; sea por cumplimiento forzado de la obligación o el cumplimiento por equivalencia, ambas constituyen un cumplimiento fuera de plazo, sancionado en caso de ser culpable con la debida indemnización de perjuicios y, por tanto, no correspondiendo la misma en caso de ser inimputable al deudor.

⁴⁰ RODRIGUEZ GREZ, Óp. Cit., p. 124

Según el profesor Abeliuk nuestro código no se ha preocupado especialmente de la imposibilidad temporal. Para subsanar este defecto, le hace extensivo el Artículo 1675. Dicha norma regula la reaparición de la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, otorgándole el derecho al acreedor a reclamarla, siempre que restituya lo que hubiere recibido en razón de su pérdida. El profesor Abeliuk reconoce que este artículo parte de la hipótesis de una pérdida sin culpa, ya que el acreedor deberá devolver lo que recibió a cambio, para no caer en un enriquecimiento sin causa. Sin embargo luego señala que *“si el extravío no fue imputable al deudor, parece obvio que el acreedor puede reclamar, la cosa extraviada y reaparecida, pero no pedir indemnización, ya que el retardo no fue imputable. La misma solución puede extenderse a cualquier imposibilidad temporal: el deudor debe indemnizarla si es imputable, y concluida la imposibilidad, el acreedor puede exigir la prestación, devolviendo la indemnización compensatoria; si no es imputable, la obligación debe cumplirse cuando desaparezca la imposibilidad, pero sin indemnización moratoria.”*⁴¹

Como queda claro al principio de este punto, no comparto la afirmación del profesor Abeliuk, respecto a que el Código Civil no reglamenta esta situación en manera alguna. Mediante la aplicación sistemática de las reglas generales del efecto de las obligaciones, queda claro que lo que se pierde por el acreedor es el derecho a pedir indemnización de perjuicios por la mora del deudor, pero en ningún caso la obligación se extingue, pues no concurrirían los presupuestos del modo de extinguir imposibilidad de ejecución, siendo innecesaria la aplicación por analogía del mencionado artículo en este aspecto. Respecto a la devolución de lo recibido por el acreedor, aquello no es más que consecuencia del enriquecimiento sin causa del acreedor, que de exigir el cumplimiento de la obligación, debe restituir lo recibido, pues de conservarlo habría doble pago por parte del deudor.

Es en cuanto a la faceta de superación de la imposibilidad donde podría estimarse que tiene alguna aplicación dicha norma, dado que el acreedor puede solicitar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor al desaparecer el obstáculo que lo imposibilitaba, respecto a una obligación que, en principio, se estimaba imposible. Lo cierto es que esto no es más que una consecuencia de la falta el presupuesto básico de la imposibilidad, que

⁴¹ ABELIUK, Óp. Cit., p. 733

sea permanente. Si se vuelve posible ejecutarlo, este nunca se extinguió; lo que se perdió temporalmente es la exigibilidad del cumplimiento del hecho debido.

Como último punto queda referirse a las obligaciones que solo pueden cumplirse dentro del plazo estipulado, pues es esencial para satisfacer el interés del acreedor que sea de esta forma; en definitiva, las obligaciones con término esencial. En nuestro ejemplo de tala de los pinos insignias, asumamos que hay una época del año concreta para poder talar dichos árboles. De no cumplirse en la época adecuada, dicha tala no le sería útil al acreedor de forma alguna, de tal forma, que esta obligación debe cumplirse en dicho tiempo. Podría caerse en el error de pensar que estas obligaciones forman parte del elemento temporal del modo de extinguir en estudio, pero lo cierto es que forma parte de carácter de objetiva de la imposibilidad, pues ese plazo forma parte intrínseca del contenido de la obligación misma como elemento esencial para la satisfacción del interés del acreedor.⁴² La obligación se vuelve objetivamente imposible para cualquier persona de cumplirse, pues el periodo en que se requería la actividad ya pasó, siendo imposible satisfacer el interés comprometido.

2.2.1.1.4 La imposibilidad debe ser absoluta.

A menudo se confunde este elemento con la objetividad. El carácter absoluto de la imposibilidad radica en el hecho de que la obligación es imposible, a pesar de cualquier esfuerzo humano alguno. Sin embargo, nada tiene que ver con la diligencia que despliegue el deudor que, como ya dijimos anteriormente, forma parte del análisis del caso fortuito como elemento subjetivo de este modo. Si la imposibilidad es absoluta o relativa, se verá en atención al contenido mismo de la obligación. En este sentido el jurista Osti, explicado por la profesora Branttt, lo entiende al señalar que *“si bien parece que implica considerar el esfuerzo desplegado por el deudor para superarlo, debe entenderse en realidad apuntando, (...), al estado de la prestación debida más que a la actividad realizada por el deudor (...), es decir, la prestación se ha tornado completamente irrealizable, sin que interese que diligencia debía o podía emplearse para superarlo, precisamente porque cualquiera sería inútil.”*⁴³

⁴² De igual manera, BRANTTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 181

⁴³ OSTI, en BRANTTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 179

Entonces, ¿Qué sucede si la obligación es realizable, pero requiere para su cumplimiento un mayor grado de sacrificio por parte del deudor? Esa pregunta es propia de una de las hipótesis de la teoría por excesiva onerosidad sobrevinida, dado que no puede hablarse de que dicha obligación esta extinta, ya que, en principio, si puede cumplirse, pero de manera más onerosa para el deudor de lo que inicialmente era previsible. El quién asumirá ese costo adicional, es decir, si deberá desplegar un esfuerzo mayor el deudor para cumplir su obligación, a pesar de que no era previsible, o bien, si es el acreedor quien deberá soportar dicho riesgo es una discusión que se tratara más adelante.

2.2.1.1.5 La imposibilidad debe ser total.

Al deudor debe serle imposible desempeñar toda la obligación de hacer, no solo una parte. Esto debido a que de ser posible su cumplimiento parcialmente, el deudor seguiría obligado a cumplir esa parte de la obligación. Sin embargo, es necesario plantearse que sucederá con dicha parte imposible de ejecutar. En mi opinion, si la imposibilidad parcial es además temporal, una vez cesado o superado el obstáculo, el deudor debiese cumplir la parte faltante, pero si cumple con el resto de los elementos del modo de extinguir- especialmente ser permanente-, deberá determinarse quien asume dicho riesgo. Por lo extenso del tema, que profundizaremos al referirnos a la excesiva onerosidad de la obligación, solo señalemos que operara la misma regla que solucione la distribución del riesgo de la totalidad de la imposibilidad, por aplicación de los adagios jurídicos “*donde la ley no distingue, no es lícito al interprete distinguir*” y “*quien puede lo más, puede lo menos.*”

2.2.1.1.6 La imposibilidad es tal cuando es inviable el cumplimiento en naturaleza para satisfacer el interés del acreedor.

Fluye de los puntos ya referidos que el contenido de la obligación no debe ser fungible. Si existe otra manera de satisfacer el interés del acreedor, no puede hablarse de imposibilidad en su satisfacción, dado que el objetivo de las partes es obtener lo que previeron al momento de acordar el contrato, cuestión que sería logable con el cumplimiento en naturaleza. Para ello se vuelve fundamental determinar si la obligación es de contenido fungible o no, pues aquello determinara si es posible obtener la satisfacción de su interés. La profesora Brantt lo argumenta señalando que “*aunque la obligación no pueda ser cumplida exactamente de la forma que previeron las partes al*

contratar, ello no significa necesariamente que la prestación no pueda en definitiva verificarse, en la medida que existan otros medios idóneos para satisfacer igualmente el interés del acreedor. El cumplimiento en naturaleza no debe ser entendido como exigiendo identidad física entre la prestación pactada y la efectivamente cumplida, sino en el sentido de correspondencia entre esta última y el interés del acreedor incorporado en el contrato. De acuerdo a esta forma de concebir la pretensión de cumplimiento en naturaleza, es especialmente importante el carácter de fungible o no de la obligación (...). De igual manera adquiere relevancia el tiempo previsto para producir dicha satisfacción. El factor temporal también puede incidir en la determinación de si procede no el cumplimiento en naturaleza, lo que se aprecia particularmente en el caso de las obligaciones sujetas a término esencial⁴⁴.

La autora recalca que aquellos son los principios del derecho de la contratación actual, pero en mi opinión, en el caso de las obligaciones de hacer, nuestro Código Civil también admite la aplicación de estos principios. Como ya mencionamos, por regla general, las obligaciones de hacer admiten la ejecución del hecho debido por cualquier persona, por lo que, si bien en principio la obligación es requerida por el deudor, el mismo Código admite su ejecución por parte de tercero, según el Artículo 1553 numeral 2º del Código Civil, por lo que estas obligaciones serían eminentemente de contenido fungibles, pues es indiferente para el acreedor si es el deudor quien ejecuta el hecho; lo relevante para él es que el hecho se ejecute. Para que una obligación de hacer se vuelva auténticamente imposible de ejecutar, es necesario que el hecho en sí mismo se vuelva imposible de ejecutar, es decir, que su contenido sea el afectado por el impedimento acontecido. Sea el término esencial o la aptitud o talento del deudor, o inclusive la pérdida del cuerpo cierto sobre el que debe hacerse efectivo la obligación de hacer –como en el ejemplo de los pinos insignia-, estas circunstancias formarían parte del contenido de la obligación, siendo imposible su cumplimiento en naturaleza, pues la obligación no sería de contenido fungible. Solo de esta manera puede entenderse correctamente el Artículo 1572 referido por el profesor Rodríguez Grez; si es posible satisfacer el interés del acreedor, objetivo primordial de su voluntad al contraer el contrato con el deudor, debe entenderse que es posible cumplir, aunque sea en naturaleza, la obligación contraída.

⁴⁴ BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 181

2.2.1.2. Elemento subjetivo de la imposibilidad: El caso fortuito.

2.2.1.2.1 La imposibilidad debe ser inimputable al deudor.

Es fundamental que sea de esta manera, ya que de serle imputable, como ya referimos, es la culpa la primera regla de distribución de riesgos que se aplica, debiendo resarcir los perjuicios causados por dicha imposibilidad, además de no quedar liberado de la obligación, la cual deberá cumplir en equivalencia.

En definitiva, deberá operar un hecho totalmente inimputable al deudor, es decir, deberá operar un caso fortuito o fuerza mayor. Las demás reglas de distribución de riesgos mencionadas se asimilan dentro del mismo, como ya referimos anteriormente. En este sentido, el caso fortuito es una parte integral de los supuestos de la imposibilidad de ejecución, pero no es igual que un modo de extinguir. Su rol gira en torno a la responsabilidad de los perjuicios ocasionados, no sobre la extinción de la obligación, como profundizaré en el siguiente capítulo de este trabajo. De igual manera, opina la profesora Brantt comenta al señalar que *“el examen de la doctrina nacional tradicional muestra entonces que si bien el estudio del caso fortuito se ubica en la sede que le es propia –la responsabilidad por el incumplimiento contractual, y más precisamente, en relación con la indemnización de perjuicios- siendo calificado como causa de exoneración de la misma, a la hora de definir o precisar sus efectos, esa correcta ubicación inicial se ve alterada. Y ello se debe a que se entiende que el caso fortuito genera necesariamente una imposibilidad de cumplimiento, que hace operativo dicho modo de extinguir, y como consecuencia de ello es que el deudor queda también exento de la indemnización(...) con lo que este y la imposibilidad sobrevenida prácticamente se identifican (...) Ello se traduce, en último término, en que la eficacia del caso fortuito no se limita solo a impedir que el acreedor pueda reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados con la inejecución, sino que además excluye la pretensión de cumplimiento para conseguir la satisfacción en naturaleza de su crédito. Esta interpretación del caso fortuito conduce, como se puede apreciar a consecuencias bastante radicales y, por lo demás, como diré luego, supone una confusión de dos figuras y materias perfectamente distinguibles entre sí: dos instituciones diversas como son el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación; y dos ámbitos distintos, propios de cada una de ellas, como son la exoneración de la*

*responsabilidad –acotada a la indemnización de perjuicios- y la liberación de la obligación, respectivamente*⁴⁵.

Al igual que la profesora Brantt, luego analizaremos el auténtico rol del caso fortuito en el modo de extinguir imposibilidad de ejecución, con el que se encuentra relacionado, pero no constituye la misma institución. Sin embargo, es importante referir que este elemento constituye el área subjetiva de la imposibilidad, es decir, es respecto a este elemento en que se analizara la diligencia debida por el deudor en torno específicamente al juicio de imprevisibilidad e irresistibilidad del caso fortuito.

2.2.2 Relevancia de las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil en la distribución de riesgos contractuales.

Como ya mencione, el profesor Abeliuk, entre otros autores⁴⁶, en general reconocen la base de este modo de extinguir las obligaciones en nuestro Código de Procedimiento Civil. En su libro III, este código reglamenta los diversos juicios especiales y, en su título II, reglamenta el juicio ejecutivo de las obligaciones de hacer, dotándole de características diferenciadas respecto al de las obligaciones de dar. Es en su Artículo 534 donde la doctrina reconoce el origen de este modo de extinguir el cual señala:

“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”.

⁴⁵ BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 171

⁴⁶ MEZA BARROS, RAMÓN, Manual de Derecho Civil: De las obligaciones, Óp. Cit., p.225; BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 173; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO, Curso de Derecho Civil, Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1941, Tomo III: De las Obligaciones, p. 430; ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 468; ABELIUK, Op. Cit., p. 729, VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios Del acreedor afectado: Una relectura de las disposiciones Del “Código Civil” sobre incumplimiento, En: El Código Civil de Chile (1855-2005) (Santiago, 3-6 Octubre de 2005), El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación, Santiago, , Chile, Editor Alejandro Guzmán Brito, 2007, p. 14

Aquello, se ha estimado en doctrina como la consagración de la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir. A pesar de estar de acuerdo con dicha afirmación, estimo necesario hacer algunos alcances para delimitar el ámbito de aplicación de esta norma.

En primer lugar, la voz de “absoluta” de dicha imposibilidad debe entenderse en relación con lo referido en el punto anterior, es decir, de que la obligación no debe poder realizarse en modo alguno, independiente de la diligencia o esfuerzo requerido por el deudor en el contrato en cuestión. Esto es evidente, ya que si fuese posible su realización, no estaría extinta la obligación por este modo y, por tanto, no sería procedente esta excepción. La obligación le sería más onerosa, al requerir un mayor sacrificio de su parte, pero no sería imposible, por lo que estaríamos hablando de excesiva onerosidad sobreviniente.

En segundo lugar, la norma establece la excepción respecto a la ejecución actual. Este escenario comprende la imposibilidad tanto como modo de extinguir, como aquella imposibilidad meramente temporal. Sin embargo, ambas poseen efectos distintos. La imposibilidad absoluta temporal solo servirá para justificar la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación y la imposibilidad al tiempo del mandato de ejecución de desarrollar la prestación debida, la cual, siempre que sea por caso fortuito y en conjunción con el Artículo 1558 del Código Civil, lo liberaría de la responsabilidad del retardo en el cumplimiento mismo, pero no extinguiría la prestación debida. Por ende, el juez deberá determinar que una vez cesado el impedimento, se cumpla la obligación por parte del deudor. La calidad de “actual” se refiere a la época en que se interpone la acción ejecutiva para el cumplimiento, ya que es evidente que el objetivo primordial de la acción ejecutiva es obtener el cumplimiento de la obligación debida, no determinar la existencia y procedencia de la indemnización de los perjuicios producidos por el incumplimiento de la obligación en la época en que sucedió. De esta forma, el caso fortuito acaecido cobra relevancia solo si prolonga sus efectos en el tiempo, tanto en el momento en que debió cumplirse por parte del deudor la obligación, como en el momento en que es legalmente reconvenido para ello por el acreedor. En caso de que cese en el ínterin, el deudor no podría interponer esta excepción, pues al tiempo en que es requerido de cumplir, no existiría ningún obstáculo para ello. Es más, en caso de cesar el impedimento, el deudor deberá estar presto a cumplir la obligación debida, pues el efecto liberatorio de responsabilidad del mismo se extiende hasta el momento en que sea irresistible dicho caso fortuito, como analizaremos en el siguiente capítulo.

En cuanto a la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir, es claro que deberá cumplir con sus restantes elementos para operar como modo de extinguir, pero requiere que a lo menos sea absoluta y que esté presente al tiempo del requerimiento para poder oponerse como esta excepción, como fluye del texto del artículo referido. Si es permanente la imposibilidad de ejecución y reúne sus otros elementos, es decir, si el obstáculo que impide realizar la prestación es de tal naturaleza que perpetua sus efectos en el tiempo indefinidamente, solo entonces puede hablarse de extinción de la obligación, siempre que sea la causa de dicha imposibilidad un caso fortuito, pues como reza el famoso adagio jurídico, *a lo imposible nadie está obligado*.

Por último, es necesario hacer presente el abandono que hace la doctrina del resto del articulado del Código de Procedimiento Civil referente a riesgos en las obligaciones de hacer. Como ya indicare cuando trate de la excesiva onerosidad sobrevenida, existen disposiciones que versan también sobre este tipo de riesgos contractuales, que arrojan una clara postura del legislador sobre la asignación de los mismos en esta clase de obligaciones.

2.2.3 Crítica a la posición doctrinal de la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir las obligaciones.

Como mencionamos con anteriormente⁴⁷, la doctrina en general ha identificado la imposibilidad de ejecución con el modo pérdida de la cosa debida. Esto es debido a que, en su opinión, el Código olvida regular este modo de extinguir respecto a las obligaciones de hacer y no hacer. Esta afirmación requiere ciertos reparos.

El modo de extinguir pérdida de la cosa debida, se encuentra estipulado respecto a las obligaciones de especie o cuerpo cierto, como se entiende del texto del Artículo 1670. Sin embargo, tradicionalmente la doctrina no analiza el porqué de la ausencia de regulación en las obligaciones de hacer de manera sistemática, limitándose a su constatación. Como ya referí al hablar de la fungibilidad de obligaciones, lo cierto es que las obligaciones de hacer en general pueden estar expuestas al caso fortuito, como enuncio el profesor López Santa María⁴⁸, pero no necesariamente se extinguirá la obligación. Tomemos de referencia el ejemplo del mismo autor. Una empresa de turismo planifica un viaje al altiplano andino

⁴⁷ Véase en p. 31

⁴⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, Óp. Cit., p. 431-432

todo incluido –hotelería, traslados, alimentación, en fin todo lo necesario para prestar todos los servicios requeridos. Los consumidores pagan el precio del paquete de viaje, pero producto de un caso fortuito –terremoto o inundación por desborde del lago Titicaca- es imposible realizar el viaje referido. En este caso, aplicando lo ya referido respecto a la imposibilidad de ejecución, ¿Es posible hablar de la extinción de la obligación? La respuesta dependerá si para los consumidores es esencial la ejecución de este viaje en el plazo estipulado. Si lo es, entonces la obligación se extingue, pero de no serlo, el caso fortuito solo liberaría de la responsabilidad en la demora por parte de la empresa de turismo, pero no extinguiría la obligación en sí. En este sentido, el riesgo del caso fortuito es efectivamente de los clientes, quienes no podrán reclamar indemnización alguna por la mora y el incumplimiento dentro del plazo de la empresa, pero eso no quiere decir que la obligación del deudor se extinga; su cumplimiento solo se retrasa. Esto se debe a una característica propia de las obligaciones de hacer, la incorporeidad de la cosa debida; es un hecho, y como tal, no está expuesto de la misma manera a los riesgos que los cuerpos ciertos. Aquello queda patente del texto del Artículo 1553 del Código Civil, que faculta en su numeral 2 a ejecutar el hecho por un tercero; aquello demuestra que, en opinión del legislador, posee el mismo valor el hecho ejecutado por un tercero que por el propio deudor, creando tantas maneras de satisfacer el hecho debido como aquellas que el deudor o terceros logren imaginar para ejecutarlo.

Como es posible constatar a lo largo de este trabajo, los riesgos causados por los modos de extinguir pérdida de la cosa debida e imposibilidad de ejecución, e inclusive el Artículo 1550 del Código Civil, no hacen referencia a la clasificación de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, sino que hace referencia a las obligaciones de especie o cuerpo cierto y las obligaciones de género. El error de la doctrina es buscar una respuesta al riesgo dicha extinción en torno a esta clasificación que el Código no utiliza para distribuir los riesgos.

Por lo tanto, la auténtica pregunta a responder por la doctrina es: ¿Es posible clasificar a una obligación de hacer como una obligación de género o de especie, haciéndole aplicable, por ende, las reglas de distribución del riesgo de nuestro Código Civil?⁴⁹

⁴⁹ También tiene especial relevancia tiene la clasificación de obligación de contenido fungible e infungible, pero lo cierto es que dicha clasificación atiende al contenido de la misma y no a la obligación en sí. El contenido es el fungible o no; la obligación en sí no se ve sometida a dicho juicio. Adicionalmente, dicha clasificación de las cosas

Como es de común acuerdo en la doctrina, la clasificación de una obligación como de género o de especie atiende al criterio de determinación del objeto de la misma. El profesor Meza Barros lo define diciendo que las obligaciones de especie son aquellas en que se debe un objeto determinado, ya que *“la intención de las partes, al precisar cabalmente el objeto debido, es que la obligación se satisfaga mediante la prestación precisamente de ese objeto y no otro. Por este motivo, no podrá el acreedor reclamar otra cosa, ni el deudor pretender que el acreedor reciba una diversa de la que se debe, ni aun a pretexto de ser igual o mayor su valor”*⁵⁰. El profesor Alessandri entiende de igual manera el criterio para distinguirlas, señalando que *“la determinación del objeto en las obligaciones obedece, en consecuencia, al deseo del legislador de que cada deudor cumpla su obligación en los términos convenidos, a fin de que pueda satisfacer al acreedor en la utilidad que este anda buscando al contraer la obligación”*⁵¹, opinión que mantiene y comparte con los profesores Vodanovic y Somarriva al decir que *“la característica principal de la obligación de especie la constituye la determinación específica que de ella se hace al momento de celebrarse el contrato”*⁵². También el profesor Barros Errazuriz lo estima de esta forma, al señalar que *“en cuanto a la determinación del objeto, las obligaciones pueden ser de género y de especie o cuerpo cierto”*⁵³. Así mismo Abeliuk, que entiende que la clasificación se determina por el grado de determinación que se tenga del objeto de la obligación, puesto que *“la importancia de esta clasificación estriba en la distinta forma de cumplirlas”*.⁵⁴

Si bien ninguno de estos autores discurre sobre la posibilidad de clasificar un hecho debido, si todos comparten que es la determinación del objeto de la obligación -no la corporeidad del mismo- quien determinara si una obligación es genérica o de especie. Por lo tanto, no se ve inconveniente en realizar dicha clasificación respecto a los hechos, cosa

muebles -fungible o infungible- es errática en nuestro Código Civil, que las confunde con las consumibles-no consumibles; la doctrina ha sido quien correctamente las ha distinguido de la manera que actualmente se entienden. Por lo mismo, es posible que una obligación de género sea fungible para él, y una obligación de especie no. Como se profundizara en el Capítulo III de este trabajo, debe entenderse que toda obligación genérica, es fungible auténticamente y, por tanto, si toda obligación de hacer es fungible por regla general, toda obligación de hacer es genérica en general.

⁵⁰ MEZA BARROS, RAMÓN, Óp. Cit., p.65

⁵¹ ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 240.

⁵² ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, Óp. Cit., p. 118

⁵³ BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO, Curso de Derecho Civil, 4º Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1932, Primera Parte, Segundo Año, Volumen II, p. 32

⁵⁴ Abeliuk, Óp. Cit., Tomo I, p.214

incorporal por antonomasia. Argumentar lo contrario sería decir que los hechos como objeto de un contrato son indeterminados, por lo que no podrían ser objeto de un contrato.

El profesor Vidal propone una nueva manera de clasificar las obligaciones, que él denomina *obligaciones de contenido fungible*, dentro de las que enmarca a las obligaciones de hacer. El autor extrae su clasificación del profesor español Diez Picazo⁵⁵, el cual clasifica las obligaciones de hacer en fungibles o infungibles, en atención de si admiten o no su ejecución por un tercero⁵⁶. De no hacerlo, serán de contenido infungible, correspondiendo en nuestro país a las obligaciones de hacer personalísimas y las obligaciones de dar específicas. La distinción cobra relevancia para este estudio en cuanto al modo de extinguir imposibilidad de ejecución, pues en las obligaciones de hacer personalísimas, la imposibilidad de ejecución extintiva corresponde a todo impedimento que le suceda al deudor que haga imposible para él realizar la prestación. Este es un importante avance en el estudio de estas obligaciones, especialmente en la determinación de su extinción, cumplimiento e incumplimiento, puesto que, según esta postura, será posible en todas las obligaciones de hacer- salvo la excepción hecha- cumplir la obligación para el deudor por medio de la ejecución de un tercero a su costa, como estipula como derecho del acreedor nuestro Artículo 1553 N° 2 del Código Civil, pues lo debido es un hecho, el cual admite la ejecución por otra persona como manera de realizar la prestación, como reafirma el Artículo 1572 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, y aunque considero correcta la clasificación realizada, la considero insuficiente. Una obligación de hacer no se torna únicamente imposible de ejecutar en caso de ser personalísima y de ser imposible para el deudor realizarla. Una obligación de hacer puede ser imposible de ejecutar por el termino esencial de la misma o porque el cuerpo cierto sobre el que se ejecuta se ha extinguido, jurídica o materialmente; todo ello forma parte del elemento de “objetividad” de la imposibilidad, por lo que el carácter de “infungible” del contenido de la obligación de hacer es más amplio que las personalísimas. Por lo mismo, como ya se advirtió en este trabajo, nuestro Código Civil confunde indistintamente las obligaciones fungibles con las de género pues todo objeto de una obligación de género es fungible, sin embargo, no todo objeto fungible, cuando es parte del contenido de una obligación, es necesariamente de una obligación de género. La clasificaciones de género-especie y fungible-infungible

⁵⁵ DIEZ PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 5º Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1996, Tomo II: Las relaciones obligatorias, p.244-245

⁵⁶ En nuestra doctrina nacional, el profesor Abeliuk las clasifica de igual manera. ABELIUK, Óp. Cit., Tomo I, p. 213

obedecen a criterios totalmente diversos y clasifican nociones distintas. En la primera de ellas, como ya hemos referido latamente⁵⁷, la doctrina se decanta por el grado de determinación del objeto como criterio decidor y se usa para clasificar obligaciones; en la segunda, no es la determinación del objeto de la obligación, sino la sustituibilidad del objeto con igual poder de cumplir la obligación el criterio para clasificarlos, y se usa para clasificar cosas. Cuando se usa una clasificación para cosas y se intenta clasificar una obligación se cae en una enorme confusión de términos. Por ejemplo, pensemos en un automóvil Ford Fiesta año 2009. ¿Aquel será un bien fungible o infungible? De serlo, ¿determinara que no pueda ser objeto de una obligación específica o de género? Aquello es directamente consecuencia de lo que se entienda por fungibilidad. El propio profesor Díez Picazo lo argumenta de manera acertada en mi opinión, señalando en primer lugar, la confusión del Código Civil español hace de las cosas consumibles y fungibles, confusión también presente en nuestro Código Civil en el Artículo 575. Continúa arguyendo que dependerá del concepto de fungibilidad que se tome para determinar la respuesta a nuestra pregunta. Existen según el autor, dos ideas de fungibilidad, señalando que *“en el Derecho Común predomina la idea de que las cosas fungibles son aquellas cosas muebles que en el tráfico suelen determinarse según su número, medida o peso (res quae pondere, numero, mensurave consistunt) (...) si lo decisivo en orden de la fungibilidad es únicamente el criterio de medida, parece claro que puede ser objeto de una obligación genérica una cosa que carezca de fungibilidad en el sentido expresado (...) en cambio si el criterio de fungibilidad se emplea en su sentido más riguroso, fungibilidad quiere decir sustituibilidad o aptitud de las cosas para ser recíprocamente sustituidas unas por otras. Los bienes fungibles son bienes recíprocamente intercambiables en el sentido de que el interés particular queda satisfecho con cualquiera de ellos siempre que pertenezcan al conjunto o reúnan las características indicadas. Si se acoge este criterio (...) el carácter genérico de la obligación y la fungibilidad son ideas perfectamente sinónimas y que además esta sinonimia responde a la función económica del tipo de obligaciones que estudiamos. Esta relación no se modifica si se apunta que la sustituibilidad o fungibilidad de las cosas es una cualidad objetiva que resulta del modo como los bienes son considerados en el comercio, mientras que el carácter genérico de la obligación deriva del modo concreto como las partes, al contratar los han considerado. Efectivamente, puede*

⁵⁷ Véase p. 16 y siguientes

existir una discrepancia entre la consideración normal de los bienes en el comercio y su tratamiento y consideración concreta por las partes, pero el criterio decisivo debe ser siempre este último. El carácter de genérico de la obligación pertenece más a la órbita de la configuración por los particulares de sus reciprocas relaciones que a la esfera de la normal y objetiva consideración de los bienes en su comercialización. Este último punto de vista, que en definitiva conduce a los llamados usos del tráfico encuentra aplicación práctica únicamente como un posible criterio de interpretación o de integración de los pactos.”⁵⁸

La segunda noción de fungibilidad es la que prima en nuestro Derecho y también en las obligaciones de hacer⁵⁹, por lo que la visión cambia sustancialmente si se interpreta como lo indica el profesor Diez Picazo; las obligaciones de hacer, en virtud del Artículo 1553 N° 2, se vuelven todas de contenido fungible y, por tanto, todas, en general, obligaciones genéricas. Sin embargo, la circunstancia de que sea personalísima en mi opinión, no la convierte en una obligación infungible necesariamente, solo limita el género de ejecuciones del hecho debido que satisfacen la obligación, pasando a ser una obligación de género limitado; de tornarse imposible una de las posibles ejecuciones de la prestación, el deudor aun tendrá todo el resto de opciones para ejecutarla personalmente; si todas las ejecuciones se vuelven imposibles para él, el género limitado se extingue. De igual manera si existe un término esencial para cumplir o si se hace efectiva sobre una cosa de cuerpo cierto, puesto que todas las formas de ejecutar la prestación se han vuelto imposibles, se extingue la obligación. Es importante esta distinción hecha por el profesor Diez Picazo, ya que la discusión de los riesgos se mantiene dentro de la clasificación del tipo de obligación –género o especie o cuerpo cierto- en la cual se suscita, no en una categorización desconocida dentro de la misma, como sería la de su contenido en torno a la fungibilidad. También es relevante desde el punto de vista de la determinación de los riesgos, puesto

⁵⁸ DIEZ PICAZO, Óp. Cit., p. 292-293

⁵⁹ En base a al Artículos 581, que clasifica los hechos que se deben como muebles, el Artículo 575, que consagra la distinción de las cosas muebles en fungibles e infungibles, y el Artículo 1553 N° 2, se entiende claramente que la generalidad de los hechos debidos son fungibles. Si se toma en cuenta que “Las cosas fungibles, llamadas también sustituibles o reemplazables, son consideradas como equivalentes e intercambiables. Por eso tienen el mismo poder liberatorio, es decir, el pago efectuado con cualquiera de ellas, extingue la deuda, libera de ésta al deudor”; que la fungibilidad natural requiere de fungibilidad objetiva, la cual “supone, en primer lugar, que las cosas sean del mismo género” y que “fungibles son los hechos en que no es determinante la persona que debe realizarlos porque no entrañan una singular aptitud para llevar los a cabo, como los del servicio doméstico. No fungibles son los hechos en que la persona que debe efectuarlos es determinante”; parece es lógico arribar a la conclusión que se expondrá en las siguientes líneas, basándose en las ideas de VODANOVIC H., ANTONIO, Manual de Derecho Civil II, 2ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 2001, p. 339-345

que es la tipificación de las partes la que prima para determinar el carácter de género-especie de la obligación y no su contenido necesariamente. Sin embargo, y de faltar una distribución de los riesgos por las partes en las obligaciones de hacer, la ley entrega la solución acertadamente con los Artículos 1553 N°2, 1572 y 1508 y siguientes del Código Civil Chileno, es decir, la regla de las obligaciones de género serian el criterio aplicar en las obligaciones de hacer en general.

Basándonos en lo argumentado anteriormente, una obligación de hacer será, en la mayoría de los casos, una obligación genérica, pues aunque suceda un caso fortuito que impida su ejecución en un momento, o bien exclusivamente para el deudor, esto no necesariamente implica que no pueda cumplirse en un momento posterior o por otra persona, como se infiere del Artículo 1553 numeral 2° del Código Civil. Por ejemplo, pensemos en el siguiente caso: María encarga a Juan realizar un informe sobre la situación agrícola de su predio -que arroje la calidad del suelo, la salinización, la probabilidad de cultivo rentable, en definitiva todos los elementos propios de este tipo de estudios- y entregarlo a María cuando termine dicho informe. Una vez entregado el informe, se obliga a pagarle la suma de \$1.000.000 de pesos. El objeto del contrato es la ejecución de dicho informe, informe que puede ser ejecutado de diversas maneras; en diversos formatos y formulas; lo relevante es la ejecución de dicha obligación. De esta forma, es irrelevante para el cumplimiento de ella que quien lo ejecute sea Juan o un tercero a costa de él. También es irrelevante si el informe es presentado en formato electrónico o físico, o bien si está estructurado de una manera y otra; en todos los casos Juan estaría cumpliendo su obligación siempre que realice dicho informe y lo entregue a María. El contenido de la obligación está determinado –realizar un informe agrícola sobre predio del acreedor y entregarlo al mismo-, pero puede ser satisfecho de diversas formas y con infinidad de tipos de informes –sea redactado por Juan o por un tercero a su costa- siempre que cumplan las características particulares estipuladas en el contrato o propias de ese tipo de informe⁶⁰. De esta manera y entendiendo las obligaciones de hacer en

⁶⁰ Igual criterio se aplica en una cosa corporal. Por ejemplo, un caballo. El hecho de que el caballo pueda recorrer una jornada sin parar, que sea de color negro y que sepa hacer saltos de competición, todas características estipuladas en el contrato, no sirven para dar a un solo caballo del género como aquel que es necesario para cumplir la obligación. Todos los caballos que cumplan con esas características sirven para el mismo fin. Que el caballo se llame “Napoleón” y su único dueño haya sido el deudor, podrían alcanzar tal grado de determinación. Como se ve las características del caballo poco importan, inclusive su nombre podría no ser suficiente si el deudor existiese otro caballo con las mismas especificaciones y se le designe como Napoleón. En definitiva, son las partes cuando expresan su voluntad si solo una cosa –hecho, omisión u objeto corpóreo a dar- debe ser considerado único medio de satisfacción de la obligación o no y, por tanto, si la obligación es genérica o de especie.

general como obligaciones de género, es la regla del Artículo 1510 del Código Civil quien las reglamenta, es decir, la pérdida de alguna de las cosas del género no extingue la obligación. En el ejemplo, si Juan no puede realizar personalmente el informe requerido, se extinguirían los diversos informes que podría haber presentado Juan para cumplir la obligación dentro del género “informes sobre el predio agrícola de María”, pero aún subsisten todos los informes dentro del género que Juan puede solicitar a un tercero que lo realice a costa suya para satisfacer la obligación contraída con su acreedor.

Sin embargo, como ya señale, existen ciertos elementos que pueden hacer que un hecho debido alcance un nivel de determinación que haga plausible su imposibilidad de ejecución, porque a pesar de ser varios hechos los que los satisfagan, todo el género de ellos se ha vuelto imposible de ejecutar, siéndole aplicables las reglas de las obligaciones de género limitado.

En nuestro ejemplo, pensemos que la obligación sea de hacer personalísima o intuito persona; solo los informes realizados por Juan serían capaces de satisfacer la obligación contraída con María. Como ya dijimos Juan puede realizar infinidad de informes que satisfagan los requerimientos de su acreedor, pero en este caso solo los hechos por su persona satisfacen a María, restringiendo el número del género de objetos que satisfacen la obligación – hacer informes sobre el predio de María y entrégaselos- a los realizados por él. De esta forma de verse imposibilitado de ejecutar el hecho personalmente, por un caso fortuito y concurriendo los elementos objetivos de la imposibilidad de ejecución, por ejemplo que sufra con amnesia fortuita irreversible, se extinguirían todas las cosas del género de la obligación de hacer del contrato.

De igual manera operaría en caso de ser una obligación con termino esencial o aquella que se hace efectiva sobre una especie o cuerpo cierto.

En el caso del termino esencial y volviendo al ejemplo, pensemos que el contrato fue firmado el día 31 de Julio y se le dio 3 meses de plazo a Juan para realizar dicho informe, es decir, hasta el 31 de Octubre para entregarlo, pues el día 1º de Noviembre se empezaran las labores en el predio de María, todo lo cual está estipulado en el contrato. Nuevamente, los informes que pudiera presentar Juan son infinitos, sean ejecutados por el mismo o por tercero a su costa. Sin embargo, supongamos que sucede un hecho que hace imposible la ejecución de dicho estudio en el plazo determinado, sea a Juan o

cualquier persona. En este escenario, la obligación no puede ser cumplida con posterioridad al plazo, por lo que al suceder dicha imposibilidad por el periodo estipulado, la obligación en si se ha vuelto imposible; de nada serviría que se presentara fuera de plazo el estudio, puesto que solo los informes presentados en el plazo estipulado pueden satisfacer la obligación contraída por el deudor; el género completo se ha extinto.

Respecto a aquellas obligación de hacer que se hacen efectivas sobre un cuerpo cierto, la situación es la misma. Supongamos que el predio de María es expropiado en su totalidad por la autoridad. La obligación no se ha tornado en una obligación de cuerpo cierto por ello, sigue siendo una obligación de hacer. Sin embargo, Juan ni ninguna otra persona puede ejecutar el hecho debido, el predio de María ha dejado de existir jurídicamente, por lo que la obligación de hacer se ha tornado imposible de ejecutar, pues el objeto donde se hace efectiva no existe.

Siempre en cada uno de los escenarios descritos la regla es la misma, María deberá soportar los perjuicios causados por el caso fortuito, es decir, no podrá exigir indemnización alguna de parte de Juan, pues el caso fortuito lo libera de la responsabilidad en la extinción de la obligación de hacer, pues se ha extinto todo el género por el mismo caso fortuito.

Sin embargo, hay que distinguir desde ya el alcance de esta imposibilidad de ejecución y del caso fortuito que la integra. El profesor Elorriaga de Bonis al referirse a la distribución del riesgo de la pérdida de la cosa – también aplicable a la imposibilidad de ejecución- refiere esta confusión, diciendo que *“se ha confundido el riesgo de la cosa con el riesgo del contrato, nociones que están completamente separadas en la doctrina moderna. Que la cosa se destruya para su dueño no es más que una verdad evidente, pero eso no resuelve verdaderamente el problema del riesgo contractual (...) no admite discusión que siendo el dueño la cosa perece para él, pero de allí no puede desprenderse como consecuencia que el comprador siga o no obligado a pagar el precio”*⁶¹. Aunque se refiere a las obligaciones de dar, no se ve obstáculo para extender esta afirmación a las de hacer; en definitiva, si la obligación de hacer se torna imposible de ejecutar, el derecho subjetivo que representa la obligación –el crédito del acreedor- se extingue para el acreedor, pero

⁶¹ ELORRIAGA DE BONIS, FABÍAN “et.al”, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 99

como afirma el autor, ello es evidente y nada tiene que ver con la distribución de un riesgo distinto que el del caso fortuito: el riesgo del incumplimiento de la obligación. Si deberá o no cumplir su obligación, a pesar de que no vio satisfecho su interés, dependerá directamente de la distribución que se haga del riesgo de dicho incumplimiento causado por la extinción de la obligación, es decir, a la distribución que se haga del incumplimiento fortuito causado por la extinción de la obligación. Aquello corresponde al objeto de estudio de la teoría clásica de los riesgos en nuestro país.

2.3 Marco doctrinal del concepto clásico de “Teoría de los riesgos” en las obligaciones de hacer.

2.3.1 Presupuestos básicos en las posturas doctrinales existentes.

Ya mencionamos las reglas generales de operación de la teoría clásica de los riesgos en nuestro país⁶². Su objetivo radica en responder a la pregunta de qué sucede con la obligación que no se ve afectada por el caso fortuito; la obligación sobreviviente del acreedor. En general, la doctrina acepta que las obligaciones de hacer también pueden verse afectadas de una manera tal que se tornen imposibles de ejecutar. No obstante, la misma doctrina apunta a la existencia de una laguna legal respecto la procedencia de dicha imposibilidad y a la distribución de dicho riesgo, de ese caso fortuito⁶³. Como se entenderá de lo recién expuesto, no compartimos dicha afirmación respecto a la distribución del riesgo “caso fortuito”, pues dicho elemento no basta para causar la extinción de la obligación⁶⁴, pues este caso fortuito podría ser temporal, o bien, la imposibilidad puede ser parcial o solo subjetiva entre otros elementos que puedan faltar para configurar el modo de extinguir.

Otro de los presupuestos básicos de la doctrina está en que la regla de distribución que establece el modo de extinguir que opera para extinguir la obligación, con la consecuente asunción del mismo por una de las partes, soluciona a su vez la situación de la obligación correlativa del acreedor, es decir, si deberá o no cumplir su obligación para con su contraparte. Aquello equivaldría a extender los efectos de dicha distribución de la imposibilidad no solo respecto a una de las obligaciones, si no al contrato completo, por lo

⁶² Véase p. 25 y siguientes.

⁶³ Claro Solar, Óp. Cit., Tomo XII, p. 557; ABELIUK, Op. Cit., p. 731;

⁶⁴ En directa oposición con lo planteado por ABELIUK, Op. Cit., p. 732.

que es lógico que no compartamos la opinión de la doctrina al respecto. Como ya referimos al realizar las críticas a su posición frente a la imposibilidad de ejecución⁶⁵, creemos que lo que se acaece es un riesgo distinto del caso fortuito; el riesgo es el incumplimiento de la obligación. Lo que se soluciona no es el caso fortuito y la obligación cuya ejecución es imposible, si no la obligación que es aún posible de cumplir; en definitiva lo que se distribuye es el riesgo del peligro de la obligación o *periculum obligationis*.

Debido a lo anterior, ruego al lector tomar en cuenta lo referido anteriormente cuando analice las posiciones planteadas en el presente punto. Sin embargo, es necesario tener en cuenta los presupuestos con los que opera la doctrina para entender las soluciones que presentan.

2.3.2 Postura clásica o de aplicación por analogía.

La denominación de “postura clásica” la refiero con tal nombre porque corresponde a la aplicación de la regla establecida en el Artículo 1550 por analogía, solución entregada por la doctrina chilena para responder la laguna que, en su opinión, se encontraban las obligaciones de hacer frente a la imposibilidad de ejecución y a la situación en que se encontrara el acreedor, respondiendo a si debe o no cumplir su obligación, a pesar de no recibir nada a cambio.

Frente a esta problemática, se plantea aplicar dicha norma analógicamente, atribuyendo los riesgos de la cosa debida –en este caso el hecho debido- al acreedor, debiendo cumplir su obligación, a pesar de no recibir nada a cambio de ello. Esto fundamentándose en la laguna existente en esta materia respecto a este tipo de obligaciones, por lo que a falta de una regla expresa que fundamente la aplicación de la regla inversa, es decir, que el riesgo de la pérdida de la cosa lo asuma el deudor, solo puede estimarse que el acreedor deberá asumir ese riesgo al igual que en las obligaciones de dar.

El profesor Rodríguez Grez es el autor de esta teoría, la cual fundamenta señalando que *“celebrado el contrato que da nacimiento a las obligaciones contrapuestas, cada una de ellas cobra vida propia e independiente y deben, por tanto, analizarse en forma separada y cumplirse o no cumplirse en función del grado de diligencia y cuidado que corresponde a cada parte. Por ende, es perfectamente legítimo que una de ellas se extinga sin*

⁶⁵ Véase p. 53-54

*responsabilidad para el deudor y la otra debe ser ejecutada en beneficio del primero conforme a las normas generales que gobiernan la materia. Todo ello no es sino consecuencia de que la obligación es un deber de conducta que encuadra al obligado en el marco de un determinado comportamiento dado por el grado de diligencia y cuidado que debe respetar*⁶⁶. Esto se complementa con su interpretación del “riesgo del contrato”, pues señala que “*se habla de riesgo del contrato, entendiéndose que se trata de una imposibilidad de ejecución. En efecto, es el acreedor de la obligación cuya ejecución es imposible el que soporta el riesgo de que ocurra una causa extraña, puesto que él debe ejecutar su obligación sin recibir nada como contraprestación*”⁶⁷. Sin embargo, el mismo autor plantea que solo sería aplicable dicha asunción de riesgo del acreedor respecto a las obligaciones de hacer personalísimas, pues si puede ejecutarse por otra persona, la regla de distribución sería la contraria, asumiendo el deudor el riesgo del contrato, no pudiendo exigir su contraprestación al acreedor, puesto que el Artículo 1553 del Código Civil, en su numeral 2º plantea como posibilidad la ejecución por un tercero.⁶⁸ Aquello sería representación de las reglas históricas de distribución: *res perit debitoris* y *res perit creditoris*.

2.3.3 Críticas a la postura de aplicación por analogía.

Tradicionalmente se estima que es altamente criticable la respuesta de don Andrés Bello, por alejarse de la regla *res perit dominio* que es la regla madre en esta materia para el derecho romano de propiedad en que se basa principalmente el autor del Código Civil⁶⁹. Las reglas *res perit debitoris* y *res perit creditoris*, que distribuyen estos riesgos en materia, siempre se habían tratado en armonía con dicha regla ordinaria. Sin embargo, no solo por ello es que la solución de don Andrés Bello frente a la problemática de los riesgos y su distribución en las obligaciones de cuerpo cierto es tan controvertida. Se ha pretendido que en aplicación del Artículo 1548 del Código Civil que establece que “*la obligación de*

⁶⁶ RODRIGUEZ GREZ, Óp. Cit., p. 124

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 138

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 139

⁶⁹ La propiedad de una cosa, es decir, el dominio sobre la misma, se configura en nuestro país por la concurrencia de dos elementos: El título y el modo de adquirir. Si no han concurrido ambos, el dominio sobre la cosa no se ha transferido, por lo que el deudor de dicha obligación aun es dueño de la cosa debida, pues no ha cumplido su obligación de dar la cosa, por lo cual debiese perecer para él, no para su acreedor. Sin embargo, como ya indicamos anteriormente en este trabajo, la regla establecida por don Andrés Bello es contraria a dicha regla de distribución, pues la cosa perece para el acreedor, quien aún no es dueño de la cosa.

dar contiene la de entregar la cosa...”, toda obligación de dar se encontraría se encontraría reglamentada por dicha norma.

Sin embargo, la aplicación de la norma del Artículo 1550 como regla general ha sido resistida por la doctrina en general.

El profesor Alessandri se opone terminantemente a dicha aplicación, señalando que nuestro Código Civil *“copia en el artículo 1550 la regla del Código Civil francés, pero olvidándose que el dominio no se adquiere en Chile por medio, del contrato, sino por un modo de adquirir, y se llegó de esta forma, entre nosotros, a generalizar en absoluto, una regla que solo se explica en el Derecho francés”*⁷⁰. En seguida, el autor cita una serie de artículos del Código Civil para determinar la regla general de nuestro Código. A modo de ejemplo, el Artículo 1950, que enumera como causal de término del contrato de arrendamiento la destrucción total de la cosa arrendada, poniendo por tanto el riesgo a cargo del deudor. También se refiere al Artículo 2000, sobre confección de obra material, que establece que el artífice no tendrá derecho a reclamar el precio o salario, salvo 3 excepciones puntuales. Dicha opinión es compartida por los profesores Vodanovic y Somarriva⁷¹. Consideran todos ellos que el Artículo 1550 constituye la regla de excepción a dicha distribución señalando que *“esta disposición sólo le aplica al contrato de compraventa no condicional, porque así lo repite el artículo 1820, y también al contrato de permuta, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1900”*. Debemos resistir necesariamente los argumentos expuestos por estos autores, pues incurren en ciertos errores no menores. Los profesores también citan como ejemplos de dicha regla general al Artículo 1486- sobre la extinción fortuita de la cosa en obligaciones modales- y el Artículo 2100⁷²- sobre disolución de la sociedad por extinción de las cosas que forman su objeto total. Sin embargo, en el primero de ellos se establece que se extingue la obligación del deudor si la pérdida es fortuita, siendo de esta manera asumida por el acreedor, quien no vera satisfecho su interés. En el segundo se pone en manifiesto la disolución de la sociedad, pero no distingue sobre si la pérdida es fortuita o culpable, cuestión cuando menos dudosa pues podría establecerse que un socio que culpablemente destruye el objeto social, no debiese responder de ello, cuestión que luego soluciona el Artículo 2101, pero solo

⁷⁰ ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 240. En el Derecho Civil francés, el título basta para transferir la propiedad, a diferencia del sistema chileno, que requiere tanto el título como el modo.

⁷¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, Óp. Cit., p. 93

⁷² *Ibíd.*; ALESSANDRI, Loc. Cit., n° 70.

respecto a la extinción culposa, sin mención ninguna a la fortuita. Dichas críticas afectan su conclusión, pues es la generalidad que ellos señalan -respecto a corresponder los riesgos al deudor- lo que otorga la fuerza a su argumentación en cuanto a la legislación positiva.

El profesor Abeliuk, por su parte, apoya la observación que hemos hecho respecto a las obligaciones condicionales señalando que *“la mayoría de la doctrina considera que esta disposición resuelve el problema del riesgo, pero la verdad es que el punto es muy discutible, porque el precepto no declara que se extingue el contrato, sino que la obligación condicional. Nada dice respecto a lo que ocurre con la contraprestación; la obligación del deudor condicional se ha extinguido por imposibilidad en el cumplimiento; y por ello es que el mismo precepto agrega que en el caso contrario, o sea, si hubo culpa del deudor, éste es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios. En consecuencia, pareciere que el precepto únicamente pretendió resolver la responsabilidad del deudor condicional, pero no legislar sobre el riesgo”*⁷³. Sin embargo, el mismo autor reconoce la excepción en materia de compraventa en las venta bajo condición suspensiva, en cuyo caso el riesgo es del vendedor-deudor de la obligación de extinción es de él, según el Artículo 1820 del Código Civil. Adicionalmente, según el autor, el Artículo 1550 del Código Civil admite a su vez 4 situaciones en que el riesgo también será del deudor. La primera será que el riesgo suceda estando en mora de cumplir; la segunda de ellas que se haya comprometido a entregar la misma cosa a dos personas por obligaciones distintas; la tercera que las partes estipulen otra distribución; y la cuarta es que el legislador mismo lo diga. Respecto a la primera, en mi opinión, dicha excepción es solo parcial, pues si el deudor puede probar que el caso fortuito que sirvió de base para la extinción de la obligación hubiere sucedido igualmente en poder del acreedor, tampoco es de su cargo la extinción. Respecto a la segunda es claro que lo que se castiga aquí es el dolo del deudor. La tercera excepción nos parece evidente por el carácter de supletoria de la norma. Respecto a la última, el autor cita de ejemplos la regla del arrendamiento ya referida anteriormente. También menciona la confección de obra material, que en su Artículo 1996 del Código Civil que si la materia es suministrada por la persona que encargo la obra, el contrato es de arrendamiento, por lo que el Artículo 2000 se basa en iguales principios; la materia suministrada por la persona que encargo la obra parece para él en el caso fortuito, no pudiendo exigir indemnización

⁷³ ABELIUK, Óp. Cit., p.741

alguna , pero el artífice no podrá reclamar precio o salario alguno, salvo en los casos en que la ley le faculte a ello . Si la materia es suministrada por el artífice, las reglas que le atañen son las de la compraventa.

Debido a las múltiples excepciones ya mencionadas, el profesor Abeliuk estima que en ningún caso podría aplicarse el Artículo 1550 por analogía respecto a las obligaciones de hacer. Además indica que a falta de disposición expresa, debe aplicarse la solución de equidad, la cual no es otra que poner este riesgo a cargo del deudor⁷⁴. No obstante, su crítica no se detiene ahí. En su opinión, *“el Art. 1.550 resiste una aplicación analógica, dado su fundamento histórico; es una disposición extraída del Código francés, donde es un reflejo del principio res perit domino. Semejante doctrina nada tiene que ver con las obligaciones de hacer y no hacer”*⁷⁵. En mi opinión, esto último es una evidente contradicción. La regla *res perit domino* determina que las cosas perecen para su dueño. Si bien la cosa debida en este caso es un hecho, la obligación de hacer que le representa descansa en el derecho subjetivo o crédito que posee el acreedor contra el deudor. Si admitiéramos la observación del profesor Abeliuk, equivaldría a decir que una de dos opciones es cierta: o bien los derechos subjetivos no son cosas para el derecho, lo cual es aberrante; o bien, no pueden extinguirse fortuitamente, por lo que siempre deberá cumplir el deudor con la obligación. Esta afirmación ya hemos demostrado que es errónea.

El profesor López Santa María es igual de enfático en rechazar la aplicación por analogía. Señala que *“el principio res perit creditoris está desprestigiado. Lo demuestra el breve vistazo al Derecho comparado al final del N° 93.2. Los fundamentos de los efectos particulares de los contratos bilaterales, examinados en el N° 90, nos llevan a postular que hoy en Chile, sin que se precise una reforma legal, tratándose de las obligaciones de hacer y de no hacer el riesgo de la imposibilidad fortuita de cumplir la obligación la soporta el deudor, res perit debitoris. La estrecha interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato bilateral, la doctrina de la causa comprendida, según la exposición de Capitant, y la misma equidad o la buena fe, sirven de asidero a la idea de que extinguida la obligación de hacer o de no hacer de una de las partes, por caso fortuito o fuerza mayor, se extingue igualmente la obligación correlativa del otro contratante”*⁷⁶ Por lo extenso de

⁷⁴ El profesor Abeliuk señala también como argumento la interdependencia de las obligaciones para fundamentar su posición. Sin embargo, nos reservaremos ese análisis para el siguiente punto de este trabajo.

⁷⁵ ABELIUK, Óp. Cit., p.741

⁷⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, Óp. Cit., p. 432

su análisis y su correspondencia dentro del siguiente punto de esta exposición, me reservare la exposición y critica de su posición para más adelante.

Desde el punto de vista que planteo respecto a la distribución del riesgo “imposibilidad de ejecución”, es necesario estar de acuerdo con el profesor Rodríguez Grez. La aplicación de la norma de distribución de dicho riesgo es la adecuada, siempre limitándola como lo hace él respecto a las obligaciones de hacer personalísimas y las otras excepciones que se han mencionado en este trabajo. Sin embargo, como él bien plantea, aquellas constituyen la excepción en obligaciones de hacer, por lo que la regla general es que el riesgo seria de cargo del deudor en cuanto a la imposibilidad de ejecución.

No obstante, el autor cae en contradicciones en sus fundamentos. Por un lado, identifica el riesgo “imposibilidad de ejecución” con el riesgo del contrato. Por otro, alega la independencia de las obligaciones y que cada una tiene vida propia una vez celebrado el contrato. Si aplicáramos su primera afirmación, la conclusión seria que la imposibilidad de ejecución impediría la ejecución del contrato, pues el efecto propio de la imposibilidad de ejecución es la extinción de la obligación; si aplicáramos la segunda, la imposibilidad de ejecución no es el riesgo del contrato, es el riesgo solo de una de las obligaciones, por tanto, no afecta extintivamente al resto de las obligaciones contractuales. Parece más lógica la segunda conclusión, pues la imposibilidad de ejecución afecta solo a una de las obligaciones, la del deudor⁷⁷. La obligación del acreedor, como ya he señalado, no se ve afectada por ese modo de extinguir, por lo que la pregunta es cuál es el riesgo y el modo de extinguir que debiese afectarle para considerarle extinta. Dependiendo de la respuesta a esta cuestión, en definitiva, si se extingue o no la obligación del acreedor y, más importante aún, si de hacerlo, cual sería el modo de extinguir la extingue, se determinara si se afecta o no la mecánica contractual, debiendo cumplir el acreedor igualmente su obligación, o bien, quedando liberado de ella.

El profesor Rodríguez, como ya señale, confunde el riesgo de la obligación con el riesgo del contrato, pero evidenciar dicha confusión no otorga respuesta a cual es el riesgo del contrato. Como ya mencione anteriormente al referirnos a las críticas a la imposibilidad de ejecución, el riesgo contractual no es otro el incumplimiento fortuito de la obligación del

⁷⁷ Como ya señalamos respecto a las críticas a la posición doctrinaria frente a la imposibilidad de ejecución. Véase p. 53-54, basada en la opinion del profesor Elorriaga de Bonis.

deudor. Si bien dicho incumplimiento es causado por el caso fortuito, no debe confundirse con el mismo. Son dos riesgos distintos que distribuir y, por lo mismo, pueden obedecer a dos reglas de distribución diversas. Para que se evidencie de mejor manera, pensemos en una imposibilidad meramente temporal. La regla de distribución del caso fortuito en ese escenario señala que necesariamente el acreedor soporta el riesgo, pues no puede pedir indemnización por la mora del deudor en el cumplimiento, en virtud del Artículo 1558 del Código Civil. Por otro lado, pensemos en la distribución del riesgo de caso fortuito que integra la imposibilidad de ejecución; nuevamente es soportado por el acreedor, el cual no podrá pedir indemnización alguna al acreedor por no ver satisfecho su interés. Ello es también consecuencia de que el riesgo del caso fortuito es de su cargo. Pero el caso fortuito, como veremos en el siguiente capítulo, habla solo de la responsabilidad del deudor en dicho perjuicio y obedece a la regla general de distribución de la misma. Sin embargo, cuando se estudia lo que sucede con la obligación del acreedor, no se soluciona con la distribución del caso fortuito; en nada puede afectarle a su obligación que no se ve imposibilitada de ejecutarse. En realidad, la teoría clásica de los riesgos habla de la distribución de un riesgo distinto; el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, causado por el caso fortuito. Dependiendo de cómo se resuelva la distribución de este riesgo, tendrá o no que cumplir el acreedor con su obligación.⁷⁸

2.3.4 Posturas modernas o de cargo del deudor.

Le atribuyo el adjetivo de “modernas” de estas posturas, por diferir de lo nuestra doctrina ha señalado como la opción de nuestro Código Civil respecto al riesgo en estudio. Sin embargo, nada tiene que ver con el tiempo, pues el trabajo del profesor López Santa María, por ejemplo, es anterior al del profesor Rodríguez Grez. Por lo mismo y debido a no ser el único autor que cree que el riesgo que distribuye la teoría clásica es de cargo del deudor, estudiaremos las principales posiciones al respecto.

El profesor López Santa María, como ya referimos anteriormente, desecha la aplicación por analogía de la regla del Artículo 1550 del Código Civil respecto a las obligaciones de hacer⁷⁹. Esto se debe diversas razones que es necesario analizar. El autor parte de la

⁷⁸ Es necesario recalcar que el eje de este riesgo no está en el caso fortuito. Lo que se distribuye es el incumplimiento del deudor causado por él. En el siguiente capítulo se profundizará en el concepto de incumplimiento en el Código Civil intentando responder a la distribución del mismo, pues dependerá de si la noción de incumplimiento se encuentra integrada con la culpa si el acreedor deberá o no cumplir igualmente su obligación.

⁷⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Loc. Cit., nº 76

base que la cuestión de los riesgos contractuales se presenta en determinada clase de contratos, los contratos bilaterales sinalagmáticos, los cuales se caracterizan por la interdependencia de las obligaciones contrapuestas. Aquella característica, en opinión del autor, encuentra su fundamento en la causa, diciendo que *“el principal fundamento de los efectos propios de los contratos sinalagmáticos se encuentra en la idea de la causa, entendida a la manera de Henri Capitant. La causa es el fin perseguido por las partes, y no un motivo psicológico individual. Dicho fin es siempre el mismo en los contratos de una determinada categoría, sin que la personalidad de los contratantes sea relevante. La causa, según Capitant, no se agota al momento del nacimiento del acto jurídico, sino que perdura durante todo el iter contractual”*⁸⁰. Para Capitant, citado por el profesor, señala que *“Hay algo más en la causa. Para que cierta relación obligatoria, una vez nacida, siga obligando al deudor, es necesario que se realice el resultado querido por él. De otra suerte, el lazo obligatorio no puede subsistir; debe ser roto. El contratante que no ha recibido todavía la prestación que le ha sido prometida, puede oponer a la reclamación de su adversario un medio de defensa que se llama exceptio non adimpleti contractus. Si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación (caso fortuito o fuerza mayor, falta de cumplimiento por la otra parte), el fin requerido por el deudor no puede tener cumplimiento, cesa su obligación de la que queda liberado. La obligación, en efecto, desaparece necesariamente con su causa. Esta comprobación es de gran importancia en los contratos sinalagmáticos, porque en estos contratos, como hemos dicho, el contratante se obliga a fin de obtener la prestación que en cambio le ha sido prometida. Si la fuerza mayor o la mala voluntad de la otra parte se oponen a la ejecución de esta prestación, su obligación cesa de tener causa, y por lo mismo se ve liberado con pleno derecho, o puede pedir la rescisión (resolución) del contrato y la restitución de lo que él dio”*⁸¹.

También señala como argumento el desprestigio que ha tenido el principio *res perit creditoris* en el derecho comparado, señalando que *“en materia de Derecho Comparado, la solución moderna, basada precisamente en la interdependencia de las obligaciones que genera el contrato bilateral, es la opuesta a la vigente en Chile: los riesgos son para el deudor. Extinguida la obligación del deudor por imposibilidad de ejecución, se extingue*

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 412

⁸¹ CAPITANT, HENRI *En*: LÓPEZ SANTA MARÍA, Óp. Cit., p. 413

*también la obligación recíproca del acreedor” y cita como ejemplos los códigos civiles de Alemania, Suiza, Argentina, Perú e Italia, que respecto al riesgo en las obligaciones de dar, consagran el principio *res perit debitoris*.*

Por último, el autor estima que tanto la equidad como la buena fe sirven de fundamento para acoger la solución que pone el riesgo de cargo del deudor. Se basa en que *“la interdependencia de las obligaciones creadas por el contrato bilateral y la doctrina de la causa conducen a pensar que lo más equitativo y lo técnicamente correcto es admitir, cuando se extingue la obligación de una de las partes por imposibilidad de ejecución, que deba también extinguirse la obligación correlativa: el riesgo en consecuencia sería para el deudor (*res perit debitoris*), quien perderá la cosa debida, sin recibir nada en cambio”⁸²*. Por lo mismo, si bien en las obligaciones de dar existe texto legal expreso estableciendo la regla contraria, en las obligaciones de hacer no existe, por ende, para ellas el riesgo sería del deudor.

El profesor Abeliuk comparte la posición del profesor López Santa María, pero basándose únicamente en la interdependencia de las obligaciones, señalando que *“si cada una de ellas se obliga, es porque espera recibir la prestación contraria; si el comprador, en el ejemplo utilizado, se compromete al precio, es porque desea tener un automóvil. Si tuviera el riesgo de no obtenerlo en definitiva, no se comprometería a pagar el precio. Y así, en todo contrato bilateral. Luego, es lógico y equitativo que si por accidentes que están más allá de su potestad, en definitiva no va a recibir su contraprestación, tampoco quede obligado a cumplir la propia que por la imposibilidad ajena ha quedado desprovista de toda razón de ser, de causa, como dirían los causalistas; aunque esto último no es del todo exacto, porque la causa existió al tiempo del contrato; es un hecho posterior el que priva de toda razón de ser a la contraprestación que no se ha hecho imposible. Se ha pretendido justificar la posición contraria, diciendo que es una contrapartida al beneficio que la ley otorga al acreedor de percibir los aumentos y mejoras de la cosa cuya entrega se le deba, pero semejante ventaja es muy pobre frente al riesgo que importa no recibir nada a cambio del propio cumplimiento”⁸³*.

⁸² LÓPEZ SANTA MARÍA, Óp. Cit., p. 427

⁸³ ABELIUK, Óp. Cit., p.736

Respecto a los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ya hemos expuesto sus razones para estar en contra de la aplicación por analogía. Ellos también opinan que la regla general es que el riesgo sea del deudor, señalando que “*está de acuerdo con la intención de los contratantes y con el hecho de que en los contratos bilaterales las obligaciones están íntimamente relacionadas. Y se dice que soporta el riesgo el deudor porque no puede exigir el cumplimiento el otro contratante*”⁸⁴. Al igual que el profesor Abeliuk, consideran que frente al vacío existente respecto a las obligaciones de hacer, la equidad indica que ello sería lo procedente.

2.3.5 Críticas a las posturas modernas.

Al igual que señale al realizar la críticas a la postura clásica, hay que tomar en cuenta el rechazo general que la doctrina tiene hacia la regla *res perit creditoris* en el derecho civil chileno. Sin embargo, aquello no puede ser obstáculo para criticar una postura que comete ciertos errores no menores.

Comparto la opinión de los autores referidos de que las obligaciones de hacer pueden ser objeto de la teoría clásica de los riesgos, pues las obligaciones que componen el contrato pueden verse extintas por la imposibilidad de ejecución. Sin embargo, el argumento respecto al rol de la causa y de la interdependencia de las obligaciones en dicha teoría escapa a lo admisible en nuestro derecho.

En primer lugar, la causa no tiene en nuestro derecho el rol que le otorga Capitant. El concepto de causa en nuestro derecho civil ha sido objeto de intenso debate. No obstante, el Artículo 1467 del Código Civil le define como “*el motivo que induce el acto o contrato*” el cual debe ser real y lícito. Sin embargo, el rol de la causa se encuentra en la época de celebración del contrato, como se deduce del texto del Artículo 1445 del mismo código. De igual manera piensa el profesor Rodríguez Grez, pues ello conllevaría a pensar en una nulidad sobreviniente, figura sin ningún sustento en nuestro derecho.⁸⁵ El mismo profesor Abeliuk admite que la noción de causa que prima en nuestro contrato es la de causa final, entendida como “*la razón por la cual el deudor contrae su obligación, y que es igual y*

⁸⁴ ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, Óp. Cit., p. 93

⁸⁵ RODRIGUEZ GREZ, Óp. Cit., p. 139

*pareja para todas las obligaciones de la misma especie*⁸⁶. De lo cual se deduce que es en el momento de celebración del contrato donde debe estar presente este contrato.

En cuanto a la idea de interdependencia de las obligaciones, también considero que está mal entendida por la doctrina. La interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales descansa, en opinión de la doctrina que apoya esta visión, en la definición que el Código Civil entrega de ellos. El Artículo 1438 define contrato como “*acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”; el Artículo 1439, que señala que serán bilaterales cuando “*las partes contratantes se obligan recíprocamente*”. El concepto de reciprocidad está comprometido en la creación de este tipo de contratos. De esta manera, ni los contratos sinalagmáticos imperfectos son obligados a esta reciprocidad, solo los bilaterales originarios. Sin embargo, nuestra doctrina en general ha confundido este concepto y el de interdependencia, basándose en que la causa o fundamento de cada una de las obligaciones del contrato bilateral es la obligación contrapuesta. Sin embargo, “*¿cómo puede tener una su causa en la otra, si ambas deben surgir simultáneamente [...] para que exista contrato bilateral? No se sirven de apoyo, ni una justifica a la otra, simplemente ambas son imprescindibles para formar la simetría o contrapartida que es característica esencial de los contratos bilaterales. Como ya afirmó Planiol, un efecto y su causa no pueden ser exactamente contemporáneos*”⁸⁷. El profesor Krebs lo ilustra de manera contundente con 2 argumentos que es necesario exponer:

1.- Argumento Histórico.

El profesor Krebs, basándose en el profesor Alonzo Pérez y el jurista Gayo, lo enuncia diciendo que “*en el Derecho romano, el concepto de reciprocidad distaba mucho del actual. Gayo, quien trató los contratos bilaterales en sus escritos, sostenía que de ellos dimanaban, por efecto del simple consentimiento, obligaciones simétricas y correlativas; pero tal correlatividad no implicaba para él la interdependencia de las cargas, sino, tal como dice, simetría y contraposición. La idea de interdependencia parece tener su origen en las*

⁸⁶ ABELIUK, Óp. Cent., p. 20

⁸⁷ ALONZO PÉREZ, MARIANO En: KREBS POULSEN, CLAUS, La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”, [en línea], *Revista Chilena de Derecho*, 1999, vol. 26, n.4. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650134.pdf>>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016], p. 849

obras de los canonistas, quienes vieron el contrato bilateral como el ejemplo típico de contrato que procura el cambio de bienes y al que debían aplicarse, por tanto, las reglas de la justicia conmutativa. Ello implicó afirmar el más absoluto principio de interdependencia entre las prestaciones, con la consecuencia de que si una de las partes no cumplía, la otra quedaba desligada de su compromiso. Esta doctrina, de inspiración más moral que propiamente jurídica, fue recogida por Dumoulin, Domat y Pothier, y consagrada finalmente en el artículo 1102 del Código Civil francés.” No le parece correcto al autor ello, pues además del cambio de concepto, sería contrario a la fuerza obligatoria de los contratos. Si desapareciese su obligación correlativa, podría tener una influencia indirecta, pero jamás causal. Por lo demás, según el estudio del profesor Krebs, *“lo admitieron también Pothier y los redactores del Código, a pesar de caer con ello en contradicción con sus ideas antes expuestas: establecieron un procedimiento judicial de resolución para dar remedio a las infracciones contractuales”*⁸⁸. Todo lo cual se ve apoyado por el profesor Alonzo Pérez, quien señala que *“al igual que cada platillo necesita del otro para formar la balanza y ambos deben conjugarse armónicamente, pero cada uno cumple su cometido en coordinación y no subordinado al otro, así las obligaciones correlativas se corresponden mutuamente, pero cada una ha nacido y ejerce su función con independencia de la otra. Expresión de intereses diversos, tienden a satisfacerlos coordinadamente, pues esa misma diversidad de intereses impide que las obligaciones se supediten entre sí”*⁸⁹. Es evidente de lo anterior que el concepto de reciprocidad se mira desde la simetría y coordinación de las obligaciones, no de la mutua subordinación de ambas.

2.- Argumento Etimológico.

La idea de “sinalagma” ha sido utilizada por parte de la doctrina para dar entender que en los contratos sinalagmáticos perfectos, empleándolo como sinónimo de bilateralidad o reciprocidad. Sin embargo, el profesor Krebs, basándose en lo recabado por el profesor Alonzo Pérez, pone en evidencia que aquello no es cierto. La palabra “sinalagma” significa originariamente el acuerdo de voluntades mismo o contrato, por lo que decir contrato sinalagmático sería equivalente a decir contrato contractual. Por lo tanto, y aun admitiendo el autor que muchas veces puede mutar el significado de una palabra en uno distinto, es

⁸⁸ KREBS POULSEN, Óp. Cit., p. 849

⁸⁹ ALONZO PEREZ, MARIANO En: KREBS POULSEN, Óp. Cit., p.850

más saludable en su opinion atender a la raíz del concepto: Los contratos bilaterales son aquellos en que las dos obligaciones correlativas se engendran al mismo tiempo, pero que son independientes entre sí.⁹⁰

En mi visión particular de esta problemática, comparto los argumentos referidos por el profesor Krebs y el profesor Alonso Pérez. Me parece que la reciprocidad y la clasificación en bilaterales y unilaterales tienen su atención en la celebración del contrato, no en la vida del mismo. Si fuera así, no debiese hablarse de contratos sinalagmáticos imperfectos, pues quedarían subsumidos dentro de una u otra clasificación y se variarían las reglas que los reglamentan, en muchos casos, de un modo inesperado por las partes. Por lo mismo, este tipo de contratos son verdaderamente unilaterales; solo acontece que por una disposición legal, nace un contrato unilateral nuevo entre ellas, con su propia obligación independiente del anterior. Como se verá más adelante, esto tiene especial importancia al repartir el riesgo contractual que estudia la teoría clásica de los riesgos.

En cuanto a la opinion de los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic, la comparto en cuanto a su fundamento de principios. La buena fe y la equidad hacen que, en la gran mayoría de las obligaciones de hacer, lo procedente sea que el deudor asuma el riesgo. Aquello no se contradice con lo que opino sobre la aplicación de la regla del genero respecto a estas que ya planteamos en este trabajo; la solución señalada solo plantea muy puntuales excepciones, donde verdaderamente operaria la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir que ya hemos mencionado; en todas ellas la imposibilidad de ejecución ha extinguido el género por completo, siéndoles aplicables las reglas que toda la doctrina comparte; el riesgo es del acreedor, pero solo en cuanto que debe soportar el ver insatisfecho su interés. Sin embargo, aquello no necesariamente quiere decir que el acreedor deba cumplir igualmente su obligación en esta clase de obligaciones, al igual que las obligaciones de entrega de cuerpo cierto, sea esta de hacer o de dar en aplicación del Artículo 1550 del Código Civil, como plantea el profesor Rodríguez Grez. Respecto al resto de obligaciones de hacer, es decir, aquellas en que no existe la entrega de un cuerpo cierto, existe un regla diferente en el Código Civil. No puede estimarse que el legislador las quería integrar dentro de la misma regla; de quererlo, no las hubiera limitado solo a estas, por lo que más adelante en este trabajo intentare dar una posible solución respecto

⁹⁰ *Ibíd.* Al igual que el profesor Krebs, con el fin no confundir al lector, usaremos igualmente el termino sinalagmático, pero siempre teniendo en cuenta lo ya dicho al respecto.

a esta situación. Solo es preciso repetir lo dicho anteriormente; dependerá de la noción de incumplimiento y la distribución de este como riesgo contractual si es procedente o no que el acreedor cumpla o no, situación que definiremos en el siguiente capítulo de esta tesis.

2.4 Marco doctrinal de la distribución de los riesgos de la excesiva onerosidad sobreviniente.

A modo de advertencia antes de profundizar en la excesiva onerosidad sobrevinida, debemos recordarle al lector que al inicio de este trabajo⁹¹ definimos lo que debía considerarse como las situaciones propias de dicha problemática. Esta institución a menudo se ha confundido con la “Teoría de la Imprevisión”, a pesar de que lo cierto es que dicha teoría propone solución a uno solo de los escenarios propios de la excesiva onerosidad sobrevinida. En este punto, intentare aportar respecto a estos escenarios y la teoría de la imprevisión, pero desde lo que es el objeto de esta investigación, los riesgos contractuales.

2.4.1 Conceptualización de la excesiva onerosidad sobrevinida y a teoría de la imprevisión.

Como recién hemos mencionado, la excesiva onerosidad sobreviniente comprende tanto la teoría de la imprevisión, con su escenario de aumento de gravosidad de la obligación del deudor, como en el segundo ámbito de aplicación; la disminución de la utilidad de la contraprestación de la contraprestación a la que tiene derecho. En realidad, ambas situaciones son dos caras de la misma moneda; en ellas solo el deudor no vera satisfecho su interés en el contrato, pues por el acaecimiento de circunstancias extrañas a las partes, la utilidad que tenía el contrato para él se verá gravemente perjudicada, sea por ser más gravoso en un caso, o menos útil el cumplimiento que se le debe en el otro. Ahora nos detendremos en cada una de ellas⁹².

⁹¹ Véase p. 9, ya que utilizaremos el concepto del profesor Gavidia, el cual incluye tanto el aumento de gravosidad de la obligación propia, como el detrimento de la utilidad de la obligación de la contraparte.

⁹² Si bien lo que se diga en los siguientes puntos le será aplicable tanto a las obligaciones de dar, de hacer y no hacer, por lo extenso que sería su tratamiento completo y que se excedería los límites de este trabajo, nos limitaremos a analizar la situación de las obligaciones de hacer, objeto de la presente tesis.

2.4.1.1 Aumento de la gravosidad de la obligación del deudor.

Esta faceta se comprende dentro de la denominada Teoría de la Imprevisión, la cual ha sido objeto de intenso estudio en nuestra doctrina como ya dijimos anteriormente.⁹³ Su primer expositor el profesor De la Maza, quien realizó su tesis de pregrado en el presente objeto de análisis, haciendo un gran aporte al derecho civil chileno. En dicho estudio, el autor profundiza de manera detallada y acuciosa en ella, dotándole de determinados requisitos⁹⁴:

A. Debe ser imprevisible en el momento de nacer la obligación.

De haberlo podido prever las partes al momento de la celebración del contrato, hubieran estipulado su manejo por parte del contrato. Sin embargo, esta afirmación que parece tan evidente, llevado al mundo real puede llevar a errores graves, desde la perspectiva de los riesgos contractuales. Si bien compartimos la opinión del profesor De la Maza respecto a que no es igual hablar de caso fortuito y de imprevisión, pues en esta última no concurre la irresistibilidad que le es propia al caso fortuito como causal de exención de responsabilidad, el mismo autor reconoce que lo que él denomina “elemento subjetivo de la imprevisión” está determinado por la capacidad de las partes de poder razonable y lógicamente prever. Es necesario apreciar que, en realidad, aquello no sería un elemento subjetivo; no se mira si las partes particular pudieron preverlo, sino más bien si un hombre obligado por el deber de diligencia propio del contrato afectado hubiera podido preverlo. El juicio no es subjetivo, si no objetivo sobre la posición de cada una de las partes, como profundizaremos en el siguiente capítulo cuando nos refiramos a tal elemento en el caso fortuito.

B. Debe ser independiente de las partes.

En otras palabras, debe ser externo a ellas. Sin deseo de profundizar en este aspecto, que también trataremos respecto al caso fortuito más adelante, nos limitaremos a anunciar que la externalidad de dicho riesgo se verá determinado por la esfera de control sobre los mismos que tendrá el deudor afectado. Si queda dentro de su esfera de control, deberá

⁹³ Véase p. 24-25

⁹⁴ DE LA MAZA RIVADENEIRA, Óp. Cit., punto n° 18 y siguientes, donde se da forma a los requisitos de esta teoría, los cuales expondremos a continuación.

asumirlo, pues no le sería externo. En caso contrario, le sería auténticamente externo u ajeno a las partes.⁹⁵

C. Debe producir una alteración o perturbación tan extraordinaria y grave en las condiciones normales de la vida social, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas de los individuos, que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista.

No es cualquier perturbación la que debe suceder. Debe ser de tal envergadura que el deudor no hubiera contratado de poder prever el riesgo en cuestión. Es más, el descalabro debe ser extraordinario y grave en las condiciones normales de la vida social. Por lo tanto, para esta teoría no cualquier turbación es suficiente. El profesor De la Maza lo expone diciendo que *“se exige, como condición positiva, que la ejecución de la obligación se dificulte en forma considerable, se haga exorbitantemente gravosa o imponga un perjuicio apreciable, porqué, de no ser así, no existiría razón ninguna para liberar al deudor; más aún sería una injusticia hacerlo, puesto que se privaría al acreedor de parte de sus ventajas, sin un beneficio justo para el deudor. Se exige que el hecho no haga imposible en absoluto la ejecución de la obligación, pues, en caso contrario, nos encontraríamos frente al caso fortuito o fuerza mayor, ante el imprevisto a que es imposible resistir (...) no se trata, por tanto, de favorecer a la parte que tropieza con una dificultad o sufre una pérdida normal. El contrato tiene por objeto asegurarse contra el porvenir contra los riesgos normales de futuro; no es posible destruir sus ventajas, pues ello significaría hacerlo desaparecer. La parte perjudicada contrató con la mira de obtener ciertos beneficios; si obtiene pérdidas o tropieza con dificultades normales, ella las debe soportar. “Hay que estar a las duras y a las maduras”, es también un aforismo de derecho.”*⁹⁶. Pero es necesario, en mi opinión, prevenir inmediatamente sobre la naturaleza de ese caso fortuito al que hace referencia. Como vimos al tratar la imposibilidad de ejecución y profundizaremos en el capítulo tercero en detalle y también, el rol del caso fortuito es liberar de la responsabilidad en el incumplimiento, no extinguir la obligación liberando al

⁹⁵ Parece necesario aclarar que, en mi opinión, la teoría de la imprevisión comparte dos de elementos que le son propios al caso fortuito: la externalidad y la imprevisibilidad. Sin embargo, no se identifica con él, pues la imprevisión no causa un daño irresistible, por lo que cobra fuerza como institución distinta de aquel, que integra alguno de sus elementos en ella, pero sumados a los que le son propios. En la misma línea del profesor Abeliuk, quien señala que *“en la fuerza mayor provocan una imposibilidad absoluta de cumplimiento, mientras que la imprevisión ocasiona una dificultad mayor o menor, pero que se traduce en un desembolso exagerado para el deudor; éste puede cumplir, pero con un gran sacrificio pecuniario; en el caso fortuito, no puede hacerlo”* ABELIUK, Óp Cit., Tomo II, p.537

⁹⁶ DE LA MAZA RIVADENEIRA, Óp. Cit., punto nº 19

deudor de ella. Aquello es propio del modo de extinguir mencionado, el cual integra el caso fortuito dentro de sus elementos. El profesor De la Maza reafirma lo dicho más adelante en su trabajo, al decir que *“de acuerdo, con el aforismo de que “a lo imposible nadie está obligado”, el caso fortuito o fuerza mayor, exime de responsabilidad al deudor por el incumplimiento (1547) o por el retardo en el cumplimiento (1558) de sus obligaciones”*⁹⁷.

D. Debe afectar a todo un grupo de contratantes.

Es decir, a la parte deudora de la obligación en general, independiente si es uno o varios deudores. El profesor De la Maza lo argumenta diciendo que *“es necesario que la situación de toda una categoría de contratantes se encuentre afectada, porque no es posible contemplar la situación de un deudor determinado, aunque sea más justo en apariencias, desconociendo con este fin la fuerza obligatoria de los contratos, introduciendo la inseguridad en el seno de las relaciones económicas, atentando contra la estabilidad de las transacciones, no parece conveniente”*.⁹⁸

E. Sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación, debe dificultarla en forma considerable, hacerla exorbitantemente más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave.

Respecto a la naturaleza gravedad de del perjuicio ya se ha referido lo pertinente. Sin embargo, nos detendremos en este punto para hablar sobre de qué tipo de imposibilidad operaría en este caso. No es la imposibilidad absoluta, propia del modo de extinguir y del caso fortuito que lo compone; la teoría de la imprevisión exige meramente una imposibilidad relativa del deudor, quien en vista de la aumento de la gravosidad de la obligación, si ejecutara la obligación, se vería gravemente perjudicado, a pesar de recibir lo esperado. En definitiva, el sacrificio que se le impone en el cumplimiento no se corresponde equitativamente con su ganancia. Por tanto, lo que hay que analizar en esta teoría en cuestión no es la distribución de una pérdida de la obligación, sino de un deterioro en la utilidad de la misma para el deudor.

F. Solo tiene cabida en las obligaciones de ejecución diferida o de tracto sucesivo.

⁹⁷ *Ibíd.*, punto nº 70

⁹⁸ *Ibíd.*, punto nº 19

Aquello es evidente. No puede hablarse de un suceso que afecta la obligación en el tiempo si esta nace, se cumple y se extingue en un mismo instante. El profesor De la Maza lo señala, refiriendo que *“la teoría de la imprevisión tiene necesariamente que suponer obligaciones que tengan duración en el tiempo - prestaciones sucesivas o diferidas - o que no están completamente ejecutadas. De otro modo no es posible concebir que sobrevengan acontecimientos imprevisibles y esto es de la esencia de la teoría de la imprevisión. En los casos de obligaciones de ejecución instantánea, el problema se relaciona con la teoría de la lesión o de la causa y no con la que estudiamos”*⁹⁹.

Reunidos los requisitos mencionados, la teoría de la imprevisión otorga una solución basándose en ciertos argumentos que ya detallaremos. Su solución es la revisión judicial del contrato que está siendo afectado por el aumento de la gravosidad de la obligación del deudor, con el fin de mitigar los efectos que le son perjudiciales al deudor. En palabras del profesor De la Maza, *“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 en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen, perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue, a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas”*¹⁰⁰.

2.4.1.2 La disminución de la utilidad de la contraprestación que el deudor tiene derecho a esperar, sin el devaluación alguna en la gravosidad de la propia obligación.

Como ya mencione, este escenario se puede estimar también como una excesiva onerosidad sobrevenida. Para entender lo propuesto, es necesario recurrir a dos nociones de nuestro derecho que deben integrarse a lo expuesto por el profesor De la Maza.

La primera de ellas es la onerosidad, la cual nuestro Código Civil estipula en su Artículo 1440 que un contrato será oneroso cuando *“tiene por objeto la utilidad de ambos*

⁹⁹ *Ibíd.*, punto nº 47

¹⁰⁰ *Ibíd.*, punto nº 20

contratantes gravándose cada uno a beneficio de otro". En este lineamiento, el perjuicio causado es grave, tanto en el aumento de gravosidad como en la disminución del beneficio que obtendría el deudor por su cumplimiento, cuando el perjuicio es de tal magnitud, que se pierde el carácter de "útil" o "beneficioso" para la parte afectada que deriva del cumplimiento de la obligación contraída.

La segunda noción que es necesario integrar es la conmutatividad de los contratos, ya que nuestro Código Civil en su Artículo 1441 define los contratos conmutativos como aquellos en que *"cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez"*. Es necesario tomar en cuenta que la excesiva onerosidad sobrevenida solo puede tener cabida en contratos conmutativos, pues en los aleatorios, que son aquellos en que se contrata una contingencia incierta o la suerte, las disminuciones en la utilidad de la contraprestación son de cargo del acreedor, quien contrato a sabiendas de que podía no obtener el beneficio esperado. El profesor De la Maza lo explica señalando que *"caracteriza, entonces, y constituye la esencia del contrato aleatorio el hecho de que las ganancias o pérdidas para las partes que lo celebran, dependen de acontecimientos inciertos, de sucesos desconocidos de los contratantes. Y estos acontecimientos inciertos no sólo pueden ser hechos particulares que sólo afecten a las partes que han celebrado un determinado contrato, sino también acontecimientos generales que trastornen en un determinado aspecto la vida colectiva y las relaciones económicas. Ahora bien, siendo de la esencia de la teoría de la imprevisión el que sobrevenga estos acontecimientos imprevisibles, es inaplicable a las obligaciones que nacen de contratos aleatorios, ya que éstos suponen la intención que tienen las partes de mantenerse inalterablemente obligadas no obstante la sobrevenga de esos acontecimientos. Admitir, en este caso, la teoría de la imprevisión, sería destruir la esencia misma del contrato aleatorio, sería hacerlo desaparecer"*¹⁰¹.

Una vez hechas estas prevenciones, es justo preguntarse si esta disminución de utilidad se encuadra en los requisitos de la teoría de la imprevisión. La respuesta a mi entender es positiva. Salvo el elemento del aumento de gravosidad en la obligación propia del deudor, que se reemplazaría por la disminución en la utilidad de la contraprestación a la que tiene derecho de manera grave y apreciable, los elementos son iguales. Debe ser por

¹⁰¹ *Ibíd.*, punto nº 48.

causas externas a las partes; debe afectar las condiciones normales de la vida social de tal forma que el deudor no hubiese contratado de haber sabido tal disminución en la utilidad; debe ser imprevisible dicha disminución de utilidad; debe afectar a todos los deudores, no solo a uno de ellos; no debe hacer absolutamente imposible la ejecución de la obligación; y solo tendrá cabida en los contratos de ejecución diferida o tracto sucesivo.

En cuanto al perjuicio grave y apreciable, en el cual se traducía el aumento de gravosidad, es evidente que el deterioro del beneficio que esperaba el deudor, es decir, la disminución de la contraprestación del acreedor, debe ser caracterizado como tal. Lo que es importante no es la obligación afectada, sea de uno o de otro, sino el perjuicio en sí mismo. Por lo que siempre que esta utilidad se pierda para la parte afectada por ese daño, se estaría hablando de un perjuicio grave y apreciable. En cuanto a que se considera grave y apreciable será materia del juez determinar si el perjuicio ocasionado reúne tales características.

2.4.1.3 Fundamentos de la teoría de la imprevisión.

Han existido diversas justificaciones para la teoría de la imprevisión a lo largo de la historia. Sin embargo, no nos interesan todas ellas; nos importan las consideraciones que se han tomado en nuestro país para fundamentarla. El profesor De la Maza se ha fundado en tres visiones distintas que entiende que sirven de base en Chile para defender esta teoría¹⁰².

A. Predominio de la noción moral.

Este fundamento es defendido por el jurista Ripert, quien establece que la moral, de ser imposible de coordinar con las consideraciones económicas del contrato, debe predominar sobre ellas. De aquello deriva que la moral exige en todo contrato cierta equivalencia en las prestaciones, ya que si primaran solo las consideraciones económicas, el acreedor estaría cometiendo una injusticia enorme, a través del uso excesivamente riguroso de su derecho.

B. La noción de derecho como límite.

¹⁰² *Ibíd.*, punto nº 41

Esta idea es creída por el jurista Bonnacase, quien cree que la idea de Derecho se basta a sí misma, sin necesidad de la moral. Por lo que tomando en cuenta que el equilibrio de las prestaciones e interés de las partes es principio fundamental del derecho, y que el derecho se basa en la justicia, toda norma positiva que atente contra la justicia y dicho equilibrio esencial para el derecho deja de ser norma jurídica para pasar ser una imposición social arbitraria.

C. Rol económico y social del contrato.

Esta posición es sostenida por Demogue, quien cree que la fuerza obligatoria de los contratos, consagrada en nuestro país en el Artículo 1545 del Código Civil, no se ve contrariada por la necesaria reglamentación que debe hacerse para distribuir las desgracias que puedan suceder en la vida. Así, la interpretación a favor del deudor del Artículo 1566 y la moderación de la indemnización del Artículo 1558, ambas normas del Código Civil, sirven como prueba de que dicho principio no es absoluto. Desde el punto de vista social, un contrato cumple su función de creador y distribuidor de la riqueza mediante la satisfacción de las necesidades, pues las partes se asocian por un interés común. Solo en menor medida, son generadores de derechos individuales y promotor de intereses individualistas. Por lo tanto, frente a cambios imprevistos y al ser el contrato un ser vivo, debe adaptarse, pues el respeto absoluto del contrato es contrario a su propio fin. La imprevisión no es una solución perfecta; puede prestarse a abusos, pero frente a un problema mayor, como entorpecer su misma esencia, debe preferírsele.

D. La opinión del profesor De la Maza.

Para el autor, la imprevisión surge del conflicto entre la noción económica de seguridad contractual, propio de la fuerza obligatoria de los mismos, y las nociones de moral, justicia y el rol económico y social del contrato, necesarias todas para la equivalencia de las pretensiones que les es fundamental, con el fin de proteger de la ruina a un elemento del progreso económico.

Para él, son las nociones antes descritas las que le sirven de fundamento para, en abstracto, estar de acuerdo con lo planteado por la teoría de la imprevisión. Sin embargo, el profesor De la Maza cree necesario reformar la ley para poder considerar la aplicación de la imprevisión en el Derecho Chileno.

2.4.2 Argumentos en contra de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

La piedra de tope en contra de esta teoría es nuestro Artículo 1545 del Código Civil consagra la fuerza obligatoria de los contratos. Este artículo reza que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Aquello ha servido tradicionalmente de base para consagrar, la inmutabilidad de toda relación contractual, es decir, la intangibilidad del contrato, dejándole solo dos caminos al deudor: ejecutar íntegra y oportunamente la obligación, o bien, pagar la indemnización que corresponda cuando le condenen por su incumplimiento. Comparto la opinión del profesor De la Maza, pues nuestro Código Civil, cuando ha requerido la intervención del juez para encontrar esta solución, lo ha dicho expresamente. Por ejemplo, respecto a la imposibilidad de cumplimiento del modo en la forma particular prescrita por el testador, del Artículo 1093 inciso 2º, que consagra que *“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”*. Cuando se ha querido entregar la facultad de variar las circunstancias del acto jurídico al juez, el legislador así lo ha dispuesto, pero no lo hace respecto como regla general, lo hace en situaciones puntuales.

Por esta valla insalvable que considera que es el Artículo 1545, según el profesor De la Maza, el mismo plantea que la solución es que la respuesta se encuentre por el legislador, no por vía del juez. Según él, el legislador originario no plantea una solución respecto a la excesiva onerosidad sobrevenida, por lo que es de responsabilidad del legislador actual llenar ese vacío. El profesor plantea una enmienda legal en los siguientes términos: *“Sobreviniendo acontecimientos imprevisibles e independientes de la voluntad de las partes que, como consecuencia de un trastorno grave de la normalidad, hagan exorbitantemente más onerosa o difícil la ejecución de las obligaciones emanadas de contratos sucesivos o a plazo, cualquiera de los contratantes podrá recurrir ante la justicia 1º En caso de un trastorno temporal, solicitando que la ejecución de esas obligaciones sea suspendida; 2º En caso de alteraciones definitivas, solicitando la revisión de las condiciones del contrato, que se llevaría a efecto de común acuerdo o, en el evento de no producirse este acuerdo, la resciliación de él. El tribunal, conociendo breve y sumariamente de esta solicitud, pronunciará la suspensión o la resciliación en su caso,*

*con indemnización de perjuicios, pero reduciendo el monto de éstos a la suma que en situaciones normales habrían alcanzado”.*¹⁰³

De la misma opinión es el profesor Abeliuk. Él define la imprevisión como “*la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa*”¹⁰⁴. El profesor reconoce que esta problemática se produce por el debate entre las doctrinas clásicas, que protegen la seguridad contractual, las cuales son propias de los códigos del siglo XIX, y las doctrinas modernas de los códigos del siglo XX, que protegen la buena fe y la equidad sobre la seguridad contractual. Por lo anterior, y en armonía con el Artículo 1545, para don Andrés Abeliuk es claro que nuestro código se inclina por la seguridad contractual, por el principio *pacta sunt servanda*, pero no se detiene ahí. El autor cita disposiciones del Código Civil a favor¹⁰⁵ y en contra¹⁰⁶ de la modificación del contrato¹⁰⁷. En vista de aquellas normas, para el profesor Abeliuk, la situación podría considerarse difusa. Sin embargo, frente a la pregunta si puede aplicarse la teoría de la imprevisión como regla general, señala que “*la respuesta es negativa; desde luego hay que destacar, como lo reconocen aun quienes piensan lo contrario, que la institución no está expresamente contemplada, por obvias razones de época, en disposición general alguna; ella tiene que resultar de los principios y preceptos de carácter general. Y es por ahí donde no puede penetrar la imprevisión, porque se estrella irremediamente la institución; fundamentalmente es el Art. 1.545 el que la excluye, pues el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es*

¹⁰³ *Ibíd.*, punto nº 80

¹⁰⁴ ABELIUK, Óp. Cit., p. 536

¹⁰⁵ Artículo 332, sobre los alimentos, el cual toma en cuenta las circunstancias que los motivaron para su legitimidad; Artículo 1496, sobre la caducidad del plazo en caso de insolvencia notoria lo cual faculta a exigirse el pago antes de tiempo; Artículo 2180, sobre la restitución anticipada por circunstancias externas en el comodato; Artículo 2227, en el depósito, es posible la restitución anticipada cuando el depósito cause perjuicios graves o esté en peligro en manos del depositario; y el Artículo 2348 Regla Nº 3, en la fianza, respecto a la facultad del acreedor de exigirle a su deudor que preste fianza en caso de ausentarse del Estado con ánimo de establecerse en otra parte y siempre que no deje bienes suficientes para satisfacerle la deuda contraída. ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p.539.

¹⁰⁶ Artículo 1983, respecto al colono, no tendrá derecho a pedir rebaja por caso fortuito que cause deterioros o pérdidas; Artículo 2199, hoy derogado, respecto a los deterioros en valor de la moneda en el contrato de mutuo, los cuales debían ser soportados por deudor; Artículo 2003; el cual plantea dos situaciones diversas. En su regla Nº 1, que establece que el empresario no podrá pedir aumento del precio por encarecimiento de los jornales o de los materiales, o bien producto de agregaciones y modificaciones al plan primitivo, salvo que se haya pactado precio especial respecto a dichas modificaciones. Sin embargo, su regla Nº 2 consagra un tipo de imprevisión, en caso que circunstancias desconocidas, como un vicio del suelo, encarezcan la obra, ya que en caso del que el acreedor no autorice dichas obras, con el consiguiente aumento del precio, el empresario podrá solicitar al juez que modifique el precio si se cumplen las características necesarias para ello. *Ibíd.*, p. 540

¹⁰⁷ En el capítulo III de este trabajo, se hablara más en detalle de algunas de estas situaciones, especialmente sobre las reglas de confección de obra material.

por voluntad de las partes, o por las causales legales. Y entre ellas no está la imprevisión¹⁰⁸. Y lo reafirma el hecho de que en materia civil, según nuestra jurisprudencia, los jueces no tienen más facultades que las que le otorga la ley; la revisión judicial de los contratos como regla general no es una de ellas. Finalmente, el autor concluye diciendo que *“parece claro que la imprevisión no puede aceptarse como de orden general, pero cabe preguntarse si conviene su introducción entre nosotros. Nos inclinamos por la afirmativa, pero sujeta a estrictas condiciones, de manera de evitar que se convierta en un pretexto más para los deudores inescrupulosos, a fin de eludir o postergar su cumplimiento en largos pleitos”*¹⁰⁹. El profesor Abeliuk, como se puede concluir, es de la misma opinión del profesor De la Maza.

En la misma línea de ideas, el profesor Momberg señala el mismo argumento de la jurisprudencia del profesor Abeliuk, refiriendo nuestra Corte Suprema es clara al señalar en su sentencia clásica del 10 de Enero de 1925 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...”*¹¹⁰. En mi opinión, parece que este pronunciamiento de la Corte Suprema es significativo y consecuente con nuestro Derecho, pues de otorgársele la facultad de modificar los contratos a los jueces, se vulnerarían principios básicos del derecho en general, como lo es la esfera de poderes de la autoridad frente a los particulares.

2.4.3 Argumentos a favor de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

No obstante lo señalado, existen en la doctrina autores que defienden la aplicación de la teoría de la imprevisión por medio de la aplicación judicial de ella, sin necesidad de modificación legal alguna. Son los más emblemáticos el profesor Fueyo Laneri y el profesor Dörr Zegers, que analizaremos primero, para luego proseguir con otras posiciones.

¹⁰⁸ ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II p.540

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 541

¹¹⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 23, Santiago, 1926, sección primera, p. 423, En: MOMBERG URIBE, RODRIGO. Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile, [en línea], Revista Chilena de Derecho Privado, 2010, n.15. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200002&lng=es&nrm=iso> [Consultado: 03 de Octubre de 2016], p. 38. Ya profundizaré más en la jurisprudencia moderna en el apartado abocado a ello.

El profesor Fueyo¹¹¹ reconoce que el problema implica determinar si el principio *pacta sunt servanda*, consagrado por el Artículo 1545 del Código Civil, que se traduce en que el contrato debe cumplirse en los mismos términos en que se convino, tiene sus limitaciones en nuestra legislación o es absoluto. Frente a esta problemática, el profesor plantea cuatro escenarios posibles. El primero, que la legislación positiva contenga reglas que expresamente consagren la teoría en estudio; aquello sucede en nuestra legislación respecto a casos específicos según el autor, pero no hay una consagración expresa como norma general. Si lo hubiera, no habría discusión alguna. El segundo escenario es que se dicten leyes especiales en un momento determinado, con motivo de resolver esas situaciones extraordinarias. También se plantea en contra de esta solución, pues los casos en que podrían suceder situaciones que trastorquen el contrato son infinitas, por lo que, salvo situaciones excepcionalísimas como el caso de la ley N° 14.959 sobre cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera, no es un buen método para solucionar la imprevisión. El tercer contexto sería que las partes hubiesen establecido reglas para estos sucesos imprevistos y extraordinarios para regular sus efectos en el contrato, sea asumiéndolos una de ellas o estableciendo la revisión del contrato para restablecer el equilibrio perdido. Es evidente que si las partes han suscrito reglas al respecto, no existe verdaderamente imprevisión. Las partes si tuvieron en cuenta las circunstancias que sirven de base para la teoría de imprevisión, por lo que se seguirán las reglas por ellas establecidas, basándose en la autonomía de la voluntad de ellas. El último escenario es el caso de nuestro país; no hay legislación que solucione la problemática, pero es posible alcanzarla por medio de la vía judicial. En opinión del profesor, la respuesta es que posible que una sentencia judicial modifique un contrato y sus efectos. Ello lo hace en virtud del método “analogía juris”, que en sus palabras señala que “*el método es el de la analogía juris, sobre la base del articulado que se refiere a otros institutos en los cuales se ha querido ver el origen o fuente de esta materia, en forma que estando consagrados aquéllos, también estaría aceptada la teoría en examen*”¹¹². Aquello descansaría principalmente en la buena fe contractual, la equidad natural y otros principios presentes en todo el sistema normativo del Código Civil.

¹¹¹ FUEYO LANERI FERNANDO, Algo sobre la teoría de la imprevisión, [en línea], En: TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, Doctrinas Esenciales. Obligaciones, Tomo I, Chile, Editorial Jurídica, 2011, pp. 757-781. Disponible en: < <http://vlex.com/vid/teoria-imprevision-231349725> >. [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

¹¹² *Ibíd.*, p. 761

Por su parte, el profesor Juan Carlos Dörr Zegers también admite la procedencia de la teoría de la imprevisión en nuestro derecho¹¹³, sin necesidad de consagración expresa de ella. Se basa en cuatro argumentos a saber: La causa de las obligaciones entendida como la visión expresada por el jurista Capitant, que ya hemos referido y criticado en este trabajo¹¹⁴; el carácter de propio de los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, a lo que también me referí en el mismo apartado anterior; la buena fe propia de los contratos; y el principio de equidad. Analicemos estos dos últimos argumentos.

La buena fe contractual la ha entendido el profesor Dörr como “*sinónimo de rectitud y honradez*”¹¹⁵. Esto sumado al carácter de que las partes se obligan no solo a lo que el texto del contrato expresa, si no a lo que la buena fe dictamina, lleva al autor a afirmar que “*incide la buena fe en la ejecución de una obligación contractual cuando de ella puede derivar un grave daño, injustificado, al deudor en beneficio de un acreedor por acaecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles para ambas partes al momento de la celebración del contrato (...) la buena fe, en consecuencia, cubre como un todo las obligaciones asumidas por las partes en un contrato en términos que ninguna literalidad contractual puede justificarse si envuelve una ejecución que atente contra el principio de la buena fe.*”¹¹⁶. A pesar de ello, en mi opinión, parece admisible preguntarse si se contrariaría la buena fe al solo limitarse a ejecutar el contrato. El acreedor no es autor del suceso imprevisto; de serlo el deudor no requeriría la imprevisión para defenderse. Como ya referí al definir el riesgo contractual¹¹⁷ y profundizaré más adelante, la distribución de este perjuicio grave y apreciable se enmarca, sin lugar a dudas, dentro del concepto de riesgo. Siendo esto así, lo que habrá que resolver es cuales reglas de distribución de ellos operara para distribuir la excesiva onerosidad sobreviniente.

Respecto a la equidad, el profesor Dörr Zegers lo expone como de ultima ratio, pues considera que los anteriores debiesen ser suficientes. Sin embargo, si fuesen rechazados, el autor estima que se estaría en presencia de una laguna legal, por lo que la equidad serviría de fundamento para una integración legal. Sin embargo, el autor distingue entre la

¹¹³ DÖRR, Juan Carlos, Notas acerca de la teoría de la imprevisión, [en línea], *Revista Chilena de Derecho*, 1985, Santiago, Chile, vol. 5, N° 12, pp. 253-270. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649494.pdf>>, [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

¹¹⁴ Véase p. 64 y siguientes.

¹¹⁵ DÖRR ZEGERS, Óp. Cit., p. 268

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 269

¹¹⁷ Véase p. 9

equidad “ruda” y la “constituida”, señalando que *“integrar por equidad no significa que el juez aplique su personal punto de vista sobre el problema de que se trata. Cuando la ley se remite a la equidad lo hace a la equidad “constituida”, en contraposición a la equidad “ruda”. Equidad constituida es la reflejada por la doctrina del derecho y por los textos legales. Ante la ausencia de doctrina o textos legales nacionales, serán la doctrina y textos legales extranjeros los representativos de un criterio objetivo y constituido de equidad. Equidad ruda es la subjetiva y cordial representación del juez acerca del mejor modo de resolver el problema planteado, fácilmente mudable en arbitrariedad”*¹¹⁸, lo cual lleva indefectiblemente a que la teoría de la imprevisión tiene cabida, pues la gran mayoría de legislaciones y doctrinas extranjeras la acogen. En mi opinión, las mismas objeciones pueden hacerse a este argumento. Como ya he afirmado, la excesiva onerosidad sobreviniente es un riesgo, por lo que la laguna que acusa el autor es inexistente, pues serán las reglas que distribuyen estos quienes determinen quien deberá asumir este en particular.

En otra línea, la profesora Daniela Accatino¹¹⁹ plantea una interesante argumentación en cuanto que la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la intangibilidad de los mismos, no fluyen de las mismas fuentes como tradicionalmente se ha argüido, señalando que *“diversos trabajos historiográficos recientes han mostrado, sin embargo, que la atribución de esa comprensión del derecho de contratos a los códigos decimonónicos, y en particular al Code Civil y al Código Civil chileno, constituye un error, pues ni en las fuentes que sirvieron de base a esos códigos ni en los trabajos preparatorios elaborados por sus redactores hay indicios de una concepción voluntarista, sino más bien una clara continuidad con una teoría del contrato que hunde sus raíces en la escolástica tardía y en la que las nociones de virtud y justicia conmutativa tienen todavía una presencia significativa (...) la afirmación de una teoría voluntarista del contrato en los códigos no pasa de ser un mito. Solo en los comentaristas del siglo diecinueve –Duranton, Demante, Demolombe, Laurent, Larombière, Savigny, Puchta, Windscheid, Pollock– la voluntad de las partes adquiere un rol protagónico en la sistematización del derecho de contratos. Es en este momento que las teorías voluntaristas toman forma como teorías reconstructivas,*

¹¹⁸ Ibid., p. 270

¹¹⁹ ACCATINO, DANIELA. La "Teoría Clásica" del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 2015, vol.42, n.1, pp.35-56. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100003&lng=es&nrm=iso.> [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

que se proponen ofrecer una sistematización consistente del derecho vigente de contratos, de las reglas de los códigos; o directamente del derecho romano, en el caso de Savigny y los juristas alemanes; o de los precedentes judiciales, en el caso de los juristas del common law.”¹²⁰. En opinión de la profesora, la autonomía de la voluntad se ha visto siempre consagrada, pero la fuerza obligatoria de los contratos se daba por supuesta, como consecuencia lógica, sin argumentar mayormente en ello. Finalmente, la autora cree que existe una confusión en la doctrina tradicional chilena, que basándose en las premisas establecidas por el profesor Alessandri, confunde la voluntad de las partes como fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos. Basándose en palabras de los profesores Pizarro Wilson, Peñailillo, Guzmán Brito y otros autores connotados, la autora argumenta y concluye que “eso implicaría sostener que de la afirmación de un hecho pudiera derivarse una conclusión de deber. La voluntad podría ser “causa eficiente” del contrato y su contenido, pero no podría, en cuanto hecho, fundar su fuerza obligatoria. Esta última se explica, continúa el argumento, porque el contrato da origen a una norma jurídica válida, y el fundamento de la validez de esa norma, como el de cualquier norma jurídica, no se encuentra en el acto de voluntad del que emana, sino en las otras normas del mismo sistema que autorizan y regulan su creación. A partir de esta interpretación, la determinación del alcance de la fuerza obligatoria del contrato parece quedar, en principio, liberada del lastre de la autonomía de la voluntad. Roto el vínculo entre la voluntad de las partes y la fuerza obligatoria del contrato, y asignada la fuente de esta exclusivamente a la ley, se podría admitir que, a partir de la interpretación de alguna norma legal –como la que requiere la ejecución de buena fe de los contratos–, el contenido de un contrato pueda, bajo ciertas circunstancias, ser modificado sin mediar el acuerdo de ambas partes, ya sea por decisión unilateral de alguna de ellas (para, por ejemplo, poner término unilateralmente a un contrato de ejecución duradera) o por decisión judicial (por ejemplo en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida), o bien que sus efectos puedan extenderse, bajo ciertos supuestos, a terceros más allá de las partes”¹²¹. En mi opinión, la profesora Accatino, en aras de indagar las razones fundantes de la fuerza obligatoria de los contratos, se desentiende del texto expreso del Artículo 1545. La revisión del contrato, y la consiguiente modificación o invalidación del mismo o de alguna de sus disposiciones, como se plantea en la teoría de la imprevisión, no entra dentro de las causas legales consagradas para

¹²⁰ Ibid., p. 42-43

¹²¹ Ibid., p. 46

invalidar sus disposiciones; el contrato puede ser invalidado solo por causas legales o por la voluntad de las partes. En este sentido, el juez no choca contra el contrato de las partes, el cual puede integrar e interpretar, choca con la ley misma. Sin embargo, la misma profesora refiere la naturaleza de riesgo que se deriva de la excesiva onerosidad, al referir que es “una decisión sobre la distribución del riesgo en un caso no previsto por las partes”¹²², por lo que justifica la postura que creo en esta materia, en cuanto a que debe aplicarse a esta situación las reglas de asignación legal de riesgos. La distribución de los riesgos –sean estos la imposibilidad de ejecución, el incumplimiento o la excesiva onerosidad sobrevenida- es determinada por el legislador, por lo que las normas legales establecidas para ello son, en pleno acuerdo con el texto del artículo en cuestión, causas legales para modificar los efectos del contrato para las partes. A modo de ejemplo, la determinación de quien sufre la imposibilidad de ejecución implica en sí misma una modificación de los términos del contrato, pues se soporta el riesgo acaecido por una u otra parte, sufriendo el perjuicio de no obtener lo que deseaba del contrato en si por el acreedor, o bien, sufriendo el perjuicio de la pérdida por el deudor que sigue siéndole exigible el cumplir con su obligación en naturaleza. El contrato se ha modificado de sufrirlo el acreedor, pues no satisfecerá su interés; de ser de cargo del deudor, el contrato se mantiene inmutable en los lazos de obligación de las partes, pero muta a su vez al admitir un cumplimiento que no era el originalmente concebido.

Existen más posturas diversas del tema, pues la teoría de la imprevisión es un tema muy debatido en la doctrina nacional. Por ejemplo, se encuentra la visión particular de don Pablo Rodríguez Grez, que estima que la teoría de la imprevisión no es necesaria en nuestro ordenamiento, pues toda obligación es un deber de conducta, por lo que si sucede un imprevisto que supere el deber de cuidado exigible al deudor, no sería responsable de incumplir su obligación¹²³. Por tanto, la solución del profesor Rodríguez Grez no requiere buena o mala fe; solo que se cumpla con la diligencia debida. El sistema planteado por el profesor funciona bien internamente, pero lamentablemente choca con todo lo establecido respecto a las obligaciones de medio y resultado, distinción que es admitida casi unánimemente por la doctrina y que la jurisprudencia también consagra desde antaño.

¹²² *Ibíd.* p. 50

¹²³ Para quien desee profundizar en la visión del profesor Rodríguez Grez, recomiendo su libro: RODRIGUEZ GREZ, PABLO, *La obligación como deber de conducta típica: (la teoría de la imprevisión)*, Santiago, Chile, Editorial Salesianos, 1992, 336 p.

Respecto al resto de las posturas, en atención de que se basan en los argumentos ya expuestos, o bien, se alejan del objeto de estudio de esta investigación, no profundizaremos en ellas.

2.4.4 Jurisprudencia nacional respecto de dicha aplicación.

Por mucho tiempo, nuestra jurisprudencia no tuvo la oportunidad de pronunciarse expresamente respecto a la procedencia de la teoría de la imprevisión dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La discusión se había limitado al área teórica del derecho, lo cual constituyó siempre la piedra de tope para las posturas doctrinarias existentes, pues no estaba ninguna de ellas consagradas en la práctica. Solo existían sentencias de arbitrajes que se pronunciaran sobre el asunto, pero no de los tribunales ordinarios.¹²⁴ Sin embargo, afortunadamente para el estudio de esta teoría, en la última década, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema han podido pronunciarse al respecto, pero lamentablemente lo han hecho de manera contrapuesta. De manera simplista, podría dársele preferencia a lo argumentado por la Corte Suprema, por ser el superior jerárquico de la otra, pero ello sería evitar la discusión sobre los fundamentos de fondo, cosa que no parece adecuado para esta investigación.

Por otra parte, existe una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena que falla a favor del deudor, pero en base a la institución del enriquecimiento sin causa. A pesar de que no utiliza como base la teoría de la imprevisión, le dedicare unas líneas en este apartado, pues distribuye el perjuicio causado por la excesiva onerosidad sobrevenida.

A continuación, analizaremos brevemente sus sentencias, con el fin de establecer mi postura respecto a la procedencia de los argumentos presentados por ambos tribunales. Luego analizaremos el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena.

2.4.4.1 Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de Noviembre de 2006.¹²⁵

El caso rol N° 6812-2001 de dicha Corte se erigió en su tiempo como la consagración de la teoría de la imprevisión en nuestro derecho civil, a falta de un pronunciamiento por la

¹²⁴ Para su relación resumida, recomiendo el texto de don Alberto Álamos. ALAMOS VALENZUELA, ALBERTO, Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno, [en línea], Actualidad Jurídica, Julio de 2011, n. 24, pp. 233-251. Disponible en <<http://www.actualidadjuridicaudd.cl/web/wp-content/uploads/2014/09/AJ24.pdf>>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016].

¹²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de Larraín con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana de 14 de Noviembre de 2006 (cobro de honorarios), Rol N° 6812-2001, Poder Judicial.

Corte Suprema. La principal dificultad a la que se enfrenta la teoría de la imprevisión es, como se puede concluir de lo ya expuesto en esta investigación, el Artículo 1545 de nuestro Código Civil, que sirve de fundamento para la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la intangibilidad de los mismos.

En términos resumidos, el demandante –Guillermo Larraín Vial en representación de la Constructora Concreta-, producto de un hecho imprevisible al momento de celebrarse el contrato de construcción, se vio obligado asumir gastos mayores en la ejecución de la obra, lo cual le ha causado una cuantiosa pérdida, por lo que exige que sea el demandado –Serviu Metropolitano- quien asuma dichos gastos, basándose en la teoría de la imprevisión para reclamarlo.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago justifica sus opiniones respecto al Artículo 1545 señalando en su considerando octavo que del texto del artículo *“pareciere emanar en forma definitiva, la inmutabilidad absoluta del contrato, criterio que esta Corte reconoce como un principio de certeza y seguridad jurídica, sin embargo, estima que el análisis del tema discutido en autos no puede abortarse de inmediato, pues la Teoría de la Imprevisión no es, en ningún caso, un peligro para tal principio, es decir, no es incompatible con la denominada “ley del contrato”, por el contrario, se puede afirmar que ésta se ve reforzada por cuanto da la posibilidad a los contratantes de conservar inalterada la situación jurídica que asumieron al vincularse”*¹²⁶, a lo que agrega que en su considerando noveno que *“atendido que el artículo 1545 que como ya se dijo consagra el principio pacta sunt servanda, el cual si se entiende en su real sentido, obliga a los contratantes a cumplir la obligación estipulada, por lo que, toma importancia determinar exactamente cuál fue la obligación asumida”*¹²⁷.

En vista de justificar la aplicación de dicha teoría y su particular aplicación respecto a este principio, la Corte se detiene en una serie de normas jurídicas a saber.

Primero, refiere la relación de los Artículos 1558 y 1547 del Código Civil. El primero de ellos establece que el deudor, salvo que incurra en dolo, solo responderá de los perjuicios previsto, y siendo su incumplimiento imprevisto, no debiese responder de él, pues excede el nivel de diligencia que le es exigible, por lo que no está obligado a cumplir. Luego, si se

¹²⁶ *Ibíd.*, considerando octavo.

¹²⁷ *Ibíd.*, considerando noveno.

relaciona con el Artículo 1547, en los contratos que ceden en beneficios de ambas partes, el estándar de diligencia exigida es el de la culpa leve, es decir, el que un buen padre de familia emplearía en ellas, por lo que el deudor no incumple pues no existe obligación alguna sobre la diligencia que se haya obligado con el acreedor.¹²⁸

La conclusión de la Corte me parece desmesurada. En primer lugar, el estándar de diligencia debido lo disculpa, como ya hemos referido, de la responsabilidad de los daños ocasionados en el mejor de los casos, pero no necesariamente podrá disculparlo de su incumplimiento. Admitir la afirmación de la Corte de Apelaciones tendría dos consecuencias nefastas; por un lado no existirían obligaciones de medios y resultados, pues el concepto mismo de obligación se ve alterado; por otro se añadiría un nuevo modo de extinguir las obligaciones contraídas, el cual no se encuentra dentro del Código Civil, a pesar de existir una norma que expresamente los recoge, la cual a pesar de poseer fallas, no podría haber dejado fuera un medio tan evidente. Sin embargo, me parece que la Corte si acierta en su análisis, pero solo respecto a las obligaciones de medios, pues en ellas la diligencia juega un rol intrínseco para determinar si hubo o no cumplimiento de la obligación. En segundo lugar, el Artículo 1558 se refiere efectivamente a los perjuicios, pero expresamente habla de los perjuicios que debe indemnizar el deudor producto de su incumplimiento, no de los perjuicios que se provocan a él por el pago. De igual opinión es el profesor Abeliuk¹²⁹ y es acertado en mi opinión, pues el artículo refiere a *“los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”*. En ningún caso se refiere a los del pago o cumplimiento.

Luego, la Corte prosigue refiriendo que el Artículo 1568, que señala que el pago es el cumplimiento de lo que se debe, por lo que debe determinarse que se debe. En su opinión, aquello debe buscarse en la voluntad que sirvió para configurar el contrato. Dicha voluntad debe ser real e informada; *“Real en cuanto es posible alcanzar lo querido e informado en cuanto conoce el alcance de su decisión, elemento que siempre debe estar informado con el principio de la buena fe establecido por el artículo 1546 del Código Civil”*¹³⁰. Es respecto a la información que la Corte integra la buena fe, no como lo hace efectivamente la teoría

¹²⁸ *Ibíd.*, considerando décimo y undécimo.

¹²⁹ ABELIUK, *Óp. Cit.*, Tomo II, p. 540

¹³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, *Óp. Cit.*, considerando décimo cuarto.

de la imprevisión, es decir, no respecto a la exigencia de cumplimiento de la obligación por parte del acreedor. Creo que nuevamente la Corte comete un error sobre este punto. El deber de información para la formación del consentimiento fue cumplido por el acreedor, siempre que haya informado de todo lo que sabía y le era dado prever. Si no cumplió tal deber, habría dolo o culpa de su parte y no se necesitaría la teoría de la imprevisión para defender al deudor. Además, la Corte pretende integrar esta voluntad del deudor para interpretar el contrato, llevando a pensar en el argumento que la voluntad del deudor nunca habría sido la de obligarse en estos términos, basándose en el Artículo 1560. Lamentablemente, el texto del artículo también desmiente este postulado, pues no es la voluntad de cada una de las partes por separado la que se usa para interpretar el contrato, sino la de los contratantes conjuntamente. El profesor Abeliuk lo demuestra de mejor manera al referir que *“esta tesis olvida que el precepto habla de la intención de las partes, de ambas, y la del acreedor es evidentemente que se cumpla su obligación”*¹³¹.

No obstante lo que apunto anteriormente, el profesor Momberg da en el punto crítico del fallo argumental de la Corte, pues plantea que *“la principal objeción que puede hacerse al fallo es que utiliza la imprevisión contractual para ordenar el pago de prestaciones supuestamente adeudadas en virtud de un contrato ejecutado de forma íntegra por el deudor, lo que desnaturaliza la institución en un aspecto esencial: la excesiva onerosidad en el cumplimiento, que lo hace virtualmente imposible de verificar por la parte afectada, y que deriva en la exigencia de que la o las prestaciones afectadas se encuentren pendientes en su ejecución”*¹³². En definitiva, la Corte obvió el precepto de que la teoría de la imprevisión opera sobre obligaciones pendientes de ejecución o en su defecto, incumplidas por las partes debido al perjuicio que le reportaría cumplir la obligación adeudada. La teoría en estudio no considera el caso del daño posterior al cumplimiento, sino que opera frente al incumplimiento, o bien, cuando aún está pendiente el cumplimiento de la obligación afectada.

Respecto al resto de los argumentos de la Corte, ya se ha referido a ellos en este trabajo¹³³; sea el carácter de la interdependencia de las obligaciones, el rol de la causa y el carácter de oneroso y conmutativo del contrato el argumento que se emplee, la

¹³¹ ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p.541

¹³² MOMBERG, Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile, Óp. Cit., p. 39

¹³³ Véase p. 64 y siguientes.

respuesta es la misma; aquellas consideraciones se hacen al momento de celebrarse el contrato. Un contrato bilateral no deviene en unilateral por la condonación de la deuda por uno de los acreedores, ni tampoco un contrato se torna de beneficencia o gratuito por la imposibilidad de ejecución de una de las obligaciones. Aquello equivaldría a la mayor de las incertezas jurídicas, pues un hecho externo al derecho e inclusive a la voluntad de las partes, podría modificar la reglamentación aplicable. Las reglas se mantienen en este sentido inmutables; distinta es la auténtica pregunta que debe responderse cuando se habla de la excesiva onerosidad ¿Quién debe soportarla? ¿El deudor cumpliendo igualmente o el acreedor debiendo asumir los gastos excesivos que se provocaron, o bien, suplir la disminución de valor de su prestación? Me parece que esa es la pregunta atinente respecto a ella y se encuentra dentro del terreno de los riesgos contractuales, puesto que al igual que en la imposibilidad de ejecución de las obligaciones de especie o cuerpo cierto, puede haber la posibilidad que el acreedor o el deudor deban asumir el perjuicio grave causado por la excesiva onerosidad sobrevenida. Si se puede distribuir el riesgo de no recibir nada a cambio, no se ve motivo para no poder distribuir un riesgo de menor entidad.^{134 135}

2.4.4.2 Fallo de la Corte Suprema de 9 de Septiembre de 2009.¹³⁶

Finalmente, la Excelentísima Corte Suprema se pronunció sobre la teoría de la imprevisión, tema que por diversas razones de orden práctico, no había tenido oportunidad de tratar.

Por medio del recurso de casación respectivo Rol Nº 2651-2008 la Corte conoce el conflicto entre las partes South Andes Capital S.A. y Empresa Portuaria Valparaíso. La causa se inicia por materia de cobro de honorarios en que la demandada, producto de un llamado a licitación, finalmente contrato con fecha 4 de Noviembre de 2003 a la demandante por los servicios de asesorías legales y confección del proyecto de licitación

¹³⁴ Respecto a este tipo de contrato de construcción a suma alzada, me referiré a él cuando hable del Artículo 2003 del Código Civil, respecto a la confección de obra material.

¹³⁵ Si quiere tenerse más en detalle un análisis de una postura a favor de la aplicación hecha por la Corte de Apelaciones, se recomienda: ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria.: Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. Corte de Apelaciones de Santiago 14 de noviembre de 2006, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 2007, vol.34, n.2, pp.361-372. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200008&lng=es&nrm=iso>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

¹³⁶ Corte Suprema. Sentencia de South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso de 9 de Septiembre de 2009 (Recurso de Casación de forma y fondo), Rol Nº 2651-2008, Poder judicial.

“Borde Costero Barón”, el cual tenía como fin el contrato de concesión y arrendamiento con la empresa que se adjudicara el proyecto; los servicios que consisten en apoyar en enunciación y diseño del o los modelos para su puesta en marcha; y la preparación y desarrollo del o los procesos de licitación pública de concreción de todo o parte de ese contrato con la adjudicataria. El conflicto se centra en el pago de los honorarios por dicha asesoría, en cuanto al cumplimiento de la condición suspensiva que hacía nacer la obligación de pago de los mismos, y también en la determinación del monto de estos en base a la fórmula contenida en el contrato. La demandante -South Andes Capital S.A.- relata que la asesoría contaba de dos etapas. La primera correspondía a los primeros ciento veinte días y la segunda etapa serían cada uno de los procesos de licitación identificados en la primera fase, la cual se iniciaría a los treinta días de notificado el asesor de que la empresa portuaria hubiere dado inicio a la segunda etapa y finalizaría con la adjudicación y firma del contrato correspondiente o, en su defecto, si en la firma del contrato no se consiguiera, finalizaría por el hecho de estimarse que no se hubieren recibido ofertas que se ajustaran a las bases. La fórmula para determinar los honorarios de la segunda etapa en caso de ser exitosa, lo cual se denominó “honorarios de éxito”, se obtenía de la multiplicación del honorario propuesto por el asesor, en este caso 28.500 UF, por el número de ofertas válidas en el proceso de licitación, en este caso una, y nuevamente multiplicado por el cociente que resulte de dividir el área efectivamente otorgada por la licitación por el área máxima que establece en el contrato. (11,83 hectáreas). Lo que causa el conflicto es que, por modificación de las bases de licitación del proyecto Borde Costero Barón, producto de la asesoría, y con pleno acuerdo de la demandada, se aumentó la base de tierra a licitar y se adjudicó no solo la superficie de 11,83 hectáreas a la empresa Plaza Vespucio S.A., sino que la totalidad de la superficie de las diversas licitaciones (43,5433 hectáreas), contrato de concesión y arrendamiento que la demandada firma con Plaza Vespucio S.A. con fecha 10 de Noviembre de 2006. Sin embargo, no se modificó la fórmula primitiva de área máxima a licitar, el cual indicaba aun las 11,83 hectáreas, por lo que arroja como cociente 3,68075, determinando que la suma final 104.901,37 UF por concepto de honorarios. Además el actor exige los intereses corrientes devengados desde que se hizo exigible la obligación según él (10 de noviembre de 2006) , suma a la que debe descontarse las 2100 UF correspondientes al pago de la primera etapa, ya cancelado por la demandada.

Por su parte, la demanda arguye que aquello no es procedente, pues la segunda etapa no ha finalizado, pues posterior a la firma del contrato aún quedan procesos pendientes – obtención de permisos de construcción- que de no obtenerse el adjudicatario podrá desistir del mismo. En cuanto al cálculo de los honorarios, aduce que la fórmula de honorarios fue construida sobre la premisa de que habría varios procesos de licitación y múltiples contratos por distintos espacios físicos. Añade que la fórmula, en su parte de determinación del cociente del área licitada, fue construida bajo la idea de que el pago de los honorarios fuese proporcional al área licitada efectivamente, por lo que ese cociente jamás podría exceder a uno.

El resultado fue que en primera instancia que la demanda fue acogida, condenando a la demandada a pagar la suma ya referida, pero sin intereses. Apelada la sentencia por ambas partes, la sentencia añade el pago de los intereses devengados desde la fecha en que la sentencia quedo ejecutoriada, confirmando la sentencia de primera instancia en todo lo demás. Nuevamente, las partes recurren de casación de fondo y la demandada también de forma, por lo que el asunto llega finalmente a nuestra Corte Suprema.

Focalizándose en lo atinente a esta investigación, me centrare en los recursos de la demandada, en particular al recurso de casación de fondo. En cuanto a la forma, solo se señalaré que la Corte Suprema desecha los argumentos de la parte, lo que se puede resumir su considerando cuarto: “ [el vicio de no decisión del asunto controvertido] *no concurre cuando ésta decisión existe, pero no se compadece con los argumentos del reclamante, cual es el caso de autos; En efecto, en el caso sub-lite los fundamentos del recurrente no pueden sostener la causal impetrada, por cuanto el fallo en análisis no carece de la resolución que le era exigible y cuya inobservancia haría procedente la causal de invalidación perseguida, toda vez en los considerandos décimo segundo y décimo tercero de la sentencia de segundo grado, los sentenciadores se hicieron cargo del factor de la fórmula de cálculo del “honorario de éxito pactado” y reflexionaron y fundamentaron de forma suficiente el tema del status jurídico de las áreas opcionales, haciendo un minucioso análisis de la prueba rendida en autos*”¹³⁷.

¹³⁷ Corte Suprema, Sentencia de South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso de 9 de Septiembre de 2009, Óp. Cit., considerando cuarto. Lo entre corchetes es de este tesista a modo aclarativo del considerando, pero resume perfectamente los argumentos de la Corte respecto al resto de argumentos de la demandada.

En cuanto recurso de casación de fondo, analizare los argumentos de la demandada y la respuesta de la Corte Suprema uno por uno.

1.- La parte demandada arguye que el conflicto en cuestión es netamente jurídico, en cuanto a determinar su la obligación de pago de honorarios es exigible y la determinación del monto del “honorario de éxito”, por lo que los jueces de mérito incurrieron en errores de derecho en ambas sentencias. La Corte rechaza contundentemente, pues advierte una contradicción en la parte demandada, señalando que, de ser así, *“no habría existido siquiera resolución que recibiera la causa a prueba y puntos sobre los que ella debía recaer. La parte demandada, en su libelo de casación en la forma, contra la sentencia de primera instancia sostiene, a fojas 378, que solicitó agregar un importante punto de prueba-a su juicio-, respecto a la superficie o área de licitación al cual accedió el contrato de asesoría suscrito entre las partes y si existieron modificaciones posteriores Luego dice que como dicho punto no fue agregado al auto de prueba, apeló para que la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso resolviera si debía ser incluido o no. Según rola a fojas 454, se certificó, por parte de la Sra. Secretaria de dicha Corte de Apelaciones, que dicha apelación para agregar dicho punto de prueba ingresó a la Corte y se tuvo por desistida el 26 de octubre de 2007”*¹³⁸ Estoy de acuerdo con la Corte; el argumento cae por su propio peso, pues de ser cierto, la demandada no habría agregado prueba alguna al proceso ni hubiese intentado incorporar ningún punto al auto de prueba si fueran efectivos sus dichos.

2.- La demandada señala también que la interpretación por los jueces de mérito infringe la voluntad de las partes al interpretar el contrato de asesoría. La obligación de pago de honorarios está sujeta a una condición suspensiva sencillamente y, en virtud los Artículos 1483 y 1560 del Código Civil, la forma más racional de cumplirla es la que limita el cociente a uno y una vez terminado todas las fases del contrato, incluida la obtención de los permisos de construcción. La Corte Suprema contesta que *“la condición suspensiva se cumplió del modo que racionalmente debía cumplirse, es decir, lograr la demandante que la demandada firmara en definitiva el contrato de concesión con la empresa adjudicataria del proyecto Borde Costero Barón (...), las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida. Y dicha condición, según los jueces del fondo se cumplió de modo absoluto, tal como lo manda el artículo 1485, puesto que no podía hacerse depender dicha*

¹³⁸ *Ibíd.*, considerando séptimo.

condición de un contrato suscrito por la demandada tres años después con otra empresa, cuyos términos le eran inoponibles a la demandante, ya que dicha forma de condicionar el honorario de éxito, a la voluntad de un tercero (empresa adjudicataria, municipalidad respectiva, incluso caso fortuito, etc.) debió preverse y/o pactarse en el contrato original del año 2003 o haber modificado este en dichos términos para así aclarar el devengamiento del honorario de éxito, si es que las condiciones entre la firma del año 2003 y 2006 hubieran producido que la obligación de la demandada se volviera más onerosa”¹³⁹. Comparto el criterio de la Corte, pero no veo en que afecta a la postura de la teoría de la imprevisión. Lo cierto es que la condición suspensiva, tal como fue estipulada, no consideraba como fin los hechos posteriores al contrato, sino la firma del mismo, hecho que efectivamente sucedió. Si quisiera haber agregado la causal de no obtener los permisos de construcción pertinentes, aquel hecho es previsible como riesgo contractual. Es más, la demandada sabía que existía el peligro de que la adjudicataria no obtuviese eventualmente los permisos y ejerciera su derecho de retractarse de la licitación, pues aquello está consagrado como derecho de ella, como ella misma reconoce. Por ende, el riesgo no es tal; es previsible por la demandada y debió tomar las medidas en el contrato si no deseaba asumirlo. Ni siquiera la teoría de la imprevisión le serviría de defensa en este caso.

Si los argumentos se miran en cuanto a los montos de los honorarios, tampoco procede hablar de excesiva onerosidad sobrevenida en general, ni hablar de la teoría en estudio. La demandada contrató estipulando que la determinación del cociente se haría atendiendo al área de 11,83 hectáreas. Cuando se confeccionaron las bases de licitación del proyecto “Borde Costero Barón”, la parte participa activamente y aprueba el hecho de licitar todo el terreno en una sola licitación, en vez de licitar en varios procesos distintos. El efecto que aquello tiene en la fórmula de determinación no puede serle desconocido, ella misma la construyó y también la suscribió con la demandante el contrato de asesoría. Aquello no es más que fruto de un descuido de su parte, que en el caso concreto no previó, pero aquello, como vimos al tratar la teoría de la imprevisión¹⁴⁰, no es relevante para determinar la imprevisibilidad del hecho, pues el juicio es objetivo; en definitiva, ella debió haberlo previsto porque su estándar de previsibilidad lo obliga a ello.

¹³⁹ *Ibíd.*, considerando octavo

¹⁴⁰ Véase p. 69

A la misma conclusión se llega respecto la determinación del monto de obligación de pago de honorarios desde la perspectiva de los riesgos contractuales, pero de una manera distinta. La obligación objeto de análisis es una obligación de dinero y de género a su vez. Es claro para toda la doctrina nacional que en dichas obligaciones los riesgos son de cuenta del deudor, como fluye de las disposiciones del Código Civil ya referidas en este trabajo. Sin embargo, para ello es preciso que estemos presencia de un riesgo en sentido estricto. Lamentablemente para la demandada, la variación del área licitada efectivamente en la fórmula de determinación del “honorario de éxito” no configura un riesgo en sentido estricto. La razón es sencilla, es dicha variación fruto de su falta de previsión y cuidado en la construcción de la fórmula de honorarios, estipulando que el máximo cociente sería uno. La demandada teniendo la posibilidad de estipularlo en el contrato de asesoría, no lo hizo; tampoco lo intento negociar ni cambiar entre el 4 de Noviembre 2003 y 10 de Noviembre de 2006, debiendo saber que variar el dividendo de la división, sin alterar el divisor, arrojaría lógicamente un cociente mayor. Si no pudo negociar o no llegaron a acuerdo las partes, podría haberse limitado a licitar la zona primitiva, pero tampoco lo precavió de esta forma. Aquel daño era absolutamente previsible, porque entra dentro de su esfera de control; ella fue la que hizo el llamado a licitación, no la demandante, por lo que sobre ella pesa la responsabilidad de sus bases; en conclusión, no se puede hablar de riesgo en sentido estricto, solo en sentido de “posibilidad de daño”, por lo que opera aquí es la culpa como criterio de distribución, es decir, producto de su negligencia al no tener en cuenta la fórmula de determinación de los honorarios sufrió el aumento de los mismos.

3.- La demandada argumenta que al interpretar el contrato no sea ha tenido en cuenta su naturaleza, desentendiéndose de la buena fe contractual y vulnerando las reglas de interpretación de las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Aquello en base de los Artículos 1563, 1546 y 1566, todos del Código Civil. Los argumentos de la Corte Suprema para rechazar sus argumentos son varios y distintos. En cuanto al Artículo 1563, la Corte refiere que *“no repugna a dicha normativa el que en el contrato se hayan pactado honorarios cuantiosísimos de la forma en que se hizo y que su cálculo arroje una gran suma para la demandada, puesto que el proyecto en sí es de grandes dimensiones y alcances a nivel de la ciudad de Valparaíso y de su borde costero, por lo cual un honorario elevado, pactado entre las partes, que se supone fueron asistidas legalmente y por diversos profesionales en la redacción del contrato, que justamente consideraba cuando*

se devengaba dicho honorario de éxito y su monto, quedó entregado por completo a la libertad contractual de las partes involucradas¹⁴¹. Compartimos el argumento, pues el proyecto de licitación es enorme, por ende, la suma no es descabellada tomando sus dimensiones en cuenta.

Respecto del Artículo 1566, la Corte es clara señalando que la demandada *“fue la que redactó o intervino mayormente en el contrato. Por otra parte y en lo referido a la incorporación de áreas opcionales al “área de concesión”, el sentenciador de segunda instancia resolvió de manera adecuada y conforme a derecho en sus fundamentos décimo tercero y décimo cuarto, debiendo recordarse que la demandada siempre tuvo la opción de - pese al consejo de la demandante- no agregar más zonas opcionales, lo que hubiera limitado bastante el honorario de éxito a pagar. A mayor abundamiento la redacción de la cláusula de cálculo del honorario de éxito pudo ser efectuada de forma mucho más sencilla y derechamente haber establecido un tope a todo evento en los honorarios a percibir por parte de la demandante, lo que en definitiva no se pactó ni agregó posteriormente en el contrato, que es ley para las partes”*¹⁴². Ya expuse las razones por las cuales estimó correcta la interpretación de la Corte en el punto anterior, respecto a la voluntad de las partes como elemento de interpretación del contrato. Por no ser repetitivo, ruego tenerlas por reproducidas al lector.

4.- En diversas ocasiones la demanda invoca la vulneración de la buena fe contractual por parte de la demandante y de los jueces de fondo al resolver el conflicto, en cuanto que las condiciones que le llevaron a determinar el “honorario de éxito” y la devengación del mismo han variado del año 2003 al 2006, tornándose más onerosa la obligación. Es aquí donde la Corte estima que la demandada está invocando la teoría de la imprevisión, lo cual es cierto, pero distinto es que aquella proceda o no. Como ya mencione anteriormente, la teoría de la imprevisión se basa en la existencia de un perjuicio grave y apreciable, que se traduzca en el aumento de gravosidad de la obligación propia o en la disminución de la utilidad de la contraprestación, sin que haya devaluó de la propia obligación. En este caso no se cumplen varios de los requisitos de la teoría de la imprevisión a saber; la causa del perjuicio no es externo a las partes, pues ella misma modifica el área de licitación final,

¹⁴¹ Corte Suprema, Sentencia de South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso de 9 de Septiembre de 2009, Óp. Cit., considerando cuarto

¹⁴² *Ibíd.*, considerando décimo primero.

aumentándola de 11,83 a 43,5433 hectáreas. No obstante, lo más agudo es que en este caso, en mi opinión, tampoco se configura el perjuicio grave y apreciable. Es cierto que el pago de los “honorarios de éxito” aumentado, pero solo lo ha hecho nominalmente, pues la mantiene la misma proporción con la suma que debía cancelarse por un área de menor entidad. Es lógico pensar que los beneficios obtenidos por la demandada del contrato suscrito con Plaza Vespucio S.A. no serían los mismos si el área hubiese sido la originalmente designada. Gracias a la asesoría prestada por la demandante, se confeccionó una sola licitación, de mayor complejidad y envergadura que la estipulada en el contrato, por lo que parece lógico pensar que para mantener el equilibrio en las prestaciones que justifica la teoría de la imprevisión, si ha aumentado la complejidad de la obligación del asesor por aumentar el área, debe aumentar proporcionalmente su pago. Aquello se alcanza con la fórmula de pago de honorarios, sin necesidad de integrar artículo alguno, interpretando el contrato en sí. Respecto a la buena fe en el cumplimiento de la condición suspensiva, aquello se limita a la constatación de su cumplimiento, el cual se logró; la licitación tuvo éxito, pues acabo con la firma del contrato entre la demandada y Plaza Vespucio S.A.

Sin embargo, la Corte no se detiene a analizar estas consideraciones. Simplemente aprovecha la oportunidad para pronunciarse sobre la procedencia de dicha teoría, lo cual hace de forma categórica, rechazando su acogida en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se basa en lo dicho por el profesor Abeliuk, ya expuesto en este trabajo. Desestima los argumentos basados en el Artículo 1560, diciendo que la interpretación del contrato tiene su base en la voluntad de ambas partes, no solo la del deudor; es evidente que la del acreedor es que se cumpla la obligación.

Desecha los argumentos de la buena fe contractual, arguyendo que “se dice que el acreedor si acosa a su deudor para que cumpla, aunque ello le signifique un perjuicio desconsiderado, no está de buena fe. Pero desde luego en autos, el acreedor no ha intervenido en el imprevisto que hace más gravoso el cumplimiento, y si realmente lo hubiera hecho no necesitaría el deudor la imprevisión para defenderse. Por último, el Código explica también que el contrato obliga, además de lo que se expresa, a lo que le pertenece por su naturaleza, por la ley o por la costumbre; y en ninguna de ellas aparece

*la imprevisión*¹⁴³. Considero que la Corte acierta en cuanto su análisis, pero falla en su conclusión real. Como ya referimos al criticar la postura de la profesora Accatino¹⁴⁴, la misma crítica le es aplicable tanto al profesor Abeliuk y a la postura de la Corte Suprema. El texto del Artículo 1545 consagra no solo la voluntad de las partes para la modificación o invalidación del contrato o alguna de sus estipulaciones; también consagra las causales legales. Es claro en este punto que no estoy de acuerdo con la revisión judicial del contrato en los términos expuestos por la teoría de la imprevisión; no corresponde al juez determinar cuándo tiene la facultad o no de intervenir en los contratos, ya que esta debe indicada por la ley. Por lo mismo, creo que asumir la excesiva onerosidad sobrevenida como riesgo contractual es la postura más adecuada, pues la asignación de dichos riesgos siempre está hecha por el legislador; así en la imposibilidad de ejecución, el legislador determina de quien es el riesgo de que se haga imposible. La pregunta es ¿El legislador lo hace en nuestro Código Civil respecto a este riesgo? Creo que la respuesta es positiva, siempre que se tenga en cuenta que la excesiva onerosidad sobrevenida se traduce en pérdidas, deterioros y mejoras, y su regla de distribución variara según sea de género o de especie o cuerpo cierto. En ese caso, serán de cargo de aquel que el legislador lo pone en la posición de soportarlos. Por interesante que parezca este enunciado, debo cumplir con mi propia obligación con el lector, por lo que ruego se me tenga paciencia, pues me detendré en la tercera sentencia en análisis antes de profundizar en mi planteamiento.

2.4.4.3 Fallo de la Corte Suprema de 16 de Mayo de 2013. ¹⁴⁵

A pesar de lo inflexible que pudiese parecer la Corte Suprema respecto a la revisión judicial del contrato, su postura se ablanda cuando toma el asunto desde la postura del perjuicio imprevisto.

En caso rol N° 2508-2012 falla el caso entre Constructora Taquicura S.A. con Serviu de la Región de Coquimbo, condenando al demandado a pagar los gastos extraordinarios en que incurrió, pero no basándose en la buena fe o en los fundamentos de la teoría de la imprevisión, sino en el principio de enriquecimiento sin causa. Primero, resumiré los hechos la causa para su mejor entendimiento.

¹⁴³ *Ibíd.*, considerando décimo.

¹⁴⁴ Véase p. 82

¹⁴⁵ Corte Suprema. Sentencia de Constructora Taquicura S.A. con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región de Coquimbo, 16 de Mayo de 2012 (Recurso de Casación de fondo), Rol N° 2508-2012, Poder judicial.

La demandante, por medio de licitación pública, firma un contrato con el demandado para la construcción de puente “Zorrilla”, etapa I, en ciudad de La Serena, en modalidad de contrato de suma alzada. La suma de adjudicación corresponde a la suma de \$4.260.975.486 de pesos, bajo los antecedentes suministrados por el Serviu en la licitación. Sin embargo, al momento de la entrega del terreno, este presenta una disparidad respecto a los antecedentes, pues el suelo presentaba un diferencia sustancial, lo cual fue producto de una intervención de terceros que retiraron material del lugar, lo que condujo a ejecución obras mayores a lo primitivamente presupuestado. Tal disonancia con los antecedentes fue informada debidamente a la Inspección Técnica de Obras que correspondía, a lo cual la I.T.O. respondió que no veía inconveniente en ejecutar igualmente la obra. Confiado en esta respuesta, la demandante la ejecuto, incurriendo en los gastos extraordinarios, pero al momento del pronunciamiento del Serviu, este denegó la procedencia del pago de dichas obras. El Serviu justifica esta negativa en base a la naturaleza del contrato de suma alzada, en el cual los riesgos son del contratista. La demandante, sin embargo, no funda su acción en la naturaleza del contrato, pues estima que el Serviu ha incurrido en un enriquecimiento sin causa, por lo que la acción ejercida es la de rem in verso, ya que dichas obras extraordinarias no tienen base en el contrato de suma alzada, que no las consideraba. En su opinion, se cumplen todos los requisitos de ella: **I** el que una persona experimente un empobrecimiento, **II** el que otra persona obtenga un enriquecimiento, **III** una relación entre ambos hechos, **IV** carencia de causa y, **V** que no exista otra acción o que ella sea subsidiaria

En primera instancia, la demanda fue acogida, condenando al Serviu al pago de las obras extraordinarias., pues las alegaciones del Serviu se limitaron a atacar el elemento de la carencia de causa de la acción de rem in verso, pues a su juicio, la causa si existía; era el contrato de suma alzada. No niega en ningún momento la existencia de las obras mayores, inclusive las reconoce; solo deniega la procedencia de su pago.

En segunda instancia, apelada por el Serviu a la Corte de Apelaciones de La Serena, los sentenciadores ratifican el fallo de primera instancia. Sin ninguna otra opción, el demandado recurre de casación de fondo la sentencia.

Argumenta que los jueces de mérito han infringido el Artículo 1545 del Código Civil al desnaturalizar al contrato de suma alzada, en el cual los riesgos son de cargo del

contratista. Además, los jueces han fallado contra el Artículo 1467 del mismo cuerpo, que obliga a todo acto jurídico a tener una causa, en este caso, el contrato de suma alzada es el motivo de las obras mayores ejecutadas. Por último, también aduce que se contraría el Artículo 1437 del Código Civil, pues ya que en este caso la fuente de las obligaciones es el contrato. Todos estos errores cometidos llevaron a la sentencia que es objeto del recurso.

La Corte Suprema desestima todos los argumentos del demandado, señalando que *“la sentencia dejó asentado como hecho de la causa que la topografía del terreno a la fecha de su entrega para la ejecución de la obra era distinta a la de la etapa de licitación, de manera entonces que la circunstancia de tratarse de un contrato de ejecución a suma alzada sólo importa en cuanto a las características del terreno a la época de la licitación, pero nada tiene que ver con los cambios que sufre en forma posterior, respecto de los que la demandante no tenía como conocer sino hasta el momento en que le fue entregado. Los estudios que los interesados deben hacer para luego realizar sus ofertas a que se refiere la parte recurrente dicen relación con las circunstancias existentes al momento del llamado a licitación y no a los cambios sustanciales sufridos con posterioridad, como se determinó en la causa. El recurso se funda en la situación del terreno a la época de la licitación, desconociendo que en la sentencia se estableció que entre esa época y la de la entrega del inmueble cambió sustancialmente la topografía, lo que significó que la demandante debiera realizar obras mayores, distintas de las contempladas para la construcción del puente en cuestión, sin las cuales no era posible ejecutar la obra licitada (...) la finalidad de revisar los hechos es ajena al recurso de nulidad de fondo, puesto que el escrutinio que éste permite sólo abarca el derecho aplicado a la materia precisa que se plantea. Habiendo hechos asentados, la única forma como podrían ser revisados por la Corte de casación sería mediante la denuncia y comprobación de transgresión de disposiciones reguladoras del valor de las evidencias, y exclusivamente de aquellas reglas que determinan parámetros legales fijos de apreciación de su mérito, lo que en el presente caso no se ha denunciado”*¹⁴⁶. En mi opinión, la Corte falla en el sentido correcto, pero comete un error procesal gravísimo, pues el demandado invoca la infracción a la ley, no a los hechos estipulados en el contrato. Según el argumento de la demandante, aquí correspondería aplicar el enriquecimiento sin causa, pero aquello no es cierto, pues en mi

¹⁴⁶ *Ibíd.*, considerandos séptimo y octavo

opinión no se cumplen sus requisitos. El hecho de que se hayan asumido estos gastos por ella es el cumplimiento de su obligación, que tiene como base el contrato de suma alzada. Así mismo opinan De la Maza y Abeliuk, este último utilizado y valido en sus dichos por la Corte Suprema en el fallo anterior. El primero de ellos señala que *“la acción de in rem verso, resultante del enriquecimiento sin causa, no procede entre contratantes, respecto de obligaciones contractuales, de modo que la solución sería incompleta (...) no es sin causa cuando es la consecuencia de la ejecución de un contrato. La causa del enriquecimiento en esos casos es el contrato mismo: Decir lo contrario es admitir la lesión como causa de revisión del contrato, y no la lesión concomitante a él, sino una posterior”*¹⁴⁷. En igual sentido Abeliuk que señala que *“También el enriquecimiento sin causa provoca un desequilibrio económico, pero que jurídicamente no puede justificarse, mientras que el acreedor, al exigir el cumplimiento que se ha tornado gravoso al deudor, está jurídicamente fundado en el contrato”*¹⁴⁸. Es evidente que si tiene causa la obligación. También existe una acción que sirve para reclamar el gasto extraordinario, pero el demandando no la incluye en su fundamentación. Aquella es el Artículo 2003 N° 2, consagrada en el Código Civil, que en su carácter de supletorio, sería aplicable al caso concreto, carácter supletorio que la demandante reconoce en su argumentación en la primera instancia. Aquello es suficiente para determinar que el enriquecimiento sin causa no es tal. Sin embargo, el demandado estructura mal su defensa, pues nunca invoco esta norma como justificación, por lo que le entrega la iniciativa a los jueces. No la invoca en su defensa de primera instancia, ni en segunda, ni en el presente recurso, lo cual sumada a la regla del Artículo 63 del Decreto N° 355 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que establece el plazo de prescripción de las acciones contra el Serviu es de 60 días, podría haberle dado la razón en el caso concreto. El error es enorme por la demandante, pues solo invoca el decreto señalado para atacar la acción de rem in verso, sin desvirtuar el enriquecimiento sin causa en sí de la manera aquí expuesta. Los sentenciadores de primera y segunda instancia hacen lo correcto en desechar su excepción de prescripción, pues ataca la acción equivocada.

Sin embargo, la posición de la Corte no por ello se justifica, pues avala las conclusiones de la Corte de Apelaciones de La Serena respecto a la inexistencia de ninguna acción de

¹⁴⁷ DE LA MAZA RIVADENEIRA, Óp. Cit, punto n° 40

¹⁴⁸ ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p. 538.

manera indirecta, lo cual no es efectivo como ya se señaló, pero también avala que el gasto es sin causa, lo cual no es cierto. Aquello es más patente como lo plantea el profesor Momberg al señalar que *“en caso que, por razones ajenas e inimputables a las partes, la ejecución del contrato resultase mucho menos onerosa que lo estimado, obteniendo el contratista ganancias mayores que las presupuestadas, ¿Podría quien encargó la obra solicitar que se le restituya parte de lo pagado, alegando enriquecimiento injustificado de la contraparte? Basta el sentido común para dar una respuesta negativa. El hecho que una circunstancia imprevista y ajena a las partes afecte el cumplimiento de un contrato no implica que automáticamente la parte perjudicada pueda trasladar los costos de su acaecimiento a la otra. La distribución convencional o legal de los riesgos en su ejecución debe ser la primera guía para determinar quién y en qué medida debe asumir tales riesgos. El enriquecimiento o empobrecimiento encuentra entonces su justificación en el contrato, sin que sea correcto aplicar el enriquecimiento sin causa a estos casos”*¹⁴⁹. La situación se agudiza si tomamos en cuenta la posición previa de la Corte Suprema respecto a modificar el contrato en cuestión, en los cuales, según sus propios dichos, solas partes podrían hacerlo de común acuerdo. Ya indique que por causas legales también puede modificarse, pero el enriquecimiento sin causa no cuadra dentro de ellas; la acción del Artículo 2003 N° 3 si lo hace.

2.4.5 La excesiva onerosidad sobrevenida como riesgo contractual en las obligaciones de hacer.

Recordará el lector que como ya hemos definido el riesgo contractual en sentido estricto y amplio y hemos reflexionado sobre el significado de “riesgo”, entendido como posibilidad de daño. En tal caso, todo daño fue un riesgo en el pasado, por lo que las reglas de distribución de daños y riesgos están íntimamente ligadas; solo varía el tiempo en que se aplican en relación al acaecimiento del riesgo.¹⁵⁰

¹⁴⁹ MOMBERG URIBE, RODRIGO. Enriquecimiento sin causa, distribución de riesgos y contratos a suma alzada [en línea], El Mercurio Legal, 14 de Enero de 2014, <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/01/13/Enriquecimiento-sin-causa-distribucion-de-riesgos-y-contratos-a-suma-alzada.aspx>>. [Consultado: 29 de Diciembre 2016]

¹⁵⁰ Véase Capítulo I, punto 1.1 de esta investigación para un análisis más pormenorizado.

En esa misma línea de pensamiento, la excesiva onerosidad sobrevenida es un riesgo y deben aplicársele las reglas para distribuirlos. Esta afirmación se justifica si vemos brevemente los requisitos de la excesiva onerosidad sobrevenida:

1.- Si no fuera imprevisible o independiente de las partes, seguiría siendo un riesgo como posibilidad de daño, pero el criterio de distribución sería la culpa. Además, si lo hubieran previsto las partes, lo habrían regulado, por lo que no tendría sentido buscar en la legislación la solución; si fuera producto de la actitud de una de ellas, sería de su cuenta asumirlo.

2.- Si no fuera de tal entidad que las partes hubieran contratado igualmente en las mismas condiciones que se obligaron, no sería relevante como perjuicio, jurídicamente hablando.

3.- Es evidente que se trata de un perjuicio o daño, ya que aumenta la gravosidad de la obligación propia o disminuye la utilidad de la contraprestación sin devalúo de la propia. Ambos facetas producen un perjuicio para el deudor, que ve disminuido su beneficio del contrato.

4.- Al igual que los riesgos, solo tiene cabida en los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo.

Por tanto, los elementos de contacto los ponen en el mismo ámbito, en una relación de género-especie; la excesiva onerosidad sobrevenida es un riesgo contractual en sentido estricto. Como señalaba el profesor Gavidia, la situación ha variado de tal forma que se han afectado los intereses de las partes en el contrato en cuestión, por lo que corresponde a las partes distribuir dicho riesgo. De no hacerlo, corresponde al legislador en su defecto asignarlo.

Es claro que el problema en estudio no tendría relevancia alguna si las partes lo hubieran reglamentado, pues simplemente se encontraría en el contrato la solución. La pregunta importante es si el legislador reglamento la asignación de este riesgo ante la ausencia de reglamentación en el contrato. Ya hemos afirmado que la respuesta es, en mi opinión, afirmativa.¹⁵¹

¹⁵¹ Sin embargo, esta postura pudiera variar si se mira desde el concepto nuevo del caso fortuito que analizare en el siguiente capítulo.

Como se mencionó y desde una postura clásica¹⁵², el legislador desarrolla el problema de los riesgos entorno a la clasificación de género o especie de las obligaciones. Entorno a las obligaciones de hacer ya dije que las reglas son las propias de las obligaciones de género. Sin embargo, es claro que la excesiva onerosidad no configura el supuesto de extinción de la obligación como riesgo contractual; no hace imposible su obligación. Sin embargo, como afirma el profesor Barcia Lehmann, “*para el análisis económico la teoría de la imprevisión no es más que la determinación de quién debe sufrir los riesgos, dando exactamente igual si el siniestro se produce por una imposibilidad física -como acontece con el caso fortuito o la fuerza mayor en la teoría de los riesgos- o económica -como en la teoría de la imprevisión*”¹⁵³. Si bien aquí no hablamos de la imposibilidad de ejecución, aquel no es el único riesgo que reglamenta el legislador; regula a su vez los deterioros y mejoras del objeto del contrato.

La excesiva onerosidad sobrevenida, como ya se dijo, puede presentarse en dos facetas. La primera de ellas es el ejemplo clásico de aumento en la gravosidad de la propia prestación, en que es más que obvio el perjuicio causado para el deudor; para satisfacer el mismo interés comprometido, debe desempeñar una actividad cuyo sacrificio importa una entidad superior a la presupuestada al momento del contrato. Pero ¿Aquello es clasificable de deterioro del hecho debido? En mi opinión, sí. La calificación del valor pecuniario un hecho sea traduce, económicamente, en los costos y gastos en que incurrirá el deudor en su ejecución, pero su apreciación variara dependiendo desde que postura se analice la obligación. Si dichos costos o gastos se elevan, se hablara de un deterioro para el deudor, pero también puede hablarse de una mejora para el acreedor, que recibirá por el mismo sacrificio económico, un hecho más valioso al ser más gravoso de ejecutar; si disminuyen, se hablara de una mejora para el deudor, que sacrificara menos para la obtención del mismo beneficio, pero el acreedor se verá perjudicado, pues obtendrá, por el mismo gasto, un hecho que podría haber obtenido por un precio menor. Creo que el Artículo 1509 del Código Civil establece la solución para determinar cuál es la perspectiva que prima: es la del deudor. Los deterioros y mejoras en las obligaciones de género se

¹⁵² Véase p. 45-54, incluidas notas al pie.

¹⁵³ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho, [en línea], Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2004, Santiago, Chile, Nº 1. Disponible en: <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/efectos_barcia.PDF>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016], p. 153

analizan desde su punto de vista, pues dicho artículo señala que “*el deudor queda libre de ella entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana*”. A su vez el Artículo 1571, también lo estipula así al señalar que “*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*”. De esta forma, si el hecho se vuelve de una manera particular de ejecutarlo más gravoso para el deudor, el podrá buscar una ejecución distinta que satisfaga de igual manera la obligación contraída con su acreedor, mientras dicha ejecución cumpla igual de satisfactoriamente con el hecho debido. Si por el contrario, producto de una mejora en el hecho – lo cual se traduciría en una disminución de los costos o gastos de ejecución del mismo- el deudor obtiene una menores costos y gastos, se beneficia evidentemente de ello, pues obtiene un mejor beneficio o utilidad final de tal circunstancia.

Creo que esta postura en abstracto es difícil de comprender, por lo que volvamos a nuestro ejemplo entre el contrato de tala de árboles entre Juan y María¹⁵⁴. Supongamos que Juan tiene solo motosierras y hachas para poder talar dichos árboles y que, producto de una ley promulgada en el periodo de tres meses y en vigencia actualmente, se ha prohibido el uso de motosierras en la tala de los pinos insignia; sus costos y gastos se elevarían inmensamente. Juan, quien al ser responsable de los deterioros de su obligación, deberá soportar ese riesgo. Sin embargo, aquello no es tajante. Juan también tiene la libertad de buscar diversos medios y soluciones para mitigar ese coste, como sería buscar otras herramientas diversas a las hachas para realizar la tala; lo importante es que dichas soluciones alcancen la satisfacción de María, es decir, que los arboles sean talados. Solo en el muy particular caso en que dicho obstáculo le sea insalvable, se verá obligado a soportarlo; tal es la regla en las obligaciones de género.

Ahora pensemos en las mejoras que podría tener Juan. Supongamos que en vez de salir una ley que prohíba las motosierras, Juan ha sido recibido, por medio de la herencia de su padre, cinco camiones de transportes del triple de capacidad de los que tenía, lo cual le permitirá hacer retiro de los árboles de manera más veloz y menos costosa. María no tiene nada que argüir en contra, pues su interés se verá satisfecho de la misma manera.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Véase p. 22-23

¹⁵⁵ Sin querer ahondar en la obligación de María –la cual también es una obligación de género, pero obligación de dar- es necesario mencionar que están en perfecta armonía. El deterioro sufrido por Juan, en caso de no poder

La otra faceta a tratar es la disminución de la utilidad de la contraprestación de María. Pensemos que en vez de obligarse a pagar la suma de dinero, María se obliga con Juan a pintar por el interior su casa de campo de dos pisos una vez finalizada la tala¹⁵⁶. Sin embargo, un tercero espontáneamente se ofrece, antes de finalizar la tala, a pintar el primer piso entero de forma gratuita. Evidentemente, eso disminuye la utilidad que tendría para Juan la obligación de María, pues el primer piso no necesitaría pintura alguna, por lo que la tala de árboles, sin haberse modificado sus costos, le reportaría un beneficio final mucho menor en relación a la obligación de María de pintar la casa. Ya dijimos que la perspectiva que prima en las obligaciones de género –en las que consideramos las de hacer- es que el deudor de la obligación se beneficia de las mejoras, por tanto, María si solo deberá pintar el segundo piso, evidentemente sus costos disminuyen de manera sustancial. El deterioro para Juan es evidente, pero deberá soportarlo, igual como María soporto el de los camiones. También podría suceder que en vez de suceder que debido a un imprevisto no culpable a Juan, la tarea de pintura requiera gastos no previstos originalmente. La regla es igual que la expuesta; María puede buscar la manera de evitarlos, siempre que cumpla de manera satisfactoria su prestación, de lo contrario deberá asumir dichos gastos¹⁵⁷.

El problema se vuelve más interesante si se piensa en un contrato que una de las obligaciones es de género y la otra de especie o cuerpo cierto. Supongamos que la obligación de María es hacerle el traspaso de una casa, ubicada en Amapolas 1500, comuna de Providencia. La solución también la entrega el Código Civil, quien determina en su Artículo 1590 que *“si la deuda es de un cuerpo cierto debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y*

evitar el aumento de gravosidad, es un beneficio para María, quien obtendrá una mejora al obtener un hecho más costoso, por un precio que se mantiene fijo. En el caso inverso, María sufre el deterioro, pues habrá pagado un precio mayor por un hecho que podría haber negociado por un menor precio con el deudor en la actualidad. Esto prueba una vez más, que el legislador ve el problema de los riesgos contractuales desde la perspectiva si la obligación es de género o especie, no si es de dar, hacer o no hacer.

¹⁵⁶ No obstante la cita anterior, he cambiado el tipo de obligación de María; no deseo entrar en el terreno de las obligaciones de dar, cuestión que no es objeto de esta investigación. De esta manera, se mantiene dentro de las obligaciones de hacer.

¹⁵⁷ Los mismos fundamentos que sirven para la doctrina para defender la modificación del contrato encuentran cabida en este aspecto. En estricto rigor, Juan seguirá consiguiendo su interés por completo, tener su casa pintada completamente. El hecho de cómo lo obtuvo es indiferente, sea por el tercero o por su acreedor.

no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiere estado igualmente expuesta en poder del acreedor". Las reglas de los riesgos pueden coexistir; en uno y otro caso son armónicas, pues de sufrir deterioros la casa son de cargo del acreedor- Juan-, salvo que concurra alguna de las normas de excepción.

Sin embargo, y a pesar de las diversas argumentaciones presentadas en este trabajo, este conjunto de normas – Artículos 1509, 1571, 1590 y 1550 del Código Civil-, interpretadas como se ha hecho, podrían repeler a aquellos que insistan en la clasificación de dar, hacer y no hacer para interpretar la cuestión del riesgo contractual en las obligaciones de hacer, en contraposición con las de dar. Lo cierto es que más haya los principios y discusiones planteadas en estas páginas respecto a las obligaciones de hacer, nuestro legislador si se ha pronunciado frente a los imprevistos que encarezcan la ejecución de la obligación, pero no lo hace en nuestro Código Civil, sino en el Código de Procedimiento Civil, como advertí anteriormente¹⁵⁸. El Artículo 539 de dicho código estipula expresamente que:

“Agotados los fondos consignados, podrá el acreedor solicitar aumento de ellos, justificando que ha habido error en el presupuesto o que han sobrevenido circunstancias imprevistas que aumentan el costo de la obra”.

Creo que el texto de la ley habla por sí mismo, en caso de suceda un imprevisto –sea un caso fortuito que no alcance a configurarse como elemento de la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir, o bien, una excesiva onerosidad sobrevenida- el acreedor tiene derecho a solicitar nuevos fondos para costear el aumento de gravosidad de la obligación debida por el deudor, pues dichos costos son de su responsabilidad. Así tanto el legislador originario de nuestro Código Civil –don Andrés Bello- y el legislador que originario de nuestro Código de Procedimiento Civil, –proyecto en que intervinieron los más connotados juristas de la época en su turbulenta creación- , comparten el mismo criterio que hemos expuesto; los imprevistos, es decir, los riesgos contractuales que la partes no estaban en posición de prever, son de cargo del deudor en las obligaciones de hacer.

No obstante, aquello no termina la presente investigación, pues aún quedan muchas interrogantes que responder. ¿Cuáles riesgos contractuales serán en verdad imprevisibles

¹⁵⁸ Véase p. 43-45

para las partes y cuales están en el deber de prever? ¿El incumplimiento puede clasificarse de riesgo contractual o no? De serlo, ¿El legislador se hace cargo de ello y, de hacerlo, que herramientas ocupa? ¿Cuándo tiene relevancia ese incumplimiento? ¿Cuál es el rol del caso fortuito desde esta nueva perspectiva y por qué? ¿Cómo se ven afectadas las principales normas sobre distribución de los riesgos de nuestro Código Civil, especialmente frente a la imposibilidad de ejecución o excesiva onerosidad sobrevenida? Me parece que las interrogantes pendientes son bastantes e intentare dar respuesta a ellas en el siguiente capítulo de este trabajo.

CAPITULO III. UNA MIRADA CRÍTICA A LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORIA DE LOS RIESGOS GENERAL.

3.1 Hacia la objetivación del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones nuestro ordenamiento jurídico.

Lamentablemente, nuestro legislador ha sido escueto en la definición de conceptos en nuestro Código Civil, a pesar de dedicar un título preliminar para ello. Conceptos fundamentales para el derecho de las obligaciones, como extinción, responsabilidad, cumplimiento e incumplimiento, no se encuentran definidos por él, por lo que la doctrina ha debido ir dotándoles de contenido a los mismos. Para esta investigación es primordial el determinar las nociones de cumplimiento e incumplimiento de la obligaciones, pues de ello de derivará, en mi opinión, directamente como solucionarían los conflictos entre partes en torno a ellos.

3.1.1 La noción de cumplimiento en el derecho civil de las obligaciones.

La doctrina en general ha entendido que corresponde a la ejecución de lo que se obliga el deudor. Sin embargo, la obligación no se extingue en todos los casos cumpliendo con lo debido; en ciertos modos de extinguir implican un concepto más completo de cumplimiento: la satisfacción del interés del acreedor. Así, el profesor Barros Errázuriz lo da a entender de igual forma que el profesor Alessandri, el cual señala que son “*modos que extinguen las obligaciones porque el acreedor se satisface en su derecho, sea recibiendo el pago o algo que equivalga al pago (...) el acreedor obtiene la satisfacción correspondiente al vínculo jurídico. Pertenecen a esta categoría, en primer término, el pago, y en seguida, la dación, la compensación, la novación, la confusión y el término extintivo. En todos estos modos el acreedor recibe la cosa debida, ya sea mediante el pago o ya sea mediante otro procedimiento que equivalga al pago*”¹⁵⁹. Si bien utilizan igual clasificación, no comparten su opinión los profesores Somarriva y Vodanovic, pues entienden que el pago es el cumplimiento de la obligación; el resto son formas de satisfacer el interés del acreedor, pero no cumplir propiamente tal¹⁶⁰. De igual manera el profesor

¹⁵⁹ ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 327. Comparte su opinión el profesor Barros Errázuriz en atención a la clasificación de los modos de extinguir. BARROS ERRÁZURIZ, Óp. Cit, p. 190

¹⁶⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, Óp. Cit., p. 274

Abeliuk, entiende que el pago, como modo de extinguir las obligaciones, es el único que importa la realización de la obligación¹⁶¹, lo cual es claro, según el autor, al entender el Código Civil en su Artículo 1568, el cual reza que “*el pago efectivo es la prestación de lo que se debe*”. En mi opinión, si bien es admisible el argumento de que pago equivale a cumplir, la base normativa del Artículo 1568 del Código Civil es insuficiente para entender esta equivalencia de términos, pues en dicho artículo se define que se entiende por “pago efectivo” como “la prestación de lo que se debe”, sin embargo, existen diversas clases de cumplir una obligación distintas al “*pago efectivo*”; de opinar al contrario, se dejarían fuera todos los otros medios que tienen efectos equiparables al pago mismo, pero en los cuales no se realiza la obligación de forma normal y común. Inclusive el profesor Fueyo¹⁶², el cual a pesar de creer en la similitud de pago y cumplimiento, invoca el origen de la palabra “pago” del latín “*pacare*” -que significa pagar, satisfacer o apaciguar- como un argumento para distinguir que pago es algo distinto al cumplimiento de la obligación. Sin embargo, y a pesar de esto dos menciones, aun sería insuficiente para destruir la referencia legal señalada, si no se tomara en cuenta el significado de la palabra “efectivo” que acompaña a la voz “*pago*” en la norma jurídica referida por la oposición a un concepto más amplio de cumplimiento. Su significado, según el diccionario de la Real Academia Española, corresponde a “*Real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal*”¹⁶³. A su vez “*nominal*” significa “*Que tiene nombre de algo y le falta la realidad de ello en todo o en parte*”¹⁶⁴, lo cual es relevante para la determinación de que es pago sin adjetivos en nuestro Código Civil. En este sentido, “pago efectivo” es la real ejecución misma de la prestación, pero también existe un pago nominal en los modos de extinguir mencionados como equiparables al pago en sus efectos -la dación, la compensación, la novación, la confusión y el término extintivo-, ya que en todos ellos no se ejecuta la obligación tal como está establecida por las partes, es decir no hay pago efectivo y, sin embargo, poseen el mismo efecto que él; estimar cumplida la obligación.

El debate se produce por la indeterminación del contenido de la obligación, es decir, a que se obliga el deudor. Dependiendo de la respuesta a esta interrogante, se entenderá que

¹⁶¹ ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p. 388

¹⁶² FUEYO LANERI, FERNANDO, Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones, actualizada por FIGUEROA, GONZALO, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 54

¹⁶³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de efectivo. [En línea]. <<http://dle.rae.es/?id=EOlq6RM>>, [Consulta 26 de Enero de 2017]

¹⁶⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de nominal. [En línea]. <<http://dle.rae.es/?id=QaLWnVG>>, [Consulta 26 de Enero de 2017]

es cumplimiento y, lo que es más importante aún, el incumplimiento de las obligaciones. La doctrina clásica se ha inclinado por la noción más estricta del contenido de la obligación, pues el deudor se obliga a realizar el comportamiento que ella señala.

Sin embargo, la doctrina actual ha retomado el debate en cuestión, el cual había sido dejado de lado por los juristas chilenos clásicos, aportando nuevas opciones para determinar dicho contenido. Los profesores Vidal y Brantt, entre otros, encabezan la postura de que el contrato cumple una función económica y social más amplia que el mero hecho de crear obligaciones y derechos; es la expresión de las relaciones entre las personas, las cuales buscan satisfacer sus intereses por medio de ellos, como referí al principio de este trabajo¹⁶⁵. Sin embargo, hoy en día, aquello no es más que una expresión que es apoyada por toda la doctrina en general. La diferencia radica en cuando se estimara cumplida una obligación por estos autores, puesto que postulan que el cumplimiento de la prestación será tal cuando se haya satisfecho el interés del acreedor, pues tal es el contenido de toda obligación. Dicha postura presenta la ventaja de ampliar el concepto de cumplimiento en la misma para incluir los modos de extinguir referidos por los profesores Alessandri, Barros Errazuriz, Somarriva y Vodanovic, pero también amplía la noción del objeto de la obligación. El profesor Vidal lo explica refiriendo que el determinar a que se obliga el deudor, cuando surge un conflicto entre las partes, es una tarea de interpretación de la declaración de voluntad de las partes e integración de la norma jurídica, ambas actividades desempeñadas por el juez. Ello es debido a que el contrato, desde una perspectiva realista, es más que un mecanismo de creación de efectos jurídicos; es *“un medio, o instrumento, de regulación, organización y ulterior satisfacción de los intereses de las partes (...) siendo ésta la explicación del porqué del contrato, cuando las partes lo celebran, se dan regulaciones insuficientes e incompletas, haciendo necesaria la interpretación de la declaración y; además, su integración, a través de las normas dispositivas o supletorias de la voluntad de las partes. A lo anterior se añade, la circunstancia de que la capacidad de las partes, para prever todos los concretos problemas que puedan surgir en la ejecución y desarrollo del negocio, es siempre limitada”*¹⁶⁶. Con esta visión del contrato, el caso de las obligaciones de hacer tiene

¹⁶⁵ Véase p. 9 y siguientes

¹⁶⁶ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, La Construcción de la Regla Contractual en el Derecho Civil de Los Contratos, [en línea], Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 2000, n. 21. Disponible en: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/464/434>>. , [Consultado: 15 de Agosto de 2016], p. 210

especial relevancia, pues, como ya hemos referido a lo largo de este estudio, las posibilidades de ejecutarlas son, en general, tantas como las diversas maneras que tengan el propio deudor y terceros para cumplirlas. Estas obligaciones, según el autor, se encuentran enmarcadas dentro de una clasificación que denomina *obligaciones de contenido fungible*, ya referidas en este trabajo¹⁶⁷, donde ya realice mi crítica hacia esta clasificación en las obligaciones de hacer; en síntesis, las reglas que se le aplican para su distribución de riesgos y su cumplimiento son las reglas de una categorización conocida por nuestro Código Civil, en definitiva, la de las obligaciones de género.

Ya se puede intuir claramente con lo referido en esta investigación, que cumplir no necesariamente es ejecutar la prestación debida por el deudor, como planteaba los profesores Abeliuk, Somarriva y Vodanovic entre otros, identificándolo con el pago efectivo del Artículo 1568, pues las opciones para entender cumplida una obligación de cualquier tipo –género o especie- no se limitan únicamente al realizar la prestación debida. Existen otros modos de extinguir que equiparan el efecto principal del pago, el cumplimiento de la obligación. Ya sea efectivo o nominalmente; sea voluntario, forzado, en contra o ajeno de la voluntad del deudor, como sucede en la compensación, cumplir la obligación no siempre coincide con la ejecución de la prestación debida en el contrato, como se entiende el pago efectivo y se pretende entender el cumplimiento en general, pero no por ello puede hablarse de no cumplirse la obligación contraída por no haber pago efectivo. Por todo lo anterior, me parece más acertada la posición del profesor Vidal al respecto; el deudor, al contraer una obligación con su acreedor se obliga a satisfacer el interés del mismo, sea por la ejecución de la prestación misma por el deudor al acreedor, la cual sería la forma normal de hacerlo, o bien, por los otros medios que implican satisfacerlo de igual manera, como serían los modos de extinguir mencionados por el profesor Alessandri al comienzo de este punto, la ejecución por un tercero en las obligaciones de hacer o las diversas modalidades de pago existentes. El elemento común en todas estas formas de cumplir la obligación es la satisfacción del interés del acreedor, en contra posición con el resto de modos de extinguir la obligación que no lo satisfacen. Un punto a favor de acoger esta visión de cumplimiento –como satisfacción de interés del acreedor- es la consecuencia de distinguirlo del pago efectivo, por lo que los requisitos del pago –oportuno, íntegro y correspondiente con la obligación pactada, entre otros- no deben necesariamente

¹⁶⁷ Véase p. 48 y siguientes

concurrir para estimar que está cumplida una vez ejecutada, a pesar de que procedan indemnizaciones por la falta de conformidad con el contenido en particular de la obligación. Por ejemplo, en caso de cumplimiento extemporal, sea por culpa o caso fortuito, evidentemente cae en incumplir la obligación, pero lo subsana con el cumplimiento fuera de plazo en la medida que satisfaga el interés del acreedor, a pesar de no ser oportuno; distinto es analizar la procedencia de una indemnización de los perjuicios causados por el retraso. Sin embargo, también es relevante en dicho escenario si el plazo para cumplir era fundamental para el contenido de la obligación debida al acreedor. De serlo, a pesar de ejecutar la actividad, no estaría cumpliéndose la obligación, pues no sería satisfecho dicho interés, en el cual era relevante para la obligación que fuese ejecutada en un tiempo determinado.

En cuanto a la ejecución normal de la obligación, es decir, aquel tipo de cumplimiento que se identifica con el pago efectivo, es necesario señalar ciertas particularidades en cuanto al objeto. El profesor Vidal, basándose en el profesor Moreno, extrae del análisis de la obligación genérica en la compraventa entorno al principio de conformidad y la adecuación del Código Civil español –que posee iguales instituciones que el chileno respecto a esta materia- una importante reflexión, señalando que *“en la obligación genérica (de objeto fungible en la terminología aquí empleada), el objeto es siempre el correspondiente al género, es decir, el que debe ser. En la específica, en cambio, se pueden contraponer dos maneras distintas de entender el objeto. Según una, el objeto es el real, tal como es, con independencia de que tenga o no las cualidades que conforme el contrato debieran tener. Según la otra, el objeto de la obligación no es el real, tal cual es, sino el ideal previsto por las partes; es decir, el objeto real con todas las cualidades que conforme el contrato debe tener. Este modo de entender el objeto, agrega el autor, es aplicable, tanto a obligaciones específicas como genéricas: el objeto de la obligación del vendedor en la compraventa es la de entregar una cosa conforme al contrato. Finaliza diciendo que el objeto no es la cosa tal cual es, sino tal como debe ser y ello hace que pierda sentido la diferenciación entre el régimen de la obligación específica y el de la obligación genérica en lo que a él le interesa, la conformidad de la cosa. Con apoyo en la distinción entre objeto real e ideal el autor una noción amplia de incumplimiento comprensiva de todos los defectos de que puede*

*adolecer la prestación (cuantitativos y cualitativos)*¹⁶⁸. Es relevante este comentario, pues se concluye de él que en las obligaciones de hacer- obligaciones de género como hemos señalado- siempre se deberá un objeto ideal, el cual independiente de los riesgos que acaezcan, deberá siempre cumplir con las características estipuladas por el contrato. No hay deber de cuidado sobre la cosa debida específicamente –salvo el propio de no extinguir el género completo de manera culposa-, pues siempre habrá posibilidad de cumplir la obligación, en última ratio, por un tercero y la persona llamado a determinar ese objeto ideal en caso de conflicto será el juez del caso concreto, interpretando la voluntad de las partes e integrando la norma jurídica, en los casos que lo requieran.

A pesar de que lo debido es un objeto ideal, aquello no quiere decir que no esté expuesto a riesgos que deterioren o mejoren su valor en la práctica, por lo que el juez deberá esclarecer si nos encontramos frente a un riesgo causado por un caso fortuito- en cuyo caso se aplica la regla de distribución que se establezca para él, es decir, la regla de las obligaciones de género-, o bien, si era causado por una infracción en la diligencia promotora¹⁶⁹ exigible al deudor, en cuyo caso a él corresponderá asumir el riesgo¹⁷⁰¹⁷¹.

¹⁶⁸ MORALES MORENO, ANTONIO. *En: VIDAL OLIVARES, Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista, Óp. Cit., p. 44.* Hay que recordar que en este trabajo, la fungibilidad del objeto y la cualidad de genérica de una obligación apuntan a criterios idénticos según vimos en p. 42 y siguientes.

¹⁶⁹ En palabras del profesor Vidal *“La diligencia promotora del cumplimiento consiste en toda la actividad necesaria para que la prestación –contemplada inicialmente como un proyecto ideal– se convierta en una realidad. El deudor, actuando esta diligencia, debe superar toda clase de impedimentos u obstáculos –incluso imprevisibles al tiempo de contratar– que incidan en la ejecución de la obligación. Tratándose de estos impedimentos u obstáculos imprevisibles al tiempo del contrato, como ocurre en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, la diligencia promotora es regla de integración de la prestación, imponiendo al deudor una actividad que no tuvo cómo prever inicialmente y, consiguientemente, unos costos adicionales. El límite de esta diligencia y de la actividad que se puede esperar del deudor está representado por la irresistibilidad de las consecuencias del impedimento u obstáculo. Este límite permite unir la responsabilidad civil por daños con la exoneración de la misma por caso fortuito o de fuerza mayor (artículo 1547 y 45 CC). El deudor incumplidor responde mientras no pruebe que su incumplimiento tuvo por causa un hecho constitutivo de caso fortuito, que se define concretamente, según sea su diligencia exigible”.* VIDAL OLIVARES, Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista, Óp. Cit., p. 45

¹⁷⁰ Esta manera de entender la previsibilidad del caso fortuito se profundizara en las páginas siguientes.

¹⁷¹ Si bien el ejercicio es igual si se aplican las reglas del género que se plantearon, se reafirma la idea de que el caso fortuito no se basta para la determinación de la extinción o sobrevivencia de la obligación, pero si para la responsabilidad que le quepa al deudor. Además, esta visión de cumplimiento afecta de manera más importante a las obligaciones de especie o cuerpo cierto, en general, obligaciones de dar específicas. Lamentablemente, aquello excede por mucho el objeto de estudio de esta memoria, por lo que no profundizare en ello. Sin embargo, cabe resaltar que en dichas obligaciones los deterioros y mejoras son de cargo del acreedor, contraponiéndose en apariencia a lo dicho por el profesor Vidal. No obstante, si se interpreta correctamente el concepto de riesgo y el concepto de objeto ideal, se entiende que en dichas obligaciones pesa un deber de cuidado sobre el deudor, que de cumplir con la diligencia promotora que le es exigible, no sería responsable de los riesgos sucedidos, configurándose un caso fortuito como regla de distribución que en dichas obligaciones pesa sobre el acreedor según el Artículo 1550 del Código Civil.

Sin embargo, y no obstante la importancia de la discusión señalada y de la opinión que pueda tener el lector respecto a ella, es necesario resaltar una idea relevante para nuestro estudio. Todos los autores comparten la opinión de que la imposibilidad de ejecución no implica satisfacer el interés del acreedor o cumplir la obligación contraída, sea pago efectivo o nominal por un objeto ideal o real, o bien, el ejecutar la prestación debida; solo es un modo de extinguir la obligación. De ello puede concluirse dos aspectos importantes. El primero, que el concepto de extinción de una obligación es más amplio que su cumplimiento, estableciéndose que el cumplimiento de una obligación es una de las tantas maneras en que puede extinguirse, entendiéndose como pago efectivo o satisfacción de intereses. El segundo, que es evidente que una obligación por el hecho de extinguirse no puede considerarse como cumplida por el deudor. Pero, ¿Podrá estimarse como incumplida? Ello dependerá de que se entienda por incumplimiento y es lo que ahora habrá que analizar.

3.1.2 La noción de incumplimiento en el derecho civil de las obligaciones.

Nuestro Código Civil no ha definido el cumplimiento propiamente tal, como ya hemos revisado, por lo que la doctrina ha debido cubrir dicha falencia, con la consecuente discusión expuesta. Sin embargo, la situación se agrava aún más respecto al incumplimiento de las obligaciones, noción que cobra relevancia en la actividad jurisdiccional y en la regulación de los conflictos entre las partes. Nuevamente el Código Civil no señala que debe entenderse por incumplimiento, por lo que la doctrina es la llamada a dotar de contenido al concepto de incumplimiento.

El profesor Abeliuk define el incumplimiento como *“la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella. Usando los términos del Art. 1.556, hay incumplimiento cuando la obligación no se cumple, se cumple imperfectamente o se retarda su cumplimiento; dicho de otra manera, cuando se falta íntegramente al pago, o se infringe alguno de los requisitos de este”*¹⁷². Lo cual, desde la perspectiva clásica en que se basa, implica que todo desvío que haga respecto al objeto de la obligación será equivalente a un incumplimiento. Bajo esa perspectiva, si no hay pago efectivo de la

¹⁷² ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p.504

obligación, habría incumplimiento de la misma¹⁷³. Aquello, como ya mencione al hablar del cumplimiento, me parece excesivo.

Por otro lado, la doctrina clásica no se desliga de la noción de que el incumplimiento está ligado a la noción de injusticia o antijuridicidad, situación que no se condice con su misma perspectiva de que incumplir es la inejecución de la prestación a contrario sensu de la definición de cumplimiento que entregan.¹⁷⁴

Los profesores Pizarro, Vidal, Brantt, entre otros, definen, en mi opinión acertadamente, lo que debe entenderse por incumplimiento de manera objetiva, al definirlo como la simple insatisfacción del interés del acreedor, el cual independientemente puede ser culposo o fortuito, de lo cual dependerá su responsabilidad en él¹⁷⁵. El profesor Vidal, volviendo a la distinción entre objeto ideal y real, lo define diciendo que *“el concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor”*¹⁷⁶.

Esta manera de entender la obligación, su cumplimiento e incumplimiento afecta necesariamente el concepto de riesgos que ha entendido nuestra doctrina en general, pues si bien riesgo es “posibilidad de daño” como señalan, ese daño no se hace concreto sobre un objeto en particular; en un sentido más amplio, es la insatisfacción de los intereses de las partes, sea por cualquier causa, como señalamos al principio de este

¹⁷³ Podría argumentarse en contra que estos modos de extinguir se equiparan en sus efectos al pago efectivo. Sin embargo, solo existe tal equivalencia de efectos con la confusión, según el Artículo 1665 del Código Civil. Respecto al resto –dación en pago, la compensación, la novación, la confusión y el término extintivo- no hay mención alguna, por lo que dicha equivalencia no tiene consagración alguna. Ninguno de estos modos implica la ejecución de la prestación, por lo que no podrían, en principio, estimarse como equivalentes al pago efectivo. De hecho, en parte de ellos, sin el consentimiento mismo del acreedor, no poseen efecto alguno de cumplimiento, como es el caso de la dación en pago y la novación; en las otras, se alcanza naturalmente la satisfacción de ese interés de una manera alternativa y por disposición legal se les equipara al pago, por lo que es la satisfacción del mismo lo que prima como criterio de cumplimiento de la obligación.

¹⁷⁴ En el punto siguiente, se criticara el rol de la culpa, por lo que no se profundizara aquí sobre ello.

¹⁷⁵ PIZARRO WILSON, CARLOS, Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual, En: PIZARRO WILSON, CARLOS y VIDAL OLIVARES, ALVARO, Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños, Bogotá D.C., Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 210-211; RODRIGUEZ PINTO, MARÍA SARA. Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios: La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 2014, vol.41, n.3. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000300002&lng=es&nrm=iso>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016], p. 799

¹⁷⁶ VIDAL OLIVARES, Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista, *Óp. Cit.*, p. 47

trabajo¹⁷⁷. En tal sentido, el incumplimiento es el principal riesgo contractual presente en todo contrato y las partes, o en su defecto, el legislador deberá determinar quién debe soportarlo; el acreedor asumiendo la insatisfacción de su interés contractual, o el deudor, resarciéndole los perjuicios causados y/o ejecutando aunque sea tardíamente la obligación de ser posible.

La profesora Brantt afirma lo anterior, señalando que “*dentro de los riesgos existentes al momento de contratar, se encuentra la posibilidad de que no se verifique el cumplimiento fiel y oportuno por parte del deudor, generando con ello daños al acreedor afectado. Si esa eventualidad se concreta, se debe determinar de cargo de cuál de las partes debe ser puesto dicho riesgo*”¹⁷⁸. La autora concuerda a su vez con el profesor Baraona González a quien cita, señalando que “*es evidente que el incumplimiento es un riesgo al que las partes están expuestas y sobre el cual también debieran prever las consecuencias*”¹⁷⁹. Ya se puede deducir de lo anteriormente señalado que la capacidad de las partes para vislumbrar los riesgos que puedan acontecer es limitada y, en su defecto, será el legislador quien deberá realizar la asignación de ellos. La pregunta es ¿El legislador chileno lo ha hecho? En mi opinión, sí, pero no como la mayoría de la doctrina tradicional ha estimado hasta ahora, es decir, a través únicamente de la culpa como criterio de distribución.

3.1.3 Crítica al rol de la culpa clásico en el incumplimiento de las obligaciones.

Como ya referí al hablar de la visión tradicional del incumplimiento, la doctrina que la apoya ha entendido que el incumplimiento va necesariamente aparejado de la culpa como elemento constitutivo del mismo, por lo que en caso de ocurrir un caso fortuito no sería posible.

El profesor Barros Errazuriz lo refiere al decir que la inejecución de la obligación, de proceder de un caso fortuito, “*hace imposible el cumplimiento de la obligación, y que por regla general liberta al deudor*”¹⁸⁰. De igual manera, el profesor Alessandri señala que, en caso de incumplimiento causado por caso fortuito, “*si la obligación es de dar una especie o cuerpo cierto, ella se extingue por la pérdida que sobrevenga por un caso fortuito. Si la*

¹⁷⁷ Véase p. 9 y siguientes.

¹⁷⁸ BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 80

¹⁷⁹ BARAONA GONZALEZ, JORGE, En: BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 81.

¹⁸⁰ BARROS ERRÁZURIZ, Óp. Cit., p. 74

*obligación es de hacer o de no hacer, el caso fortuito también extingue la obligación sin responsabilidad alguna para el deudor y sin que el acreedor nada deba pedir por este capítulo*¹⁸¹. El profesor Claro Solar, por su parte, señala respecto al Artículo 1489 inciso 2º, el cual habla sobre la condición resolutoria tacita-cuya base es el incumplimiento- y la indemnización de perjuicios, diciendo que siendo la culpa o el dolo requisitos indispensables para poder exigir indemnización, *“la norma está manifestando que la falta de cumplimiento o el retardo en el cumplimiento por uno de los contratantes se debe a su hecho o culpa, no a la fuerza mayor o caso fortuito”*¹⁸². El profesor Krebs Poulsen, desde una mirada actual, lo refiere al señalar los argumentos más tradicionales en contra de la visión neutra del incumplimiento, que se plantea por la doctrina actual, señalando los Artículos 1486, 1547 y 1558 del Código Civil como ejemplos de que en nuestro código el incumplimiento, para ser considerado tal, debe provenir del deudor, culposa o dolosamente¹⁸³.

Es forzoso declararse en contra de la opinion argüida por el profesor Krebs Poulsen. El Artículo 1486 no regula el incumplimiento del contrato, sino los riesgos de extinción de la cosa o sus deterioros en obligaciones condicionales. La doctrina cae nuevamente en el error señalado por el profesor Elorriaga De Bonis¹⁸⁴ de confundir el riesgo de la cosa con el riesgo del contrato mismo. En cuanto a los artículos 1547- que regula los grados de culpa en los distintos tipos de contratos- y 1558 no hablan de incumplimiento de la obligación, sino de la responsabilidad del deudor en el mismo. Respecto a la primera norma, solo procederá tal análisis respecto a las obligaciones de medios para determinar el incumplimiento, como veremos más adelante, pero en las de resultado no juega rol alguno para deterinar el incumplimiento o cumplimiento, entendiéndolo como la misma doctrina tradicional lo estipula; la ejecución de la prestación debida. Respecto a la segunda disposición, es evidente que el incumplimiento ya ha sucedido, lo que hace el Artículo 1558 es determinar el alcance de la indemnización del deudor respecto a los efectos del incumplimiento en el patrimonio del acreedor; el juicio es entorno a la extensión de la responsabilidad en ese incumplimiento y no en cuanto a la determinación de si existe o no el mismo, como señalamos con antelación al revisar el Fallo de la Corte de Apelaciones

¹⁸¹ ALESSANDRI, Óp. Cit., p. 80

¹⁸² CLARO SOLAR, Óp. Cit., Tomo X, p. 184

¹⁸³ KREBS POULSEN, Óp. Cit., p. 846-847

¹⁸⁴ ELORRIAGA DE BONIS, FABÍAN “et.al, Loc. Cit. nº 61.

de Santiago de 2006¹⁸⁵; opinar lo contrario sería confundir la regulación de la causa –el incumplimiento- y el alcance de los efectos de la misma, es decir, los daños que causa en particular dicho hecho al acreedor.

En cuanto a las opiniones de la doctrina clásica, es relevante notar, al observar la opinión de los mismos profesores frente al cumplimiento, que existe cierta contradicción respecto al binomio cumplimiento/incumplimiento como lógicamente debiesen entenderse. Si cumplir es ejecutar la prestación debida-es decir equivalente al pago- e incumplir es no ejecutarla culposa o dolosamente, entonces ¿Qué es no ejecutarla fortuitamente? Nadie en la doctrina responde a aquello; se omite este supuesto tercer estado de una obligación creado por la interpretación de la doctrina tradicional, pues la mayoría de autores se limita a referir que el caso fortuito obsta la formación del incumplimiento, inclusive por algunos se cae en la contradicción de estimar cumplida la obligación del deudor.

Este aparente vacío regulatorio frente a este tercer estado, en mi opinión, es fruto de una confusión de términos que sufre la doctrina clásica en cuanto a la interpretación normativa, el cual se ha perpetuado en el tiempo cuando se ha querido estudiar el tema en cuestión. El profesor Urrejola Santa María, en un reciente trabajo¹⁸⁶¹⁸⁷, separa adecuadamente los conceptos de responsabilidad del deudor- el cual es propio de la indemnización de perjuicios- y el de incumplimiento de la obligación. Al señalar los requisitos necesarios para que se constituya la responsabilidad del deudor, enumera el hecho generador del incumplimiento como uno de ellos, estableciendo adecuadamente una relación de elemento-conjunto entre ellos. De esta manera, es posible entender que puede haber un cumplimiento o incumplimiento –sea como satisfacción/insatisfacción de intereses o ejecución/inejecución de la prestación debida- que no tenga su fuente en la conducta del deudor, de tal forma que es posible que el deudor cumpla sin desplegar conducta alguna o incumpla, pero no deba indemnización alguna al acreedor por ello, ya sea por falta de

¹⁸⁵ Véase p. 84-88 y ABELIUK, Loc. Cit. nº 129.

¹⁸⁶ URREJOLA SANTA MARIA, SERGIO. El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del código civil, [en línea], Revista Chilena de Derecho Privado, Diciembre de 2011, n.17, pp.27-69. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000200002&Ing=es&nrm=iso>. [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

¹⁸⁷ Desde ya es necesario advertir que no comparto la conclusión del profesor Urrejola de que existe un régimen subjetivo y objetivo de responsabilidad; la sentencias que en que se sostiene su estudio demuestran que en la jurisprudencia es clara la diferencia entre el incumplimiento y la responsabilidad del deudor en este, pues la responsabilidad de los daños siempre es subjetiva, pero el incumplimiento obedece a un criterio diferente en ciertas obligaciones.

vínculo causal del daño, o bien por ausencia de los otros elementos que son propios de la responsabilidad.

Esta idea puede entenderse de mejor manera si se piensa en un ejemplo como el de nuestra tala de árboles. Supongamos que Juan, dolosamente, no tiene intención alguna de cumplir el contrato de talar los árboles del predio de María. Sin embargo, Pedro, su padre, tercero absoluto para el contrato, va al predio de María y tala todos los árboles que Juan se había comprometido a talar para satisfacer el contrato que este tenía con María, es decir, cumple inclusive contra la voluntad del deudor. Si la culpa o el dolo jugasen algún rol en la determinación del cumplimiento o incumplimiento de la obligación en nuestro Código Civil, el dolo de Juan debiere ser castigado por el mismo, pero no es así. Nuestro Artículo 1572, consagra que el pago de la obligación puede hacerse por cualquiera, salvo que sea de hacer personalísima y el acreedor no apruebe su ejecución por un tercero, es decir, lo importante para determinar si se ha incumplido es si se ejecutó o no la prestación debida –o como la doctrina actual opina, si se satisfizo el interés del acreedor-, pero no si existió o no culpa o dolo del deudor en ello.

En cuanto a las obligaciones de hacer, objeto de esta memoria, el autor hace una serie de distinciones que ayudan a entender cómo se determina el cumplimiento o incumplimiento de las mismas. En las obligaciones de entregar y restituir, las cuales son obligaciones de hacer o de dar por aplicación del Artículo 1548 del Código Civil, la determinación de su incumplimiento pasa simplemente por la constatación de la entrega o restitución de la cosa debida, independiente de la conducta desplegada por el deudor. Se apoya en nuestra Corte Suprema, quien señala expresamente que *“la indemnización de perjuicios o responsabilidad contractual, desde la perspectiva de la teoría clásica, importa el cumplimiento de una obligación por equivalencia, esto es, se trata la indemnización como la misma obligación cuyo cumplimiento se logra por medio de la justicia en naturaleza; mientras que para la teoría moderna, la indemnización constituye una nueva obligación, es decir un deber principal, nunca accesorio. Sin embargo, 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 ¹⁸⁸, en lo cual es patente que el incumplimiento y la imputabilidad del mismo son dos elementos relacionados, pero independientes. En dicho fallo, la Corte Suprema determina que el recurrente no cumple su obligación de entregar 324 elementos de publicidad y que, por la mera falta de esta entrega, ha incumplido con ella.¹⁸⁹ El autor resalta también que la obligación de restitución del arrendatario también se entiende incumplida con la mera falta de ejecución por el deudor, pues el Artículo 1948 del Código Civil establece que la “*restitución de la cosa raíz se verifica desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves*”, criterio que nuevamente la Corte Suprema reafirma con independencia de la diligencia.¹⁹⁰

En cuanto a las obligaciones de los contratos de arrendamiento, comodato y depósito en el Código Civil, se plantea como conjugar las menciones de la diligencia del deudor que aparece exigida en varias de sus disposiciones y este criterio objetivo en la determinación del incumplimiento de las obligaciones de entregar o restituir que los conforman. Comparto absolutamente la respuesta del profesor Urrejola: En dichos contratos existen dos obligaciones; la obligación de entregar o restituir y la de cuidado del deudor. El análisis de la conducta del deudor pesa sobre la segunda de ellas. Esto se justifica plenamente ya que si bien es una obligación de hacer, pero no de resultado como la de entregar, sino de medios.¹⁹¹

¹⁸⁸ Corte Suprema. Sentencia de United Publicidad Limitada con Buschit Publicidad Ltda., Ediciones Moneda S.A. e Ibero American Media Holdings Chile S.A., 29 de Julio 2010 (Recurso de Casación de fondo), Rol N° 6918-2008, Poder Judicial, considerando noveno.

¹⁸⁹ El fallo que menciona el profesor Urrejola es otro, en donde señala que “*la Excm. Corte Suprema entiende que el vendedor de un inmueble tiene que ejecutar dos prestaciones para cumplir con su obligación. Por un lado, debe transferir el dominio a través de la inscripción conservatoria y, por el otro, debe entregar materialmente la cosa vendida. El efecto de dichas dos obligaciones es que “si falta una de esas entregas, háyase o no realizado la otra, el comprador tendrá derecho para pedir el cumplimiento del contrato o su resolución y, en ambos casos, con la correspondiente indemnización de perjuicios”. Es decir, habrá incumplimiento no ejecutando cualquiera de las dos entregas, sin importar la conducta ni el nivel de diligencia que haya desplegado el vendedor en la ejecución de las mismas.*” Corte Suprema. Sentencia de Héctor Saavedra con Pedro Pino, 28 de Julio de 2009 (Recurso de Casación de fondo), Rol N° 2161-2008, Poder Judicial, considerando noveno, En: Urrejola Santa María, Óp. Cit., p. 45. En definitiva, esto refuerza el criterio de que el incumplimiento nada tiene que ver con la diligencia del deudor, inclusive cuando la obligación de entregar tiene el carácter de obligación de dar.

¹⁹⁰ La Corte Suprema dispone que “establecido el incumplimiento contractual por parte de la demandada, traducido en la omisión en la entrega de los bienes señalados en la parte expositiva de este fallo”. Corte Suprema. Sentencia de Reemplazo de Pesquera Luis Andrade S.A. con Marine Harvest Chile S.A, 30 de Junio de 2008 (Recurso de Casación de forma y fondo), Rol N° 5857-2006, Poder Judicial, considerando veintiunavo, En: Urrejola, Óp. Cit., p. 45

¹⁹¹ Ya se analizará más adelante esta importante mención.

En cuanto a otras obligaciones de hacer, como la de construir un inmueble sin vicios de construcción y la de prestar un servicio de transporte con determinado estándar de calidad- las cuales también son de resultados-, la Corte Suprema determina nuevamente que la mera constatación la existencia de dichos vicios o fallas en el estándar de calidad, es suficiente para dar por establecido el incumplimiento, independientemente de que la diligencia del deudor pueda eximirlo de la responsabilidad del deudor en ellos.^{192 193}

En mi opinión, dichos fallos sirven inequívocamente para establecer dos importantes conclusiones. Primero, que jurisprudencialmente el máximo tribunal de nuestro país comprende absolutamente que el incumplimiento en sí mismo esta desprovisto en ciertos casos de la culpa para su determinación, la cual es independiente de la diligencia del deudor incumplidor. Segundo, el incumplimiento no es un riesgo de la cosa objeto de la prestación, sino un riesgo del contrato y, por tanto, no puede distribuirse con la regla de las obligaciones de género o especie, como se ha hecho tradicionalmente.¹⁹⁴

Entonces, ¿Cuál es el rol de la culpa en el incumplimiento? ¿Juega alguno? ¿Y el caso fortuito juega un rol también? Aquello se verá en nuestro siguiente punto.

3.1.4 Prevenciones en las obligaciones de hacer de medios y de resultados en la determinación de las formas clásicas de incumplimiento.

Ya vimos en el punto anterior que la culpa como criterio de determinación del incumplimiento no juega el rol general que le atribuye la doctrina chilena en general. Sin embargo, la clasificación de obligaciones de medios y resultados hace necesario

¹⁹² La Corte Suprema señala que “*habiéndose determinado fehacientemente el incumplimiento contractual del demandado en razón de los graves desperfectos de construcción advertidos en el inmueble*”. Corte Suprema. Sentencia de Reemplazo de Manuel Bórquez con Jorge Reiher, 11 de Mayo de 2011 (Recurso de Casación de forma), Rol N° 2313-2008, Poder Judicial, considerando segundo, En: Urrejola, Óp. Cit., p. 53. Respecto al contrato de transporte con determinado estándar de calidad, señala que “*no cumplió una de las obligaciones esenciales que impone el artículo 1924 del CC al arrendador, esto es, la de mantener la cosa arrendada en estado de servir para el fin que ha sido arrendada*”. Corte Suprema. Sentencia Pesquera El Golfo S.A. con Servicios Integrados Transportes, 4 de Mayo de 2004 (Recurso de Casación de forma y fondo), Rol N° 3227-2002, Poder Judicial, considerando treceavo.

¹⁹³ En los diversos fallos citados efectivamente se condena a la indemnización de los perjuicios, pero el criterio utilizado para tal decisión es el carácter culposo del incumplimiento, no el incumplimiento en sí mismo. Dicha diferencia es sustancial si se tiene en cuenta la opinión de la doctrina más clásica en Chile.

¹⁹⁴ Si se analizan los fallos citados en este trabajo, el incumplimiento se concreta por el incumplimiento de la obligación, el cual, si es una obligación de cuidado, se puede traducir en extinción o deterioro de la cosa, pero aquello no es más que consecuencia de la naturaleza de dicha obligación. Por ejemplo, en el caso de la obligación de entregar, el incumplimiento se completa con la falta de la misma, sin daño alguno necesario sobre la cosa objeto de la prestación, por lo que dicho incumplimiento es exento de daños en la cosa misma y, sin embargo, un riesgo primordial se ha concretado para el acreedor, quien vera insatisfecho su interés.

responder una cardinal pregunta: Según esta categorización, ¿Cuándo estará incumplida la obligación?

Se entiende que las obligaciones de resultado son aquellas en que el deudor se obliga a obtener un fin determinado con su obligación para satisfacer el interés del acreedor, mientras que en las de medios, el deudor se obliga a desarrollar una actividad empleando un nivel de diligencia determinado para ello, pero sin comprometerse de manera alguna a obtener un determinado efecto o fin con la misma.¹⁹⁵¹⁹⁶

Tomando en cuenta su definición, es necesario entender que el incumplimiento en general puede asumir tres formas clásicas: la falta total de cumplimiento de las obligaciones, el incumplimiento parcial de la o las obligaciones que emanan del contrato, y el cumplimiento tardío de la o las obligaciones del mismo, el cual deriva de la mora¹⁹⁷. En las obligaciones de resultados todos estos elementos son fácilmente comprobables; o bien no se obtuvo el resultado, o solo se obtuvo una parte de lo esperado o se obtuvo fuera del plazo conferido. Frente a los dos primeros escenarios, basta con decir que es carga del deudor el probar su cumplimiento, pues nuestro legislador le impone dicha carga; por tanto, es deber de él acreditar que obtuvo el resultado obtenido en su totalidad, es decir, que cumplió. De lo contrario, habrá incumplido su obligación, lo cual nada tiene que ver con su responsabilidad en ello, como ya se advirtió en este trabajo.

Respecto al cumplimiento tardío, cobra real relevancia el rol de la culpa y el caso fortuito. Tomando en cuenta lo que es el cumplimiento, en este último escenario el interés del acreedor puede estar o no satisfecho, o bien como la doctrina clásica lo entiende, la prestación puede haberse principiado su ejecución, el plazo puede jugar dos roles distintos. Dependerá de si el plazo estipulado por las partes es parte o no del contenido de la obligación si es relevante en el cumplimiento de la obligación. Supongamos un

¹⁹⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003 p. 222 y siguientes

¹⁹⁶ PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, [en línea], Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, n.31. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200005&lng=pt&nrm=iso. [Consultado: 30 de Enero de 2017], p. 257-258

¹⁹⁷ FARAH SALAZAR, FOUAD, Separata 7, Efectos de las obligaciones. El incumplimiento, documento electrónico, disponible en http://www.farahabogados.cl/arcis/obligaciones2015/separatas/Separata_7_Efectos_del_incumplimiento.pdf, [Consultado: 15 de Agosto de 2016], p. 23. Este texto en particular sirve de ejemplo para determinar cómo se enseñan en las cátedras de Derecho de las Obligaciones las formas más comunes del incumplimiento.

contrato de arriendo en que el arrendatario restituye fuera de plazo el bien arrendado. La obligación principal y esencial es restituir el bien y si el plazo fue infringido, pero no es un término esencial de la obligación, es decir, no forma parte de su contenido, es posible concluir que la obligación está cumplida. No obstante, si dicho incumplimiento fue culposo, deberá indemnización de perjuicios al acreedor por el retraso, pues la culpa forma parte de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual. Al contrario, de ser fortuito, el Artículo 1558 del Código Civil establece claramente que *“la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”*. Sin embargo, si el plazo si formase parte del término esencial del contrato ¿Qué sucedería con la obligación en sí? Si el deudor ejecuta la prestación en mora, no estaría cumpliendo la obligación, por lo que aun estaríamos hablando de incumplimiento de la misma, no de responsabilidad del deudor en ello. Supongamos que el arrendador se compromete a pasarle la casa al arrendatario por el mes de Enero para las vacaciones del mismo, pero debido a no realizar las mantenciones necesarias la casa, se derrumba. La obligación en este caso estaría incumplida, a pesar de que el arrendador se la facilitara en Febrero, pues el plazo de entrega es esencial para el arrendador. Hay incumplimiento y también responsabilidad. En cambio, si la casa se derrumbara por un terremoto, también habría incumplimiento –no se ha entregado la casa debida-, pero no habría responsabilidad alguna del arrendador; no debe indemnizar de manera alguna al arrendatario por su incumplimiento.

Sin embargo, en las obligaciones de medios, el determinar su incumplimiento es más complejo. El profesor Pizarro Wilson señala que *“al deudor se le exige una conducta diligente para que logre la satisfacción de la prestación comprometida. No existe un compromiso con el resultado”*¹⁹⁸. De tal manera al deudor no se le exige un resultado particular de la actividad, sino que desarrolle una prestación y lo haga con la diligencia que se estipule en el contrato. Y aquello es porque en estas obligaciones, la diligencia del deudor es parte integral del contenido. Es lo que la profesora Brantt señala como la diligencia integradora, diciendo que es la *“diligencia que dota de contenido y determina la prestación”*¹⁹⁹. Los profesores Baraona González y Pizarro Wilson profundizan en dicho

¹⁹⁸ PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, *Óp. Cit.*, p. 257

¹⁹⁹ BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, *Óp. Cit.*, p. 116. En la misma línea VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, EL incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado: Una relectura de las disposiciones del “código civil” sobre incumplimiento, En: El Código Civil de Chile (1855-2005) (Santiago, 3-6 Octubre de 2005), El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos

concepto. El primero señala que en estas *“el deber de actuar diligentemente se integra en la prestación, dándole contenido”*²⁰⁰, por lo que la diligencia no es parte del juicio de responsabilidad del deudor, sino del de cumplimiento de la obligación. El segundo autor resalta el hecho de que *“sólo en las obligaciones de medio el deudor para determinar si cumplió o no, debe realizarse un análisis de su conducta destinada a la satisfacción del interés del acreedor. En este sentido debe entenderse el artículo 1547 CCCh., el cual recoge la denominada prestación de culpas, en conformidad a la cual el deudor responde de culpa leve, levísima o lata, según la utilidad que le reporte el contrato a las partes. Es decir, la regla citada contempla distintos grados de diligencia exigibles al deudor para evaluar si satisfizo o no la obligación comprometida”*²⁰¹. Es por todo lo señalado anteriormente que, para la doctrina actual de las obligaciones, en estas obligaciones la diligencia se confunde absolutamente con el contenido de la prestación debida, es decir, lo debido es la diligencia del deudor, por lo que de haber culpa del deudor, habrá incumplimiento; en caso de no haberla, habría cumplido.

En opinión de este tesista, dicha conclusión necesita ser matizada, tomando en cuenta las formas que puede asumir el incumplimiento contractual. En primer lugar y a modo general, en todo análisis de una obligación de medios, el juicio de la diligencia es totalmente objetivo, en base al estándar de diligencia exigible al deudor, el cual dependiendo de cada contrato, se encontrara obligado a desplegar un mayor o menor grado de la misma en la ejecución de su prestación. Por tanto, el estándar del cumplimiento de esta obligación no es subjetivo, pues en cada contrato se encuentra regulado por el Artículo 1547 del Código Civil y la buena fe. Es correcto, por tanto, que el juicio de la diligencia del deudor, en el caso de estas obligaciones, es parte integral del cumplimiento de la misma, de tal forma que no puede cumplirse una obligación de medios sin que se preste la diligencia integradora. Sin embargo, tomando en cuenta los escenarios clásicos del incumplimiento, es posible imaginar contextos en que no sea posible estimar como cumplida la obligación, a lo menos en ciertas obligaciones de hacer, sin importar la diligencia del deudor.

expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación, Santiago, Chile, Editor Alejandro Guzmán Brito, 2007, p. 41-42

²⁰⁰ BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva, [En línea], Revista Chilena de Derecho, 1997, vol. 24. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650027.pdf>>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016], p.167

²⁰¹ PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, Óp. Cit., p. 258

Pensemos en el contrato de servicios médicos tan ocupado como ejemplo de obligaciones de medios. Juan contrato a la doctora María para que le realice una operación tres meses más adelante. La obligación de María es claramente de hacer, pero la auténtica pregunta es ¿María se compromete solo a actuar diligentemente? No. Se compromete a realizar una determinada actividad diligentemente. Omitir esto en análisis equivaldría a decir que todas las obligaciones de medios son iguales, sea de servicios médicos o la defensa de un abogado en juicio, por tanto, la actividad misma también se encuentra integrada dentro del contenido de la obligación de hacer. Por lo mismo, no puede entenderse el cumplimiento de una obligación de medios sin que se haya principiado con la ejecución de la obligación. Supongamos que Juan fallece atropellado un mes después de firmado el contrato. María, según la opinion de la doctrina, habría cumplido el contenido de su obligación de servicios médicos- según estos autores su diligencia debida-, pues el caso fortuito le exoneraría de toda culpa que pudiera caberle, teniendo derecho a que se le paguen sus honorarios, a pesar de no haber realizado ninguna operación. Dicha conclusión contraviene todo principio de justicia que puede haber en el Derecho, además de contravenir el concepto de cumplimiento, entendido como estos mismos autores lo entienden, la satisfacción del interés del acreedor.

Esta crítica se ve atenuada si se piensa en cuando efectivamente se inicia el cumplimiento de la determinada actividad, puesto que ello determinara si el deudor ha cumplido con su obligación. En nuestro ejemplo, pensemos en que previamente al fallecimiento de Juan, María ha tenido varias consultas médicas para evaluar las condiciones de salud de Juan para la operación. ¿Aquello forma parte de los servicios médicos contratados? Pues dependerá si se encuentran regulados dentro del mismo contrato o no. De serlo, María efectivamente habría principado la ejecución de su obligación, por lo que solo quedaría determinar si cumplió con la diligencia que le es exigible para determinar si cumplió o no. En caso de no estarlo, no puede concluirse razonablemente que haya cumplido su obligación, independiente de su diligencia empleada, pues ¿Cómo podría analizarse la diligencia en una actividad determinada, si no se ha realizado ninguna?

De igual manera, en el segundo escenario del incumplimiento- incumplimiento parcial de la o las obligaciones-, puede presentarse el mismo análisis si un caso fortuito acaece en medio de la operación. Dependiendo de la naturaleza del suceso, es decir, si torna imposible perpetuamente la obligación o no, María podrá quedar liberada de su obligación-

como es el caso de la muerte del paciente-, pues efectivamente habrá empleado la diligencia y su actividad ha concluido. No obstante, puede ser que deba continuar con la operación una vez cesado el efecto del caso fortuito si este no se constituye como un impedimento absoluto para la ejecución de la misma, es decir, como parte integral de la imposibilidad de ejecución, como sucedería si se cayera el techo del pabellón, a pesar de que se han hecho las revisiones y mantenciones necesarias. Esto se debe, en mi opinión, a que si bien una obligación de medios implica una diligencia que está integrada al contenido de la misma, la actividad en si misma implica una ejecución, el cual tiene un comienzo y un fin, el cual no involucra un determinado resultado, sino un comportamiento analizado objetivamente. Por tanto, dependerá de cada actividad y de la naturaleza del obstáculo y sus efectos en la misma, si la actividad se ha desarrollado objetivamente y con la diligencia debida; en definitiva, el juez del caso concreto deberá determinarlo.

Por último, en el tercer caso de incumplimiento- cumplimiento tardío de la obligación-, deben analizarse los casos en que el plazo es parte del contenido de la obligación y rol que puede jugar el caso fortuito. Si constituye un término esencial, en principio, la obligación impedida en su ejecución oportuna por un caso fortuito se extingue, siempre que se cumplan los supuestos de imposibilidad de ejecución. Sin embargo, de no ser un término esencial, aquello solo podría estimarse como un retraso inimputable al deudor, como ya se explicó anteriormente, pero no involucraría que el deudor queda liberado de su obligación, a pesar de ser una obligación de medios en que su diligencia es parte de su cumplimiento. Nuevamente, esto es debido a que el comportamiento no ha sido completado, independiente de su resultado, pues ha sido interrumpido por el caso fortuito en cuestión.

Todas las críticas expresadas radican en lo que es el profesor Revéco Urzúa resume señalando que *“en última instancia todas las obligaciones apuntan a un resultado, sólo que en las denominadas obligaciones de medio el resultado se presenta más estrecho (...) Lo anterior fundado en el hecho de que siempre la prestación tiende a satisfacer un interés del acreedor, de modo que lo que ocurre es que finalmente en las obligaciones de medio el resultado se reduce al “intento”*”²⁰². Sin que ese “intento” se haya concretado, en

²⁰² REVECO URZÚA, RICARDO, Obligaciones de medios y resultado, Derecho Civil III: Obligaciones, [en línea], Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 01 de Abril de 2008. Disponible en: < https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D122A0415/1/material_docente/bajar?id_material=161657>, [Consultado: 25 de Enero de 2017], p. 5-6

definitiva, sin que el comportamiento exigible objetivamente se haya comprobado, no puede hablarse de que se ha cumplido la obligación, independiente de que sea o no exigible un resultado al deudor²⁰³.

En síntesis, en toda obligación, sea de medios o de resultados, existe un elemento objetivo que es parte del contenido de la misma, que en caso de no verificarse, se estimara que la obligación esta incumplida. En las obligaciones de resultado, este elemento se confunde con el fin esperado por el acreedor: en las de medios, si el comportamiento o actividad se ha desplegado por el deudor. En estas últimas, una vez realizada la actividad, deberá también verificarse si se hizo con la diligencia exigible al deudor para poder estimar como cumplida la obligación de este.

3.1.5 Las nociones de incumplimiento fortuito e incumplimiento esencial en relación a la teoría de los riesgos general.

Tomando en cuenta lo dicho respecto al incumplimiento, es claro que su clasificación de fortuito o culposo implica mezclar dos conceptos diversos. Por un lado el incumplimiento es un hecho cuya causa puede estar en la culpa o en un caso fortuito; por otro, la distinción del juicio de diligencia tiene que ver más con el juicio de responsabilidad, pero también con el de previsibilidad e irresistibilidad del caso fortuito.²⁰⁴

Por tanto, entre el incumplimiento en general, incumplimiento culposo el incumplimiento fortuito existe una relación de género-especie, por medio de la cual se puede distinguir claramente que esta calificación afecta claramente en el juicio de responsabilidad y, por ende, con el fundamento de la responsabilidad del deudor y la procedencia de la indemnización de perjuicios.

En el incumplimiento culposo, habrá responsabilidad del deudor y por ello deberá responder de los perjuicios causados. Las acciones indemnizatorias que asisten al deudor no castigan el incumplimiento en sí mismo, sino la culpa del deudor en él. En contraposición, un incumplimiento fortuito involucra incumplir la obligación –como sea que se quiera interpretar; como inexecución de la prestación o como insatisfacción del interés-

²⁰³ La profesora Brantt llega a la misma conclusión, aunque se basa en la falta de diligencia como parte integrante de la obligación, a diferencia de lo expuesto, que se basa en una actividad objetiva exigible. BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 208-209

²⁰⁴ En breve analizare estos dos últimos juicios, fundamentales para entender de una manera distinta la distribución de los riesgos contractuales.

, pero no hay responsabilidad del deudor y, por lo mismo, no hay lugar a la indemnización de los perjuicios causados por dicho incumplimiento, pero ello no implica que la obligación esta cumplida²⁰⁵, como ya planteaba hace tiempo el profesor Fueyo, pues como prueba viviente de ello es que así ha sido interpretado en diversas legislaciones en el mundo – como sería el Código Civil Boliviano en su Artículo 577; el Italiano en su Artículo 1463; y el Argentino en su Artículo 895, este último basado en el Código Civil Francés y el jurista francés Pothier²⁰⁶. Aquello evidencia una idea fundamental para la comprender este riesgo contractual: El incumplimiento puede ser causado tanto por la culpa –lo cual está perfectamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia- como por el caso fortuito, por lo que es necesario determinar si nuestro legislador regula los efectos que tiene este en el cumplimiento de la obligación, no solamente en los daños que se derivan de este.

Sin embargo, para ello es relevante determinar cuándo esta auténticamente incumplida una obligación²⁰⁷. En ello influye la otra noción en análisis, el incumplimiento esencial, o bien, el cumplimiento esencial. Ambas nociones son dos caras de la misma moneda; en el fondo se busca delimitar si el deudor ha satisfecho de manera suficiente el interés del acreedor, pues si bien puede producirse una diferencia entre el objeto ideal de la obligación y el objeto realmente cumplido, este último aún posee una utilidad suficiente para que el acreedor pueda lograr el fin esperado por el contrato, no obstante de que aún podrían proceder indemnizaciones de perjuicios dependiendo del juicio de responsabilidad de los perjuicios causados por la diferencia entre lo ideal y lo realmente cumplido; o bien, desde el otro lado de la moneda, la prestación realmente realizada por el deudor es insuficiente para satisfacer el interés comprometido en el contrato y, por ende, la obligación esta incumplida²⁰⁸.

²⁰⁵ Como se analizara más adelante, ello posibilita la resolución del contrato, pero no de manera ilimitada como se ha pretendido. En palabras del profesor Vidal, “*el caso fortuito o de fuerza mayor (...) inciden únicamente en la indemnización de daños y si se quiere, por vía de consecuencia, en la pretensión de cumplimiento específico*”. VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, La noción de incumplimiento esencial en el “Código Civil”, [en línea], Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Junio de 2009, n. 32. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100006&lng=es&nrm=iso>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016], p. 225

²⁰⁶ FUEYO LANERI, Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones, Óp. Cit., p. 332

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 312

²⁰⁸ Este trabajo no se profundizara pormenorizadamente en este concepto. Se utilizara como referencia la siguiente memoria, la cual se recomienda para su análisis más detallado: GONZÁLEZ LAGOS, FELIPE Y NOVANI CORREA, STEPHANO. Algunos problemas de la resolución por incumplimiento en la contratación contemporánea [en línea]. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140333>>. [Fecha consulta: 28 de Febrero 2017].

Para dilucidar si esta esencialmente incumplida de manera irremediable, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado diversos criterios, los cuales el profesor Vidal, tomando en cuenta la discusión en el derecho comparado, la jurisprudencia nacional y especialmente el Artículo 1926 del Código Civil sobre el incumplimiento en la entrega del bien por parte del arrendador, analiza al Código Civil Chileno para determinar los incumplimientos que son lo suficiente graves para entender incumplida absolutamente la obligación ²⁰⁹.

Estos incumplimientos graves se pueden catalogar en tres tipos:

a) Aquellos que privan al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

Este es el más obvio de los escenarios, pero debe enfocarse desde la perspectiva del interés del acreedor en el contrato. En ese sentido, puede plantearse cuando la prestación se ha vuelto imposible, volviendo imposible el interés del acreedor; cuando a pesar de ser posible la actividad en sí, ya no reviste ningún interés para el acreedor²¹⁰; y por último, si bien la actividad es posible, el fin práctico que se deseaba alcanzar con su ejecución, producto del incumplimiento inicial del deudor, se ha desvanecido²¹¹. En este caso la gravedad es objetiva y se dirime por el impacto que tiene en el interés del acreedor

b) Aquellos que sean dolosos, por culpa grave o, en definitiva, en que se denote una actitud del deudor que demuestre que ha deliberadamente incumplido con el contrato.

El autor cita acertadamente al profesor Diez Picazo, el cual señala que *“por sí solo no alcanza la categoría de sustancial, pero permite establecer la fundada idea de que el*

²⁰⁹ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, La noción de incumplimiento esencial en el "código civil", [en línea], Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Junio de 2009, n. 32, pp.221-258. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100006&lng=es&nrm=iso, [Consultado: 15 de Agosto de 2016]. En este mismo trabajo, el autor hace un análisis de la legislación internacional aplicable, la cual si bien no se trata en esta memoria, puede ayudar al lector a interiorizarse de la discusión suscitada en la comunidad internacional. En razón de que esta memoria se centra en la interpretación nacional, no se profundizara en ello. Esto está ligado íntimamente con la facultad resolutoria del acreedor, lo cual es tratado por el autor en otro trabajo, que se analizara más adelante.

²¹⁰ Como sucede en las obligaciones con término esencial. Sin embargo, este escenario descrito por el autor se acerca más a una imposibilidad de ejecución, pues si ese interés desaparece por no ejecutarse en un momento determinado, aquello quiere decir que el plazo era parte del contenido de la obligación.

²¹¹ El ejemplo más claro de esto es el arrendamiento de una casa en la playa para las vacaciones de invierno, si no se cumple en el momento indicado, a pesar de cumplirse posteriormente, el fin buscado por el arrendatario no se logra, pues ya no servirá para las vacaciones de invierno planeadas. Sin embargo, es claro que un retraso menor, por ejemplo de un día de los quince de vacaciones, no es lo suficientemente grave para categorizar dicho incumplimiento de "grave", a diferencia de uno de diez días. En definitiva, dependerá del caso concreto cual puede ser categorizado de grave o no.

*contrato no será cumplido en el futuro*²¹². Ello es debido a que lo relevante no es cómo impacta el interés del acreedor, sino la confianza en la futura corrección del incumplimiento inicial por parte del deudor al acreedor. En este caso, la gravedad es subjetiva²¹³, pues lo vulnerado es la buena fe contractual, consagrada en el Artículo 1546 del Código Civil.

c) Aquellos incumplimientos que las partes eleven al grado de “grave” de común acuerdo.

Esto es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que es lógico que si estas han acordado que es de la esencia del interés una determinada obligación o característica –por ejemplo una pelota este firmada previa su entrega al acreedor por un jugador determinado- es obvio que de no estar firmada, aquello contraviene absolutamente el interés de la parte.

Sin embargo, ¿En que influye esto en la distribución del incumplimiento como riesgo contractual? La respuesta es clara. El carácter de grave influirá en los medios que posee el acreedor para protegerse de él y como se distribuirán los efectos que causa dicho incumplimiento en su interés. Dichos medios son caracterizados como “*sistema de remedios al incumplimiento contractual*” o “*remedios del acreedor*”, que es lo que trataremos brevemente a continuación.

3.1.6 Breve noción de los remedios del acreedor frente al incumplimiento contractual en las obligaciones de hacer.

Los remedios del acreedor al incumplimiento contractual en las obligaciones de hacer se pueden resumir en dos artículos generales, salvo normas que regulen los casos específicos; Los Artículos 1553 y 1489, ambos del Código Civil.

La primera de estas normas plantea que una vez constituido en mora el deudor, el acreedor podrá, además de demandar la indemnización por la mora, requerir una de tres opciones a saber:

²¹² DIEZ PICAZO, En: VIDAL, La noción de incumplimiento esencial en el "código civil", Óp. Cit., p. 253

²¹³ Este incumplimiento doloso es en sí mismo grave, independiente de la calificación objetiva de gravedad, pues el dolo en sí mismo – y la culpa grave por su equivalencia con él- implica una actitud antijurídica punible con todas las medidas que disponga el acreedor para protegerse de sus efectos perniciosos.

a) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. (Artículo 1553 N° 1)

Esta es la opción conocida por el nombre de “cumplimiento forzado de la obligación”, en la cual el acreedor solicita al juez que aplique los apremios legales correspondientes para intimar al deudor a ejecutar la prestación debida. Ello es debido a que es un principio de realidad que nadie puede ejecutar algo en contra de su voluntad, por lo que se presiona a hacerlo.

b) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. (Artículo 1553 N° 2)

Tratado ya latamente en esta memoria, en este escenario el acreedor solicita al juez que se le autorice para ejecutar la obligación por un tercero, pero que el coste de dicha ejecución lo pague el deudor, pues la obligación de hacer en general no toma en cuenta el quien la ejecuta para estimarla como cumplida, como se puede concluir del Artículo 1572 del Código Civil.

c) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. (Artículo 1553 N° 3)

El acreedor, adicionalmente a la indemnización moratoria, demanda de una indemnización de carácter compensatorio, por la infracción del deudor al caer en incumplimiento. Es fácilmente deducible que, en esta opción en particular, el rol de la culpa es determinante. No se puede hablar de una “infracción” sin desvincularlo del juicio de responsabilidad inherente en él, sin embargo, aquello es producto de que nuestro legislador presume la culpa del deudor en el incumplimiento.

No obstante, en las otras dos opciones del acreedor no se advierte necesariamente un juicio subjetivo del deudor, sino la mera comprobación del incumplimiento del mismo²¹⁴. Como ya se asentó como premisa que en general las obligaciones de hacer no están expuestas a ser imposibles de cumplir en general, con las excepciones ya explicadas²¹⁵, el deudor no puede liberarse de la misma arguyendo ni siquiera un caso fortuito²¹⁶. Por lo

²¹⁴ Obviamente, si la culpa está presente en el incumplimiento todos los remedios proceden, cuestión que es aceptada unánimemente. Por lo mismo, no se profundizara en ello en este trabajo.

²¹⁵ Véase p. 45 y siguientes

²¹⁶ En el siguiente punto se explicara el auténtico rol del caso fortuito, el cual no es más que exonerado de la responsabilidad y, en algunos casos puntuales, suspende la exigibilidad.

mismo, el deudor solamente podría argumentar que un caso fortuito ha impedido su cumplimiento oportuno, e inclusive podría justificar el por qué aun no cumple la obligación, en caso de persistir el caso fortuito, pero en modo alguno se libera de la misma; lo que se suspende es la exigibilidad de ella y se exonera al deudor de la responsabilidad en el falta de cumplimiento, pero no de la obligación en sí, salvo que concurra el modo de extinguir imposibilidad sobrevinida de la obligación.²¹⁷

En tal sentido, de no estar extinta, el deudor puede ser compelido a cumplirla, pudiendo defenderse de tales apremios invocando una imposibilidad total, objetiva, actual, pero temporal de ejecución, pues en tal situación, ninguno de los remedios que confiere la norma soluciona el incumplimiento del contrato. En caso de los apremios, si la imposibilidad es subjetiva, el deudor debiese haber derivado con antelación al requerimiento del acreedor, o bien, si el obstáculo sobrevino justamente al tiempo de la ejecución, derivarlo en un tercero inmediatamente para salvar el escollo, en vez de esperar la reconvención judicial. Por tanto, es necesario que dicha imposibilidad sea objetiva, pues ¿Qué sentido tendría compeler a alguien a cumplir si dicha actividad es temporalmente imposible para cualquier persona, independiente de que sea o no el deudor?

En cuanto al Artículo 1489, es una norma extremadamente relevante para todo contrato bilateral, pues en ella se consagra la denominada “condición resolutoria tácita”, en los 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.”

Desde la perspectiva planteada en la presente investigación, se pueden identificar tres elementos principales en esta norma: el incumplimiento como base de la condición, la acción resolutoria para alegar dicha condición y la indemnización de perjuicios.

²¹⁷ BRANTT, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Óp. Cit., p. 191 y siguientes. La autora en cuestión encabeza dicha postura, junto con otros autores, en que se afirma, en mi opinión, acertadamente, que los Artículos 1547 y 1558 del Código Civil solo reglamentan la indemnización de los perjuicios causados al acreedor, pero en caso alguno la extinción de la obligación. Más adelante se profundizara en este punto.

Desde la visión clásica del incumplimiento se ha argumentado por toda la doctrina que la aplicación de esta norma es imposible, pues el carácter del incumplimiento debe ser culposo para su procedencia. Sin embargo, como ya se ha demostrado en este trabajo y en los de los autores citados a lo largo de él, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han avanzado hacia una visión del incumplimiento desprovista de un juicio subjetivo del deudor. Sea en las obligaciones de resultado –en que es evidente que el incumplimiento se comprueba con la de la ausencia del resultado- como en las obligaciones de medios – en que si bien la diligencia es analizada, no lo es subjetivamente, y siempre que se cumpla con la actividad objetiva exigible-, el incumplimiento puede concretarse, pues es objetivo, pero neutro.

Nuestra doctrina ha definido condición como “un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o la extinción de un derecho”, siendo este el último su carácter “resolutoria”.²¹⁸ En el caso de la condición resolutoria tácita, el hecho futuro e incierto es el mismo incumplimiento de las obligaciones por las partes.

Tradicionalmente se ha calificado a esta condición con las siguientes características²¹⁹:

a) Resolutoria.

Evidente porque extingue un derecho, el del deudor incumplidor para exigir su contraprestación.

b) Tácita.

Se ha entendido que es de tal clase por razones de texto, pues se señala que “*va envuelta*” o incorporada a todo contrato bilateral. Para ello se han dado diversas justificaciones como la causa, la interdependencia de las obligaciones, la equidad y la voluntad presunta de las partes. En mi opinión, esta última posición es bastante comprensible, pues siendo esta condición un elemento de la naturaleza del contrato, las partes, de desear lo contrario, podrían excluirla. Además, tomando en cuenta la ficción del conocimiento de la ley consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, en verdad no puede hablarse de una voluntad “presunta” de las partes, pues ellas saben, o mejor dicho, deben saber de la

²¹⁸ MEZA BARROS, RAMÓN, Óp. Cit., p.32;

²¹⁹ ABELIUK, Óp. Cit., p. 314

existencia de esta condición cuando suscriben un contrato bilateral, la cual podrían desechar de desearlo expresamente al contratar.

c) Negativa.

Puesto que se basa en que no ocurra un hecho; que no haya cumplimiento de la obligación.

d) Debe ser declarada judicialmente para producir sus efectos.

A diferencia de la condición resolutoria ordinaria, esta condición debe ser declarada en la sentencia definitiva para surtir efecto, por lo que la sentencia tiene un efecto declarativo, no constitutivo.

e) Potestativa.

Tradicionalmente se ha entendido de esta manera, pues el incumplimiento estaba ligado con la culpa del deudor de tal manera, que era imposible que ocurriese sin mediar la voluntad o la falta de diligencia de este y la voluntad del acreedor de ejercer su derecho a resolver.²²⁰

Sin embargo, la doctrina moderna, en vez de aceptar la dualidad del incumplimiento como riesgo y como base de la condición resolutoria tacita, ha criticado el carácter de “condición” de la misma. El profesor Vidal señala expresamente que *“debe superarse la idea de la resolución como efecto de una condición resolutoria tacita, o sobrentendida, basada en una voluntad presunta de los contratantes. La norma del artículo 1489 no prevé una auténtica condición. Las condiciones son eventos futuros e inciertos establecidas por las partes expresamente en los contratos con el fin de hacer depender de su ocurrencia la eficacia de negocio. El incumplimiento no puede ser considerado como un evento condicional, pues el cumplimiento es un hecho debido y los efectos del incumplimiento no se ponen en movimiento por efecto de una condición, sino por la aplicación del contrato o de la ley dispositiva”*²²¹.

²²⁰ Más adelante se criticara este aspecto de esta condición.

²²¹ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, En: PIZARRO WILSON, CARLOS (Coordinador), Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 348. Su opinión encuentra eco también en: MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA, El incumplimiento resolutorio en el Código Civil, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011.

Es claro que la idea más general de riesgo contractual –como posibilidad de daño, tal como se refiere del profesor Gavidia al comienzo de esta tesis²²², y el incumplimiento en sí mismo, se entienda como la visión planteada de la inejecución de la prestación o la insatisfacción del interés del acreedor, tienen plena identidad entre ellos. El incumplimiento contractual es un riesgo contractual, pero también es una condición; un hecho futuro e incierto, pues siempre es posible que el deudor no cumpla o no pueda cumplir con su obligación, causándose un daño al acreedor, el cual tiene derecho a esperar que se satisfaga su interés. Es por ello que el legislador constituye al incumplimiento como una condición, con el fin de proteger al acreedor de dicho riesgo contractual y la hace parte de un elemento de todos los contratos bilaterales. No obstante, en cuanto a la faceta resolutoria, esta condición no le protege del efecto propio del incumplimiento, es decir, de la insatisfacción de su interés. La acción resolutoria no hará que el acreedor satisfaga el fin buscado por el contrato; en realidad lo que hace es protegerlo de otro efecto del incumplimiento, sea culposo o fortuito del deudor. El incumplimiento como condición sirve de supuesto en la búsqueda de la extinción del derecho del deudor como acreedor de la contraprestación, liberando a su contraparte del deber de satisfacer su interés. De esta manera, esta norma se erige como el mecanismo de distribución de riesgos elegido por el legislador para asignar los efectos del incumplimiento en la contraprestación del deudor, pues si sucede la insatisfacción del acreedor, no es el único afectado por el mismo, el deudor también recibe su parte en tal infortunio, sea que haya incumplido culposa, dolosa o fortuitamente, pues el derecho de su contraprestación es susceptible de extinguirse a su vez.²²³ De esta manera, la condición resolutoria tácita se erige como la principal garantía del acreedor frente al riesgo contractual del incumplimiento de la obligación.²²⁴

²²² GAVIDIA, Loc. Cit., nº 9

²²³ Esta posición de repartición de los daños causados por el incumplimiento fortuito es basada en la esbozada someramente por el profesor Vial del Río que recomienda una división del 50-50 del riesgo contractual. VIAL DEL RÍO, VICTOR, Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno, Santiago, Chile, Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, 2003, p. 124-126. Sin embargo, el profesor confunde nuevamente el riesgo de la cosa con el riesgo del contrato. En la división del riesgo que se plantea en esta memoria, el acreedor asumiría el quedar insatisfecho por el deudor debido a la imposibilidad de ejecución, pero el deudor asumiría el riesgo de que debido a dicha imposibilidad no pueda cumplir con su obligación, la que se extinguiría por la resolución del contrato causada por la condición resolutoria tácita. Esto siempre se aplicaría a los casos no regulados expresamente, por lo que el Artículo 1550 del Código Civil aún se alza como una barrera para los contratos que haya una “entrega de cuerpo cierto”. En tal sentido, las obligaciones de hacer en general –salvo aquellas que consistan en la entrega de un cuerpo cierto- se encuentran reguladas, según mi opinión, por esta forma de distribuir esta faceta del riesgo del incumplimiento, concordante en todo con la aplicación de la regla de las obligaciones de género.

²²⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Óp. Cit., p. 399

Sin embargo, aún es posible compartir la opinión del profesor Vidal al respecto, pero de manera matizada. El autor señala que el cumplimiento es un deber del deudor, lo cual es cierto, pero en mi opinión, si quiere entenderse cumplimiento como la doctrina actual de la que forma parte este autor, es decir, como satisfacción del interés del acreedor, el cumplimiento de una obligación es deber del deudor, pero se alcanza siempre que se satisfaga el interés del acreedor, lo cual puede lograrse con, sin e incluso en contra de la voluntad del deudor y a pesar del acreedor; como se desprende la simple lectura de las reglas del pago del Código Civil. En tal sentido, la satisfacción y la insatisfacción del acreedor son de responsabilidad del deudor, pero pueden alcanzarse independiente de él, por lo que son hechos objetivos en sí mismos; a su vez, un incumplimiento puede causarse sin ninguna incidencia del deudor en él, como es cuando se ve imposibilitado por un caso fortuito.

No obstante lo anterior, lo más grave de la opinión del profesor Vidal es que confunde en su análisis dos niveles distintos de clasificación. El nivel de clasificación de los elementos de un contrato, los cuales pueden clasificarse en derechos, obligaciones- los cuales a su vez admiten distintas clasificaciones entre sí, como los son las condiciones, que a su vez se sub-clasifican en suspensivas y resolutorias-, el cumplimiento y el incumplimiento. En tal sentido, en todo contrato bilateral va envuelta esta condición. No obstante, lo cierto es que todo es efecto del contrato y la ley que se integra a él; los derechos, las obligaciones, las obligaciones condicionales, el cumplimiento e incumplimiento del mismo, etcétera. Esto no obsta para que a su vez se puedan clasificar de distinta manera; la crítica del profesor Vidal da a pensar en que el incumplimiento y el cumplimiento no pueden ser clasificados desde otros puntos de vista, lo cual no puedo compartir.

El autor a su vez se basa preferentemente en las palabras del profesor Diez Picazo, pero si se buscan las palabras de este autor español en su fuente, se encuentra una postura bastante distinta a la presentada, que comparto enteramente. El profesor Diez Picazo postula que la facultad resolutoria es *“un medio de protección y defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre la inejecución del programa de prestación, que no tiene ya razones de peso para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no lo hubiera hecho, o para no recuperar la atribución*

*patrimonial que hubiese llevado a cabo.*²²⁵ Esto se deriva del Artículo 1124 inciso 1º y 2º del Código Civil español que estipula la misma institución en los siguientes términos:

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.”

A simple vista puede constatarse la diferencia en el texto de ambos artículos. En el Código Civil Chileno, el incumplimiento es expresamente clasificado de “condición resolutoria”, la cual, según es aceptado unánimemente por la doctrina clásica y la jurisprudencia, no produce sus efectos hasta que sea declarada judicialmente. Sin embargo, la clasificación de resolutoria y suspensiva de las condiciones no ha sido definida por el legislador español en su Código Civil, a pesar de que es utilizada en el expresamente en diversas normas, ni tampoco en el texto del artículo en estudio se ha aplicado dicha clasificación a esta condición. Sin embargo, si se le aplicare el criterio de clasificación, entendida como lo es en el Código Civil Chileno y el derecho comparado en general, no podría estimarse en manera alguna resolutoria, sino suspensiva, pues hace nacer el derecho del acreedor a resolver el contrato de haber incumplimiento de una de las obligación contraídas de estimarlo conveniente; hace nacer el derecho potestativo del acreedor de resolver el contrato a través de la acción resolutoria. Sin embargo, eso no hace perder el carácter de condición del incumplimiento, ni siquiera en la legislación española, la cual no la clasifica. Por lo tanto, la crítica del profesor Vidal no puede estimarse correcta si se apunta al carácter de condición del incumplimiento, pero puede tener cabida si se apoya para criticar la clasificación de resolutoria de ella, pues es la acción resolutoria que posee el acreedor la que resuelve el contrato si se cumplen sus supuestos, no el incumplimiento en si pues *“concurriendo las condiciones para que proceda la resolución, al acreedor pertenece la opción de resolver, o no, el contrato y como la facultad resolutoria constituye un derecho meramente potestativo, esto sí, de ejercicio judicial, basta la demanda de resolución para entender que el acreedor ha decidido resolver el contrato en términos tales que sólo podrá*

²²⁵ DIEZ PICAZO, Óp. Cit., p. 705.

*rechazarse si el acreedor no logra acreditar las mencionadas condiciones*²²⁶. Sin embargo, y aunque creo que desde este punto de vista, la crítica contra el carácter de resolutorio de la condición tiene cabida en nuestro derecho, el texto expreso de la ley es un obstáculo insalvable, el cual solo podría lograrse con la modificación del mismo.

Sin embargo, esto se ve matizado por el inciso 2º de nuestra norma, el cual, en mi opinión, adiciona elementos al hecho constitutivo de condición resolutoria tacita, pues como bien señala el autor, la voluntad del acreedor es también juega un rol preponderante para la resolución del contrato. Este inciso entrega la opción al acreedor de exigir judicialmente el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, por lo que el ejercicio mismo de la acción es parte del hecho constitutivo de la condición resolutoria tacita, es decir, no puede haber resolución sin que se ejercite la acción por el acreedor. En tal sentido, la base de hecho de la condición resolutoria tacita no está comprendido únicamente por el incumplimiento en sí mismo, sino por un incumplimiento que sea alegado judicialmente por el acreedor.

Tomando en cuenta que el incumplimiento es un hecho objetivo en sí mismo como postula la doctrina actual y lo mencionado al cambio del supuesto de hecho de la condición resolutoria tacita, no se puede estar de acuerdo con la clasificación de potestativa de la misma. Basándonos en lo argumentado, dicha condición sería mixta. Esto no afecta el funcionamiento de la misma, pues las condiciones mixtas son aquellas que dependen para cumplirse en parte del hecho una de las partes, y en parte de un acaso o del hecho de un tercero, como señala el Artículo 1477 del Código Civil. Este cambio de característica adecua la condición a la realidad de un incumplimiento contractual desde la perspectiva propuesta en la actualidad, pues un incumplimiento constituye el “acaso” que se requiere para entenderla de esta manera, pues “acaso”, como se utiliza en el Artículo 1477, es entendido comúnmente como “*suceso imprevisto*” o “*la posibilidad o contingencia*”²²⁷. El incumplimiento como riesgo contractual, es justamente eso: la posibilidad o contingencia imprevista de que suceda algo, en este caso un riesgo, es decir, un daño, en su definición más amplia planteada en este trabajo²²⁸. La voluntad del deudor puede o no jugar un rol

²²⁶ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, Óp. Cit., p. 349

²²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de acaso. [En línea]. <<http://dle.rae.es/?id=0JTWt1e>>, [Consulta 21 de Marzo de 2017]

²²⁸ Véase p. 6-7

en el incumplimiento, es indiferente para la configuración del supuesto de hecho de la contingencia o posibilidad; el incumplimiento puede ser voluntario o involuntario, pero no por ello deja ser una posibilidad de daño contractual al acreedor, pues el análisis de la condición resolutoria tacita debe hacerse –y se hace, en mi opinión, por nuestro legislador– desde la perspectiva del acreedor, no del deudor. En este sentido, también es una posibilidad o contingencia la culpa, el dolo del deudor, el hecho de un tercero o un caso fortuito que se constituyan como causas del incumplimiento.

Por otro lado, el supuesto de la condición también depende en parte de la voluntad del acreedor, pues es el ejercicio de la acción que le otorga el legislador para alegar el incumplimiento es la base de la resolución del contrato, es decir, sin el ejercicio de la acción que le otorga el legislador, la condición resolutoria tacita no puede tener efecto, pues sus supuestos de hecho no se han cumplido. Es por ello que solo puede concluirse que el hecho base de la condición es el incumplimiento alegado judicialmente con la acción otorgada por el legislador es la base de la condición resolutoria tacita.

A lo anteriormente mencionado, hay que sumarle las prevenciones hechas respecto al incumplimiento esencial en esta memoria²²⁹. Se ha superado con creces en la actualidad, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la postura exegética o el tenor literal de la norma en estudio, por lo que solo los incumplimientos que impliquen cierto grado de gravedad significativo- ya señalado anteriormente- pueden dar pie a la resolución del contrato, pues en tal sentido solo ellos constituyen incumplimientos que frustran el interés del acreedor en el contrato.

Sin embargo, ¿Qué sucede con los daños causados por estos daños considerados no tan graves para resolver? ¿Cuál es el rol de la culpa y el caso fortuito en el Artículo 1489? Ellos encuentran su aplicación entorno a la acción de indemnización de perjuicios y el juicio de responsabilidad que le cabe al deudor en él. No hay que olvidar que existe una presunción de culpa en el incumplimiento de las obligaciones, establecida por el legislador en el Artículo 1547 inciso 3º del Código Civil, por lo que la acción de indemnización de perjuicios es coherente con dicha presunción al entregarle al acreedor la herramienta necesaria para alegarla judicialmente, sea que elija el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo. No obstante, y como ya analizamos al ver el rol de la culpa en el

²²⁹ Véase p. 126 y siguientes.

incumplimiento²³⁰, esto no puede ser obstáculo para entender constituido el incumplimiento en sí. Sin embargo, la existencia de esta presunción no implica que el deudor responde de los daños causados por el incumplimiento a todo evento; para ello tiene el juicio de responsabilidad, donde siempre podrá invocar sus defensas, en la cual es caso fortuito juego un rol primordial.

3.2 El rol del caso fortuito en la teoría de las obligaciones de hacer.

En esta memoria, se ha argumentado en base de que el caso fortuito no tiene un rol extintivo de la obligación²³¹ debido a que doctrina clásica, en su gran mayoría, lo ha confundido en el pasado con los efectos del modo de extinguir imposibilidad de ejecución^{232 233}.

No obstante, y apartándose de la noción de la extinción, el caso fortuito y la culpa juegan un rol en la determinación de la responsabilidad frente al incumplimiento contractual. No es controvertido de manera alguna que si el incumplimiento es culpable o doloso, el deudor deberá responder de ello, indemnizando los daños causados por él. En tal sentido, la calificación de culposo, doloso, o fortuito puede servir para variar los efectos normales de la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir, pues según el Artículo 1672, en caso de culpa o dolo- la obligación muta de objeto, debiendo el precio de la cosa o indemnización compensatoria y la indemnización moratoria, pues se presume que la pérdida es culpable, según el Artículo 1671. Sin embargo, el deudor aún tiene una manera para eximirse de su responsabilidad y, dependiendo del cómo afecta a la obligación, que

²³⁰ Véase p. 115 y siguientes.

²³¹ Véase p. 33 y siguientes. En la pp. 42-43 se cita la opinion de la profesora Brantt respecto a ello y haremos eco de ello ahora. BRANTT, Loc. Cit., nº 45

²³² Como ejemplos de dicha confusión se pueden citar: "*El caso fortuito toma el nombre especial de pérdida de la cosa que se debe, y extingue la obligación*". BARROS ERRAZURIZ, Óp. Cit., p. 85; "El caso fortuito provoca, en consecuencia, la extinción de la obligación por imposibilidad en el cumplimiento y libera al deudor sin ulterior responsabilidad para él" poniendo como excepciones las reglas del modo de extinguir pérdida de la cosa que se debe. ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p. 531; "*Exime de responsabilidad al deudor. Es decir, cuando la obligación no puede cumplir por caso fortuito, se extingue la obligación por el modo denominado imposibilidad en la ejecución*" ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, Óp. Cit., p. 186; "El caso fortuito, en principio, exime de responsabilidad al deudor. "El deudor no es responsable del caso fortuito", dice el inc. 2 o del art. 1547. Si el hecho que lo constituye tiene caracteres permanentes y el cumplimiento se torna imposible, se extingue la obligación". Aunque el autor a lo menos reconoce que no todo caso fortuito extingue la obligación. MEZA BARROS, RAMÓN, Manual de Derecho Civil: De las obligaciones, Óp. Cit., p. 122.

²³³ Notable remarcar la diferencia del profesor Rene Ramos Pazos quien, a pesar de ser un manual de corte clásico en la mayoría de sus materias, señala solamente que "*el efecto propio del caso fortuito es liberar de responsabilidad al deudor*". Adicionalmente, también de forma temprana, ya propugnaba por la integración del caso fortuito dentro del supuesto de hecho del modo de extinguir. RAMOS PAZOS, RENÉ, Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones, Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2008, p. 267 y 438-442

proceda la extinción de la misma por configurarse el elemento subjetivo de la imposibilidad de ejecución; debe, para lo primero, probar el caso fortuito y, para lo segundo, la concurrencia de los otros elementos del modo de extinguir.

Es por ello que ahora se referirá el caso fortuito, como eje de la exención de la responsabilidad, analizándose desde la perspectiva que la doctrina actual de los contratos lo perfila²³⁴ y de los requisitos que lo integran: la externalidad, la imprevisibilidad e irresistibilidad.

3.2.1 Requisitos de procedencia del caso fortuito.

3.2.1 La externalidad como requisito de exención de la responsabilidad por caso fortuito.

El Artículo 45 del Código Civil define “*caso fortuito*” como “*imprevisto a que no es posible resistir*”. No obstante, ya es unánimemente aceptado que la externalidad del caso fortuito es un requisito del mismo, pues el Artículo 1547 inciso 3º consagra como causal de responsabilidad del deudor que haya sobrevenido por su culpa o en la mora de él. Tradicionalmente la doctrina ha postulado dos visiones frente este requisito

La primera de ellas postula que la externalidad se traduce en que no sea provocado por la voluntad del deudor²³⁵. Esta visión subjetivista de la exterioridad lleva a la conclusión de que, para esta visión, el caso fortuito tiene que ver con la conducta del deudor, es decir, debe haber ausencia de culpa del mismo para configurarse.

Por su parte, existe otro grupo de autores que postulan que la exterioridad debe enfocarse desde la perspectiva del nexo causal del caso fortuito. Esta visión objetiva de la exterioridad apunta a que la exterioridad se cumple cuando el caso fortuito se produce con

²³⁴ Es necesario recalcar que el caso fortuito es parte integral de la imposibilidad de ejecución, pero en modo alguno extingue ninguna obligación. En el mejor de los escenarios, el caso fortuito libera de la responsabilidad, es decir, del deber de indemnizar los perjuicios y, caso de que se dé una imposibilidad de ejecución que extinga la obligación, podrá liberarlo del cumplimiento por equivalencia.

²³⁵ BARROS ERRAZURIZ, Óp. Cit., p.86; ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, Óp. Cit., p. 184; MEZA BARROS, Óp. Cit., p. 121-122. Sin embargo, el autor también reconoce que la culpa no es el único factor, pues la causalidad del hecho es relevante.

total independencia de la conducta del deudor, por una ruptura del nexo causal del entre el deudor y el caso fortuito acaecido.²³⁶

Sin embargo, en opinión de la profesora Brantt y creo que de manera correcta, esto implicaría que la externalidad no tendría un contenido propio e independiente de los otros elementos que componen el caso fortuito, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, que justamente apuntan a la ausencia de culpa del deudor y su no participación en él, en referencia a la causalidad del mismo.²³⁷

Basándose en la doctrina y el derecho comparado²³⁸, la profesora Brantt identifica ciertas ideas claves para lograr una exterioridad que sea ecléctica con la noción de causalidad y culposa que se ha postulado por la doctrina nacional²³⁹:

a) El contrato como mecanismo de distribución de riesgos.

Ya ha sido afirmado en esta memoria, y fluye de las diversas normas utilizadas, que el contrato cumple más funciones que la mera creación de derechos y obligaciones. Es aceptado unánimemente que, en materia de riesgos contractuales, el contrato es el primer y preferente mecanismo por el que las partes pueden distribuir los riesgos contractuales. Aquello es consecuencia de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato, pero también de que el contrato en sí mismo delimita los riesgos que son propios del deudor por el contenido de su obligación.

b) El riesgo del incumplimiento como eje de la idea de exterioridad.

Ya se ha señalado que el incumplimiento es el riesgo contractual más relevante en la distribución de riesgos que puede haber. Sin embargo, hay que distinguir que dicho riesgo y sus efectos, se componen a su vez de dos riesgos relacionados, pero autónomos entre sí: el incumplimiento en sí mismo –que es la insatisfacción del interés del acreedor- y uno

²³⁶ VIAL DEL RÍO, Óp. Cit., p. 225; Claro Solar, Óp., Cit., p. 524 y 537, aunque el autor es errático, pues sigue apuntando en parte a la culpa como integrante de la determinación; ABELIUK, Óp. Cit., p. 528-532, el autor resalta que si hay culpa no hay caso fortuito, pero no aclara a que elemento del caso fortuito apunta. ; BARAONA, Óp. Cit., 175, quien señala que el caso fortuito “*destruye la relación de causalidad que debe existir entre el hecho y la persona del deudor*”;

²³⁷ BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 47

²³⁸ Especialmente la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y los Principios de Derecho de Contratación Europeos.

²³⁹ BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 64-95

de los efectos del incumplimiento presente en los contratos bilaterales, el *periculum obligationis*, el cual se basa en determinar la suerte de la contraprestación. El caso fortuito juega un rol determinante en cuanto al primero, pues determinara la responsabilidad del deudor en él; en definitiva, si procede la indemnización del deudor o es el acreedor quien debe soportar su insatisfacción²⁴⁰.

c) Necesidad de una interpretación integradora del contrato.

Si el contrato es un mecanismo de distribución de riesgos y el más importante es el del incumplimiento, debe interpretarse el contrato para buscar la intención de las partes respecto a él, tomando como base el principio de la buena fe y las reglas de interpretación que da la ley, especialmente el tenerse más a la intención que a la letra del contrato - Artículo 1560-, el tenerse en cuenta la naturaleza del contrato en si –Artículo 1563-, especialmente en su inciso 2º, que permite integrar las cláusulas de uso común en él. Por lo mismo, en base al contenido de la obligación, los usos comunes del tráfico jurídico del contrato interpretado se entienden incorporados al mismo.

d) La interpretación integradora del contrato y la noción de riesgo típico del deudor.

En la función integradora del contrato tiene que tenerse en cuenta que se considerara como riesgo típico del deudor. El conocimiento de los medios y recursos, tanto materiales como personales, que se requieren para la ejecución de una determinada obligación es importante para la determinación de los riesgos del contrato y su asunción por una de las partes, pues ellas deben tomar en cuenta dichos aspectos cuando se obligan a desempeñar determinada prestación. La buena fe contractual supone que el deudor de la obligación debe ser capaz de identificar, prevenir, o en su defecto, resistir o asumir la ocurrencia de los riesgos que son causados por dichos aspectos de su obligación y, por tanto, las partes contratan en vista de esta distribución. Esta noción elástica de riesgo comprende los riesgos que están o deben estar bajo el control del deudor de la prestación

²⁴⁰ En este aspecto, me diferencio de la profesora Brantt, que cree que el incumplimiento y el *periculum obligationis* forman un todo. Ya se explicó en esta memoria por qué no es así; aquello sería confundir el incumplimiento y otro riesgo distintos, aunque causado por el incumplimiento. En mi opinión ya referida, la condición resolutoria tácita es la solución para la distribución de este riesgo-efecto del incumplimiento en los contratos bilaterales- en particular, y la acción indemnizatoria con el caso fortuito y la culpa juegan un rol en cuanto a la responsabilidad del deudor frente al incumplimiento, independiente si el contrato es bilateral o no. Entenderlos distribuidos por la misma regla llevaría a la paradoja de que el incumplimiento en si no sería objetivo, sino que la culpa tendría un rol dentro de él, destruyendo la postura en que se basa la autora.

y viene determinada por la naturaleza del contenido de la obligación en sí, el cual varía de caso en caso. Aquellos riesgos típicos serán siempre de cargo del deudor y en los atípicos, deberán analizarse los otros requisitos para determinar si constituyen un caso fortuito.

e) El riesgo típico del deudor empresario y su relevancia en la exterioridad.

Es una realidad evidente en el tráfico jurídico actual que, en la mayoría de los contratos en la actualidad, una de las partes a lo menos es una empresa, la cual se sirve de diversas personas y medios para el cumplimiento de sus obligaciones. Por lo mismo se puede distinguir dos tipos de riesgos propios de tal entidad:

En primer lugar, se puede identificar el de las personas que intervienen en la preparación, planificación y ejecución de la prestación de debida al acreedor por la empresa. Dichas personas pueden hacerlo como ayudantes del deudor –que son aquellas que realizan su actividad con dependencia y bajo la supervisión del deudor-, como sustitutos del deudor –que son aquellas que reemplazan al deudor en determinada tarea dentro de la empresa, con independencia y sin supervisión de ella-, como proveedores del deudor –que son aquellas que suministran los insumos y materias necesarias para la cumplimiento de la obligación- y como administrativos del deudor –que son aquellas personas que, si bien no intervienen directamente con la fase de cumplimiento de la obligación, son necesarias para el correcto funcionamiento de la empresa y, por ende, influyen indirectamente en el cumplimiento de la obligación contraída.

Para el empresario no es, o mejor dicho, no debe ser desconocido la influencia de todas estas personas en el cumplimiento de la obligación y, por ende, todo riesgo que les acontezca a estas, es un riesgo propio de su actividad y del que debe ser responsable. Todo esto encuentra eco en nuestro Código Civil en su Artículo 1679, el cual señala que “*el hecho o culpa del deudor comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable*”, el cual según la doctrina y la jurisprudencia nacional, debe interpretarse como una regla general aplicación que no limite las personas de las cuales responde, incluyendo a todas las mencionadas e inclusive de terceros ajenos a la empresa, mientras sean riesgos típicos de la actividad.²⁴¹

²⁴¹ BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 86-90. Especial interés tienen las reglas del posadero de los artículos 2241, 2442 y 2443 del Código Civil, en que el riesgo de un tercero aún puede ser de cargo del deudor, pues el posadero responde de

En segundo lugar, deben identificarse los riesgos derivados de los medios que emplea el deudor empresario para la preparación, planificación y ejecución de su obligación. Dentro de dichos medios se encuentran las herramientas, programas, maquinarias, transporte, los equipos y recursos tecnológicos, etcétera, es decir, todos los instrumentos tangibles o intangibles que utiliza la empresa en su actividad y que varían dependiendo de la naturaleza de la obligación contraída. El correcto funcionamiento y el buen estado de los mismos es fundamental para el cumplimiento y son parte del riesgo propio del deudor, quien tiene el deber de tomar en cuenta dichas contingencias. Esto encuentra eco en nuestro Código Civil. El Artículo 2015 –siendo de riesgo del transportista las eventualidades del vehículo- y el Artículo 2003 N 3º -en cuanto a los riesgos de los materiales cuando no son suministrados por el contratista- son buena prueba de que el legislador también lo ha entendido de esta manera.

En base a estas ideas, es posible perfilar una noción de exterioridad que es independiente del deudor, pues se construye desde el contenido del contrato, determinado por las partes y sus obligaciones. Toda actividad implica la asunción de los riesgos típicos de la misma, que lógicamente formaran parte de los riesgos que asume cada una de las partes al obligarse. En tal sentido, solo se puede hablar de caso fortuito cuando es un riesgo que no es típico de la actividad comprometida, no jugando rol alguno la diligencia del deudor en la determinación de su externalidad.

3.2.2 La imprevisibilidad como requisito de exención de la responsabilidad por caso fortuito.

La concepción tradicional de la imprevisibilidad se ha explicado como la posibilidad de anticipar la ocurrencia de cierto suceso, según un determinado cálculo de probabilidades²⁴². Sin embargo, este significado inicial comúnmente se ve alterado por la idea de precaver dicho hecho, dejando esta primera noción como un presupuesto de la actuación del deudor para evitar tal suceso, tornando el prever en el disponer de las providencias necesarias para impedir dicho evento. De esta manera, el cálculo de probabilidades que es propio de la previsibilidad constituye un paso previo, tornando la

los bienes dejados a su cargo inclusive por hurto o robo, pues es un riesgo propio de su obligación, a pesar de que los terceros no intervienen de manera alguna en el cumplimiento de la misma.

²⁴² FUEYO LANERI, Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones, Óp. Cit., p. 401; BARAONA, Óp. Cit., 175.

imprevisibilidad como la ocurrencia del hecho no obstante las medidas adoptadas por el deudor, relacionándose más con la imposibilidad de evitar el acontecimiento²⁴³.

Esto constituye un grave error, pues de esta manera la imprevisibilidad se confunde con otro concepto distinto, el de inevitabilidad y se ubica en un momento inadecuado, pues se ubica en la fase de ejecución de la obligación, donde tiene sentido que se despliegue tales actividades del deudor. Por ello tal visión no es satisfactoria dentro de un caso fortuito. La imprevisibilidad consiste precisamente en ese cálculo de probabilidades de ocurrencia, y sirve como un criterio de asunción de riesgos por parte del deudor, por lo que su momento de análisis se ubica en la celebración del contrato, no en la ejecución de las obligaciones del mismo, que corresponde más al tercer elemento del caso fortuito: la irresistibilidad.

Además esta concepción tradicional adolece de una visión en exceso absoluta del mismo, pues hace pensar que debe ser completamente imposible para cualquier persona, anticipar el acontecimiento que afecta el cumplimiento, independiente de la diligencia del deudor. Sin embargo, eso no tiene cabida si se toma en cuenta que la conducta exigible al deudor no es una responsabilidad a todo evento, sino que viene determinada por la diligencia impuesta en el contrato.

Ya se ha señalado que la diligencia posee dos facetas o funciones que le son propios. Cuando hablamos de las obligaciones de medios, la diligencia se encontraba integrada al contenido de la obligación, cumplimiento su función integradora. No obstante, en el caso fortuito también se encuentra considerada, pero en su función promotora, la cual que no es más que todas las actividades que debe desplegar el deudor para lograr el cumplimiento de su obligación²⁴⁴.

El concepto de prever es, en esencia, una operación intelectual, desarrollada en este caso dentro de un contrato, y desarrollada por el deudor, con el fin de calcular las posibilidad de un evento que obstaculice su cumplimiento y, lo que es más importante, la probabilidad de que dicho evento ocurra. No tiene que ver solo con la posibilidad de que ocurra, pues en

²⁴³ FUEYO LANERI, Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones, Óp. Cit., p. 401, En: BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 124; Coustasse e Iturra, En: BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 124

²⁴⁴ VIDAL, Loc. Cit., nº 169

tal sentido todo hecho, mientras sea física o jurídicamente posible, sería a su vez previsible, dejando al deudor sin posibilidad de alegar caso fortuito alguno.

Precisamente en este cálculo de probabilidades es donde se inserta la diligencia promotora del deudor, que viene determinada según cada contrato. Esta diligencia se manifiesta en distintos aspectos de este cálculo a saber:

a) En el conocimiento que, tomando en cuenta la diligencia que le es exigible, el deudor debiese tener de las circunstancias en que está enmarcado el contrato en cuestión, el contexto en que está inserto, y las condiciones en que se ejecutara. En tal sentido, entre mayor sea la diligencia exigida, mayor será a su vez el conocimiento exigible al deudor de dichas circunstancias.

b) La diligencia promotora también influye en el grado de probabilidad del que un impedimento en particular será categorizado de previsible para el deudor, de tal manera que a mayor grado de diligencia, los sucesos que son menos probables podrían encontrarse incluidos dentro de aquellos preVISIBLES para el deudor. Sin embargo, ello no puede ser separado en su apreciación del grado de concreción con que debe ser anticipado el suceso, por lo que el deudor puede habérselo representado, pero la concreción del evento puede ser tan improbable, que al deudor no le era previsible que afectaría su cumplimiento²⁴⁵.

c) De esta forma se instaura un juicio de imprevisibilidad, el cual implica determinar si una persona que actuase con el grado de diligencia exigible al deudor y en igual situación que él, habría estimado como probable el suceso que impide el cumplimiento del mismo.

d) Por último, este cálculo de probabilidades con la diligencia promotora integrada no se presenta en la fase de ejecución de la obligación del deudor, sino en la misma celebración del contrato. La diligencia promotora sirve de parámetro para dicho cálculo del deudor, quien deberá determinar que riesgos ajenos a él son probables que sucedan. Los riesgos que se encuentran bajo su esfera de control no necesitan incluirse en dicho cálculo, pues se encuentran asumidos por el deudor simplemente por la naturaleza de su obligación. De

²⁴⁵ La profesora Brantt cita a la Corte Suprema, la cual refiere que una sequía no es algo imprevisible en sí mismo, pero si esta se prolongase fuera de lo común, sí podría ser considerado como algo imprevisible. BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., P. 133

tal manera, la diligencia promotora es un deber que impone el legislador al deudor, pues le asigna el riesgo de no prever lo que exigible que prevea, pues de haberlo previsto como era su deber, podría haberlo regulado expresamente en el contrato.

Concebida en tales fundamentos, la imprevisibilidad se traduce en una ampliación de los riesgos que asume el deudor al contratar, pues además de los riesgos propios de su actividad, también asumirá aquellos riesgos que, en función de la diligencia promotora que le impone el legislador, son exigibles que prevea en el momento que se celebra el contrato, tomando en cuenta el contrato en sí, las circunstancias del mismo y el contexto en que se ejecutara. En definitiva, solo será posible hablar de suceso imprevisible o imprevisto cuando se cumplan dichas condiciones. Sin embargo, para constituir un caso fortuito aun faltara un elemento más: la irresistibilidad del mismo, el cual se analizara a continuación.

3.2.3 La irresistibilidad como requisito de exención de la responsabilidad por caso fortuito.

Nuestra doctrina nacional tradicional es categórica en sus afirmaciones al respecto, calificando la irresistibilidad necesaria para constituir un caso fortuito como absoluta, es decir, exige que el hecho, por su propia naturaleza, sea totalmente imposible de resistir por cualquier persona por ser inevitable²⁴⁶. Ello implica que esta doctrina confunde la irresistibilidad con la imposibilidad de cumplimiento y la inevitabilidad del evento con la irresistibilidad, conceptos que son claramente diferenciables. En este sentido, para la generalidad también es habitual afirmar que no sería irresistible un evento que requiera un mayor grado de sacrificio o esfuerzo por parte del deudor, con lo cual la excesiva onerosidad sobrevenida no calificaría como irresistible.

Sin embargo, esta noción tan extrema de la irresistibilidad no es aceptable. En primer lugar, porque implica confundir el caso fortuito con los efectos que puede causar en la obligación y, en segundo lugar, porque una concepción tan absoluta no es posible si se tiene en cuenta que la actividad de resistencia del deudor viene impuesta por el nivel de

²⁴⁶ ABELIUK, Óp. Cit., p. 529; MEZA BARROS, Óp. Cit., p. 122; ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, Óp. Cit., p. 184; Este primer grupo de autores lo asimila con la imposibilidad absoluta. BARROS ERRAZURIZ, Óp. Cit., p.86; VIAL DEL RÍO, Óp. Cit., p. 225; Claro Solar, Óp., Cit., p. 538. Este segundo grupo confunde la irresistibilidad con la inevitabilidad.

diligencia promotora exigible al deudor, que viene determinada por el legislador y las partes, la cual que varía dependiendo de la naturaleza del contrato.

En cuanto a la confusión con la noción de inevitabilidad, la profesora Brantt acertadamente acusa dicho defecto, pues utilizando las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española y el tenor literal del Artículo 45 del Código Civil, que define el caso fortuito, señala que “*en estricto rigor, resistir y evitar son dos conductas distintas. Evitar consiste en impedir que el hecho ocurra, mientras que resistir supone enfrentarse al evento una vez sucedido, consiste en oponerse al mismo*”²⁴⁷. Mantener la posición de la doctrina general sería confundir la irresistibilidad con la imprevisibilidad, pues para poder evitar que algo ocurra, se debe tener conocimiento del hecho con antelación, por lo que siendo imprevisible sería irresistible. Por tanto, es la oposición a ese hecho imprevisible el contenido de la irresistibilidad, la cual se manifiesta en dos facetas claramente diferenciables.

La primera de ellas consiste en hacer lo necesario para que el hecho que impacte en su obligación no concrete sus efectos, es decir, que no produzca el incumplimiento y, en cuanto a la segunda, implica que, si no es posible evitar los efectos, el deudor debe sobreponerse a ellos para cumplir con su obligación, aunque sea con posterioridad y de manera distinta a la que tenía planificada. En definitiva, “*resistir supone cumplir pese a dicho acontecimiento*”²⁴⁸.

Sin embargo, la medida de la resistencia también vendría determinada por la diligencia promotora que le es exigible al deudor y, en este aspecto, cobra especialmente en las obligaciones de contenido fungible, como las obligaciones de hacer.²⁴⁹ En estas obligaciones, una expresión de la irresistibilidad se traduce necesariamente en que la resistencia del deudor implica la utilización de una forma alternativa de cumplimiento de la obligación, si un evento irresistible hace imposible el cumplimiento de la manera que lo tenía planificado, permitiéndole de esta manera cumplir a pesar del obstáculo. Es lo que plasma el Artículo 1553 N° 2 respecto a las obligaciones de hacer, pero siempre que lo

²⁴⁷ BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 146-147

²⁴⁸ BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 148

²⁴⁹ En esta parte del trabajo utilizaremos la clasificación de la doctrina actual para una exposición más clara de la postura de la autora. Sin embargo, ruego al lector no olvidar que ya he criticado esta postura, haciéndole aplicable las reglas del género a las obligaciones de hacer, lo cual trae consecuencias que se analizarán más adelante.

permita el acuerdo de las partes, es decir, el contrato como fuente y límite de los medios del deudor.²⁵⁰

Como conclusión lógica de lo anterior, el aumento de la onerosidad que puede producirse al asumir la resistencia que debe desplegar el deudor frente a estos hechos viene justificada por la diligencia promotora que le es exigible, por lo que *“un acontecimiento será irresistible cuando, a pesar de haber desplegado el deudor la actividad pertinente conforme a la diligencia a él exigible en el caso concreto, no ha podido sustraerse a sus efectos, por lo que el incumplimiento se ha producido igualmente”*, siendo además necesario que no pueda superarlo una vez acaecido. En el momento en que pueda superarlo, el efecto propio del caso fortuito, como eximente de la responsabilidad, cesa. Por ello, al igual que en la imprevisibilidad, este juicio de irresistibilidad implica una asignación legal de riesgos, porque la ley obliga al deudor a desplegar una diligencia para resistir y controlar obstáculos que son imprevisibles al contratar, pues de no hacerlo, será responsable de los daños se produzcan.

3.2.2 El caso fortuito con rasgos objetivos y de carácter relativo, especialmente sobre la irresistibilidad, la excesiva onerosidad sobrevenida y su aplicación en las obligaciones de género.

Como ya se advertía cuando se analizó la excesiva onerosidad como riesgo contractual²⁵¹, esta noción de caso fortuito puede variar lo que es de responsabilidad del deudor asumir como un riesgo de su cargo o no. La noción de caso fortuito planteada por la profesora Brantt, es de características objetivas, pues depende de la ajenidad o exterioridad del acontecimiento desde la perspectiva del contrato, sin tomar en cuenta la conducta del deudor, y de un estándar de diligencia analizado en abstracto respecto a la imprevisibilidad e irresistibilidad del mismo y, sin embargo, de carácter relativo, ya que dependerá de la diligencia promotora que es exigible al deudor en el contrato en concreto cuáles serán los riesgos que el legislador le asigna como de su responsabilidad. En este sentido, si se cumplen los elementos objetivos de la imposibilidad de ejecución –objetiva, permanente, absoluta, total e inviable su cumplimiento en naturaleza- podrá extinguirse la obligación de

²⁵⁰ Es importante recordar lo dicho respecto la imposibilidad de ejecución. Mientras haya posibilidad de cumplir la obligación, no puede considerarse extinta, y, en principio, la generalidad de las obligaciones de hacer permiten la ejecución por un tercero de la obligación debida.

²⁵¹ Véase p. 100 y siguientes

hacer en cuestión. Pero también implica en las excepciones que se plantearon en este trabajo –las obligaciones de hacer personalísimas o aquellas que se hacen efectivas sobre un cuerpo cierto-, que de no configurarse el caso fortuito descrito, y a pesar de concurrir los elementos objetivos, la obligación variara de objeto debiéndose la indemnización compensatoria y moratoria correspondiente, en base al Artículo 1672 inciso 1º, en caso de haber culpa del deudor.

Las reflexiones anteriores y la opinión de la profesora Brantt pueden dar cabida a si se cumple con la diligencia promotora exigible al deudor y es ajeno a él, todo riesgo que exceda de ello, no podría ser de su cargo. Esto es debido a que la diligencia promotora impone un deber, pero a su vez impone un límite a la resistencia y superación de los obstáculos que se le presenten.

Siguiendo este mismo lineamiento, la excesiva onerosidad sobrevenida también relativiza sus límites, pues los hechos que pueden causarla serán o no de cargo del deudor, dependiendo de si la resistencia a ellos viene o no impuesta por el legislador en caso concreto. No obstante, tomando en cuenta que en cada contrato pudiera variar ese grado de diligencia, aquello lleva a la conclusión -aparente en mi juicio- de que en ciertos casos, el deudor no está obligado a asumir ese aumento de gravosidad o la disminución de la utilidad de la contraprestación, por las características de gravedad del mismo, pues ellos superarían las que le son exigibles que soporte, constituyéndose como caso fortuito, permitiéndose al deudor no ejecutar la obligación, hasta que cesen sus efectos lo suficiente para que sea exigible que los supere. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que dichos efectos podrían ser permanentes, como por ejemplo, el que la mercadería de un barco de transporte se vaya intacta al fondo del mar, debido a un caso fortuito ajeno, imprevisible, irresistible, encareciendo perpetuamente la ejecución de la obligación. Entonces, ¿deberá asumir el deudor dicho riesgo que se traduce en el aumento de la onerosidad?

En mi opinión, si bien esta nueva noción de caso fortuito posibilita dicha interpretación, que permite al deudor no responder de dicho riesgo, puede entrar en conflicto con la legislación vigente, pero no porque los fundamentos de la profesora Brantt no conduzcan lógicamente a ello, sino por razones de texto legal no expresadas en el Código Civil, a lo menos en las obligaciones de hacer

Como ya advertíamos cuando tratamos dicha institución, el Código de Procedimiento Civil en su Artículo 539 estipula que “*Agotados los fondos consignados, podrá el acreedor solicitar aumento de ellos, justificando que ha habido error en el presupuesto o que han sobrevenido circunstancias imprevistas que aumentan el costo de la obra*”. Este artículo se enmarca en un juicio ejecutivo de obligaciones de hacer, procedimiento instaurado justamente para obtener el cumplimiento de las obligaciones del deudor una vez que se ha producido el incumplimiento, sea culposa o fortuitamente. En esta norma se faculta al acreedor a solicitar más fondos para la ejecución de la obligación de hacer debida, inclusive cuando la naturaleza de los mismos sea previsible o imprevisibles y, por tanto, dejando fuera de análisis la discusión sobre la irresistibilidad o no del riesgo en cuestión para el deudor. Hay que recordar que es facultad del acreedor, una vez producido el incumplimiento, el determinar qué remedio utilizara para afrontarlo; así lo estipula el Artículo 1553 del Código Civil. De esta manera puede ser que, en principio, el deudor no esté obligado por la diligencia que le es exigible a ejecutar la obligación que sufrió la excesiva onerosidad sobrevenida, pero una vez que sea requerido judicialmente por el deudor, se verá obligado a soportar dicho aumento de gravosidad, independiente de que sea previsible, imprevisible, resistible o irresistible.

En mi opinión, aquello es fruto de que ambos cuerpos legales son creados por legisladores distintos. Nuestro Código Civil es creado por don Andrés Bello y el Código de Procedimiento Civil es creado 50 años después, por un grupo de juristas de corte clásico, en que la visión tradicional del caso fortuito, donde prima la irresistibilidad de manera absoluta, confundida con la inevitabilidad y la imprevisibilidad del hecho mismo, como comúnmente se ha entendido a lo largo de los años.

Por todo lo anterior, a lo menos respecto a las obligaciones de hacer y a pesar de que se reinterpreté la imprevisibilidad e irresistibilidad de la manera moderna, la excesiva onerosidad sobrevenida seguirá estando a cargo del deudor, pues dicha norma lo hace responsable inclusive de los casos fortuitos en que se podría enmarcar la excesiva onerosidad sobrevenida, que son circunstancias imprevisibles por naturaleza. Por lo mismo se hace necesaria una reforma legal que elimine dicha disposición, con el fin de traer armonía entre los dos cuerpos normativos de carácter general que chocan en materia de responsabilidad de manera tan contradictoria. Solo entonces, podría rechazarse la aplicación de las reglas de las obligaciones de género expuestas en el segundo capítulo

de esta memoria, pues existiría una manera de incluirla dentro de las hipótesis de caso fortuito.

Es aquí donde cobra importancia la conclusión de que el caso fortuito tiene un rol de eximente de responsabilidad, pero nunca extintivo de la obligación, pues ese rol es exclusivo del modo de extinguir imposibilidad de ejecución, del cual el caso fortuito es uno de sus supuestos y, por tanto, si sucede un caso fortuito, el acreedor perderá el derecho a la indemnización que tendría derecho, tanto compensatoria como moratoria, pero no implica necesariamente la extinción de la obligación. En tal sentido el Artículo 1510 del Código Civil no es una regla de responsabilidad; es una regla de asignación del riesgo contractual de dicha extinción, el cual, como se demostró a lo largo de este trabajo, se encuentra en la actualidad relativizado. Por tanto, si el caso fortuito solo es un eximente de responsabilidad, puede suceder perfectamente que si bien en principio las cosas en principio perteneciente a un género no puedan extinguirse, una vez individualizadas para iniciar la ejecución de la misma, suceda un caso fortuito que genere un incumplimiento del deudor. Eso no quiere decir que la obligación se extinga, pues *“la pérdida de una o más de las cosas pertenecientes al género no puede afectar la existencia de la obligación en tanto ninguna de ellas corresponde estrictamente a lo debido por el deudor (...) debiendo el deudor proveerse de las cosas necesarias para dar cumplimiento a su obligación”*²⁵². En efecto, puede suceder que, debido a un caso fortuito, el deudor no pueda cumplir fiel u oportunamente, pero ello solo liberaría de la responsabilidad en dicho incumplimiento, de manera temporal, mientras despliega toda la diligencia que le es exigible para obtener nuevas cosas del género para satisfacer al acreedor.

En el objeto de estudio de la presente memoria, se entiende perfectamente en nuestro ya clásico ejemplo de la tala de pinos. Supongamos que Juan, debido a un caso fortuito, se ve imposibilitado de talar los árboles del predio de María. No por ello Juan queda liberado de la obligación, pues deberán cumplirse los demás requisitos de la imposibilidad de ejecución para ello. Por lo tanto, Juan, desplegando la diligencia que le es exigible, deberá hacer todos sus esfuerzos para superar personalmente el obstáculo, y de no serle posible,

²⁵² BRANTT, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, Óp. Cit., p. 199-201

encargar la ejecución de su obligación a un tercero, para poder satisfacer el interés del acreedor.

3.3 Reinterpretación de ciertos artículos del Código Civil a luz de esta nueva visión.

Una vez concluida exposición de esta nueva visión del caso fortuito y tomando en cuenta lo dicho sobre los riesgos contractuales, se hace necesaria una reflexión sobre ciertas normas que tradicionalmente se han estimado como excepciones a la distribución y asignación de riesgos contractuales del Artículo 1550, especialmente en torno a la imposibilidad de ejecución, pérdida de la cosa debida y el caso fortuito que causa un aumento de gravosidad o disminución de la utilidad, ya que es posible que su interpretación varíe sustancialmente considerando lo expuesto sobre el caso fortuito y su rol exclusivo de eximente de responsabilidad. Sin embargo, desde ya se advierte al lector que nos centraremos en las obligaciones de hacer, objeto de este estudio, y en contratos en que la ejecución de las obligaciones puede diferirse en el tiempo o ser parte de contratos de tracto sucesivo, por lo que esta enumeración no pretende ser exhaustiva de todo el impacto que esta visión puede tener en la responsabilidad contractual. Hecha esta advertencia, aboquémonos a lo que sigue.

3.3.1 Rol del caso fortuito en el contrato de arrendamiento. Artículo 1925, 1926 y 1927.²⁵³

Las obligaciones del contrato de arrendamiento se constituye entre las dos partes, arrendador y arrendatario. El primero se obliga a entregar la cosa entregada, a mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada, y librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada; el segundo, la cual es pagar el canon de arriendo.

En este contrato están presente varias obligaciones de hacer. No obstante, nos centraremos específicamente en los riesgos que hemos analizado específicamente, principiando por la imposibilidad de ejecución y el riesgo de la contraprestación. En cuanto a este riesgo los artículos 1925 y 1926 son quienes entregan la respuesta a aquello:

²⁵³ Para su análisis adecuado y por las reglas especiales que tiene, se tratara aparte la confección de obras materiales.

“Artículo 1925. Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe, que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

Artículo 1926. Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios.

Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito.”

La primera norma regula específicamente la obligación de entregar la cosa, obligación de hacer, de resultado, y de cuerpo cierto. En principio esta sería de hacer, por lo que debiese ser el riesgo del deudor, como ya se ha expuesto. Sin embargo, al ser una obligación que es de entregar un cuerpo cierto, procedería aplicar la norma de excepción, es decir, el Artículo 1550, que pone los riesgos a cargo del acreedor, en este caso, el arrendatario y, sin embargo, el legislador establece esta norma que devuelve el riesgo al deudor, aplicándole las normas que son naturales en las obligaciones de hacer. En este sentido, el Artículo 1925 es una norma de contra excepción, no una excepción al Artículo 1550, pues como ya se dijo, y se ha concluido por la doctrina clásica hace bastante tiempo, el Artículo 1550 es excepcional en las obligaciones de hacer y ciertamente está pensada como regla de las obligaciones de dar, las cuales incluyen la obligación de entregar, por lo que el poner el riesgo en el arrendador no es más que aplicar la regla que le es natural. De esta manera, el riesgo de la contraprestación queda asignado al arrendador, el cual se asume la eventual resolución del contrato por opción del arrendatario, en caso de provocarse la imposibilidad de ejecución, como se puede establecer en todo contrato bilateral en base al Artículo 1489. No obstante, la culpa y el caso fortuito también juegan un rol idéntico al que juegan en el Artículo 1489 sobre la resolución que dispone el acreedor, pues deberá la indemnización de perjuicios en caso de ser un incumplimiento culposo, pero nunca si es fortuito, de forma tal que, el incumplimiento en sí mismo, es decir, la insatisfacción de su interés, lo deberá sufrir el arrendatario si no fue provocado culposamente.

La segunda norma en estudio versa también sobre un incumplimiento, pero en este caso sobre la base del retardo en la ejecución de la obligación, es decir, en mora. El Artículo 1926 también es una vuelta a la regla general, pues procedería aplicársele el Artículo 1550 por ser de cuerpo cierto. No obstante, lo relevante es que en este escenario, se toma en cuenta lo que hemos expuesto sobre el interés del acreedor y si el plazo para cumplir es o no esencial para satisfacer el interés del acreedor. De esta manera, corresponderá al juez de fondo analizar si efectivamente debido a ese retraso el interés del acreedor es imposible de satisfacer, procediendo la resolución, o al contrario, si aún es posible, siendo materia indemnizatoria únicamente. Por lo mismo, el caso fortuito quita absolutamente de la discusión la indemnización, dejando como remedio solo la resolución para los casos en que proceda dicha remedio, provocando el mismo efecto explicado para la norma anterior respecto a la insatisfacción del interés y el riesgo de la contraprestación.

Por otro lado y asignando un riesgo distinto, como fuere los deterioros de la cosa debida mientras se goza de la cosa, se encuentra el Artículo 1927, el cual señala que:

“Artículo 1927. La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer durante el arriendo todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario.

Pero será obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones.”

En su inciso 2º, esta norma trata sobre la segunda obligación del arrendador, la de mantener la cosa arrendada en estado de servir para el fin por el cual fue arrendada, la cual implica claramente una obligación de hacer. Ahora si bien las reparaciones locativas son aquellas que se producen por el uso normal de la cosa -por tanto, provocadas por el arrendatario y de su responsabilidad-, el legislador las asigna al arrendador en el caso fortuito. Aquello nos parece coherente con la asignación de los riesgos que corresponde a las obligaciones de género; son de cargo del deudor, salvo que sean imputables a alguna de las partes, en cuyo caso corresponderá a ella asumirlas.

3.3.2 Rol del caso fortuito en el contrato de comodato. Artículo 2178 del Código Civil.

El contrato de comodato también plantea un asunto de riesgos contractuales en su ejecución. A pesar de que la cuestión del *periculum obligationis* no puede estar presente, pues se trata de un contrato unilateral, ello no impide que sea posible una imposibilidad de ejecución en la obligación de entregar la cosa del comodatario²⁵⁴, es decir, la de restitución, dado que puede ser afectada tanto por la extinción de la cosa debida como por el deterioro grave de la misma, y también por un obstáculo que se presente en la realización de la misma.

De esta manera, el artículo 2178 estipula que:

“Artículo 2178. El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima.

Es por tanto responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario.

Pero no es responsable de caso fortuito, si no es,

1º. Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora;

2º. Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima;

3º. Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya;

4º. Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos.”

²⁵⁴ No es posible hablar de imposibilidad de ejecución de la entrega del comodante, pues la entrega de este es la que hace nacer el contrato real. De perecer la cosa a entregar, no sería posible el contrato; de diferirse la entrega fortuitamente, solo nacerían las obligaciones del contrato después de ella.

Hay que recordar que la obligación de restituir la cosa al comodante es una obligación de hacer, la cual se hace consiste en una entrega sobre una especie o cuerpo cierto²⁵⁵. Por tanto, la regla de distribución o asignación de riesgos que la determina es el Artículo 1550 del Código Civil. Por lo mismo, todos los deterioros que no sean imputables a la culpa como se ve en los numerales 1º y 2º-, o bien a la intención del comodatario- como sería el numeral 3º, serán de cargo del acreedor, salvo pacto expreso, como señala el numeral 4º.

Hay que hacer notar que nuevamente se plantea el concepto de utilidad de la cosa debida, lo cual está estrechamente relacionado con el interés del acreedor-comodante, pues en su inciso 2º establece la opción de poder exigir el precio de la cosa a modo de indemnización por los deterioros o pérdidas, encontrando su límite en el caso fortuito. Claramente esta norma versa principalmente sobre responsabilidad, pero también distribuye el riesgo de pérdida de la cosa, siguiendo la regla de excepción que le es aplicable.

3.3.3 Rol del caso fortuito en el contrato de depósito en la posada. Artículo 2241 y 2242.

El contrato de depósito es un contrato real, en este caso necesario, pues no puede elegirse al depositario, que se perfecciona con la entrega de la cosa al depositario, el cual plantea dos obligaciones esenciales para el depositario. La primera de ellas consiste en guardar el depósito; la segunda, en restituirlo a voluntad del depositante.

Ya se mencionó al tratar la externalidad como requisito del caso fortuito que el caso del posadero era un excelente ejemplo sobre dicho requisito. Aquello se basaba en los Artículos 2241 y 2242, que en verdad plantean la distribución de la imposibilidad de ejecución y la responsabilidad que le cabe en ello. Dichas normas señalan:

²⁵⁵ En mi opinión, la obligación de restitución es auténticamente una obligación de entregar, pues recibe el nombre de “restituir” en virtud de que se toma en cuenta la calidad de dueño de la cosa del comodante y la entrega previa que él debe realizar para perfeccionar el contrato. Así fluye las definiciones de las palabras “entregar” y “restituir”. Entregar es “Dar algo a alguien” según el Diccionario de la Real Academia Española y “restituir” es “Volver algo a quien lo tenía antes”, por ende, restituir presupone la entrega de esa cosa previamente para ser una restitución, pero la acción misma de una restitución consiste en una entrega de una cosa. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de entregar. [En línea]. < <http://dle.rae.es/?id=FltFypa>>, [Consulta 29 de Marzo de 2017]. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española, significado de restituir. [En línea]. < <http://dle.rae.es/?id=WEQ4NP1>>, [Consulta 29 de Marzo de 2017]

“Artículo 2242. El posadero es responsable de todo daño que se cause a dichos efectos por culpa suya o de sus dependientes, o de los extraños que visitan la posada, y hasta de los hurtos y robos; pero no de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo.

Artículo 2243. El posadero es además obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí. Bajo este respecto es responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los sirvientes de la posada, o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado.”

Más allá del análisis de la externalidad del caso fortuito, el cual ya fue tratado latamente, si se configura un caso fortuito que destruye el depósito, el posadero quedara liberado de su obligación de restituir, pues se habría producido una imposibilidad de ejecución y el riesgo de dicha pérdida lo asumiría el acreedor, pues esta obligación es de hacer y de resultado, pero se encuentra regulada por la regla de excepción, el Artículo 1550, pues es una entrega de cuerpo cierto. Sin embargo, respecto a la obligación de cuidado sobre el depósito, el caso es distinto, pues la obligación es de naturaleza diferente; estamos frente a una obligación de hacer, pero de medios. Por tanto para determinar su incumplimiento, la diligencia integradora del deudor entra en juego necesariamente, por lo que si configura un caso fortuito, la obligación estaría cumplida si desplego su diligencia exigible y efectuó una actividad objetivamente. En cuanto a la actividad del posadero, es evidente que se inicia inmediatamente perfeccionado el contrato por la entrega del depositante, por tanto, dicha actividad fue realizada. Referente a la diligencia exigible, es claro que el caso fortuito no es exigible al posadero, por lo que la diligencia fue cumplida. En conclusión, el posadero ha cumplido con su obligación de cuidado.

Sin embargo, podría tratar de argumentarse que, dada la esencialidad de la obligación de restitución, debería resolverse el contrato. Esto es imposible, pues el contrato de depósito es un contrato unilateral; solo una de las partes se encuentra obligada, y por tanto, el contrato de depósito no contiene la condición resolutoria tácita. No obstante, es posible que surjan a posterior obligaciones para el depositante, pues este contrato es considerado como sinalagmático imperfecto. ¿Aquello hace entonces procedente la resolución? ¿Se transforma en bilateral el contrato, incluyéndose la resolución como un remedio del

depositante? Ya se ha hablado de ello en este trabajo y mantenemos la misma opinion²⁵⁶: La bilateralidad de un contrato se analiza en la celebración del mismo, por lo que los contratos sinalagmáticos imperfectos son contratos unilaterales, en que por una disposición legal, nace un nuevo contrato unilateral entre las partes. Por tanto, el pago de las expensas de conservación e indemnizaciones de perjuicios deben analizarse independientes del contrato de depósito en sí, el cual ya no existiría.

3.3.4 Rol del caso fortuito en el contrato de sociedad. Artículo 2101.

En el contrato de sociedad también pueden encontrarse situaciones en que se presenten pérdidas de la cosa debida y aunque evidentemente se trata de obligaciones de dar, las cuales no se han tratado en este trabajo, parece interesante el señalar ciertas normas que parecen relevantes en el análisis de la pérdida o deterioro de la cosa que aportaran los socios a la sociedad.

No obstante las múltiples particularidades de este contrato, en que la sociedad como persona jurídica tiene derechos y obligaciones con los socios y viceversa, y los socios poseen derechos para dar por extinta la sociedad de cumplirse ciertos supuestos que forman parte del contrato que dio origen a la sociedad misma, es menester centrarse en las obligaciones susceptibles de sufrir una imposibilidad.

El caso que nos importa es la pérdida de la cosa debida, pero no en cuanto al objeto de la sociedad como se regula en los Artículos 2100 y 2102, sino al objeto de la obligación de los socios de aportar dicha cosa a la sociedad. Este escenario se encuentra regulado por el Artículo 2101, que señala:

“Artículo 2101. Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta.”

Si se quisiera interpretar este artículo de manera simple, podría argumentarse, *a contrario sensu*, que si dicho incumplimiento es fortuito, los socios no tendrán derecho a resolver el contrato de sociedad. Sin embargo, la sociedad es un contrato bilateral, en el cual va envuelta la condición resolutoria tacita que hemos tratado y, según la posición que hemos

²⁵⁶ Véase p. 67 y siguientes

defendido, la resolución del contrato procedería independiente de si el incumplimiento es fortuito o culpable, ya que la culpa y el caso fortuito juegan un rol en la responsabilidad e indemnización de los perjuicios, no en la determinación del incumplimiento.

Sin deseo alguno de profundizar en esta clase de obligaciones, pues ello implicaría un estudio de igual longitud que este, ni menos ahondar en el contrato de sociedad, complejo contrato en que se crea una persona jurídica con sus propios derechos y obligaciones independiente de los socios, me atreveré a señalar como posible causa la asignación de riesgos que realiza el legislador en el Artículo 1550. No es discutido en la doctrina que las obligaciones de dar se encuentran reguladas por dicho artículo y en base a ello, es posible postular que el incumplimiento fortuito en las obligaciones de dar es asumido por el acreedor. La misma razón sirve para reforzar la necesidad de las menciones expresas del legislador respecto a la asignación de riesgos en el arrendamiento y el comodato; en las obligaciones de entrega de cuerpo cierto –que están contenidas en las de dar-, el incumplimiento fortuito es asumido por el acreedor, pero en el resto de obligaciones –como son las otras obligaciones de hacer- el incumplimiento fortuito es de cargo del deudor y esto en nada impide la interpretación que se ha realizado en las obligaciones de hacer.²⁵⁷

3.3.5 Rol del caso fortuito en el contrato de mandato. Artículo 2150 y siguientes.

El contrato de mandato es el ejemplo característico de una obligación de hacer de medios. El mandatario se compromete a realizar una actividad objetiva, por ejemplo un abogado en asumir la representación de su cliente en una causa, y a desarrollarla con la debida diligencia que le es exigible. Por tanto, la imposibilidad de ejecución juega un rol relevante en este contrato, pues puede suceder un caso fortuito que impida que el deudor desarrolle la actividad debida.

Al igual que se planteaba respecto al médico que tenía que realizar una operación en una plazo determinado, el mandatario se ve expuesto a los mismos vaivenes, y puede ser que no sea posible realizar la actividad específica comprometida por un caso fortuito. No obstante, es necesario distinguir dicha imposibilidad. Para ese escenario, el Artículo 2150 reglamenta este escenario, señalando que:

²⁵⁷ Este punto en sí mismo es un posible tema de tesis, en cuanto puede centrarse en conciliar la asignación de riesgos del Artículo 1550 con la postura planteada por la doctrina actual.

“Artículo 2150. El mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no es obligado a constituirse agente oficioso; le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan.

Pero si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio.

Compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que le imposibilite de llevar a efecto las órdenes del mandante.”

En el inciso 1º de la norma se plantea una imposibilidad que puede caracterizarse de leve, es decir, una imposibilidad que no frustra el interés del mandante de manera determinante, como, por ejemplo, podría suceder con la suspensión de la audiencia por derrumbe del tribunal en el caso del abogado. En aquel sentido, es imposible que el abogado concurra a la audiencia, pues esta no se realizara, por lo que legislador le libera de la responsabilidad en ello, obligándolo únicamente a desplegar la diligencia que le es exigible para evitar daños a su cliente. Pero esto no quiere decir que queda liberado de su obligación de desempeñar el mandato; solo se suspende su exigibilidad, debiendo desempeñarla una vez cesado el caso fortuito.

Sin embargo, en el inciso 2º de la norma, el legislador amplía el marco de acción del mandatario, pues reconoce expresamente la importancia del interés del mandante, el cual debido al caso fortuito, puede llegar a configurarse como una imposibilidad absoluta de obtener la satisfacción del mismo. En tal sentido, el mandatario está obligado a desempeñar una actividad que, si bien no la misma que la comprometida, pues no sigue rigurosamente las instrucciones del mandante, busca proteger el interés del acreedor, lo cual de no ser posible, podría constituirse como un caso fortuito que deberá probar para liberarse de su responsabilidad.

Esta regla del legislador es un claro ejemplo de la diligencia que le es aplicable a la obligación del mandatario de ejecutar el encargo, la cual variara según el grado que le sea exigible según el Artículo 1547. En tal sentido, si nada realiza el mandatario por un caso fortuito, en términos de una actividad objetiva, no es responsable de los daños que se produzcan en el mandante por el retraso, siempre que haya desplegado toda la diligencia

que le es exigible –en su función promotora- para sobreponerse al impedimento en cuestión que producirá dicho perjuicio.

Ello es consecuencia de que para que se haga cargo de los casos fortuitos debe haber un pacto expreso, tal como estipula el Artículo 2152, el cual únicamente encuentra su excepción en el Artículo 2153, en el que el legislador le asigna el riesgo de extinción de las especies metálicas al deudor/mandatario, a menos de que estén de forma absolutamente determinada.

Sin embargo, como es fácilmente deducible, la obligación del mandatario de ejecutar las órdenes del mandante es una obligación de hacer de medios, a la que la regla de asignación de riesgos aplicable por defecto sería que dichos riesgos sean de cargo del mandatario-deudor. Es por ello que el legislador expresamente consagra los artículos referidos, pues establece una excepción a la regla general de dichas obligaciones en el contrato de mandato, al asignarle al mandante-acreedor el riesgo del caso fortuito. De esta manera, las únicas obligaciones de hacer en que el caso fortuito sería de cargo del acreedor sería las de entrega de un cuerpo cierto y la de ejecutar el mandato, y esta última con su excepción sobre las especies metálicas que no puedan ser perfectamente individualizadas.

3.3.6 Rol del caso fortuito en el contrato de confección de obra material en general.

Los contratos de confección de obra material son aquellos en que *“las partes se obligan mutuamente, la una a ejecutar una obra material y la otra a pagar por ella un precio determinado”*²⁵⁸, llamándose la parte que se obliga a ejecutarla “artífice”.

Sin embargo, nuestra legislación estipula ciertas peculiaridades respecto a las reglas aplicables a este contrato, pues dependiendo de quién suministra en mayor medida la materia principal o toda la materia, puede clasificarse de dos maneras. Si la materia principal o totalmente es suministrada por el artífice, el contrato será de venta, pero solo se perfecciona en el momento de la aprobación de la obra por el acreedor. Si la materia es suministrada total o principalmente por quien encarga la obra, el contrato será de arrendamiento y el peligro de la cosa será del artífice hasta la aprobación del que encarga

²⁵⁸ RAMOS PAZOS, RENÉ, Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones, 10ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, Tomo I, p. 123

la obra, a menos que el que encargo la obra se constituya en mora, como indica el Artículo 1996 del Código Civil.

En el primer caso, al ser considerado contrato de venta, podría pensarse que los riesgos serían del acreedor. Sin embargo, claramente al señalar que se perfecciona con la aprobación oportuna de la obra, el legislador la asimila a una venta de cosa futura, por lo que no es el Artículo 1550 del Código Civil quien regula el escenario. Pero tampoco se debe entender regulada por el Artículo 1820 del Código Civil, es decir, sobre la condición suspensiva que la cosa exista, pues la existencia de la condición presupone la existencia de un contrato donde consta la misma, el cual en este caso aún no existe. Esta venta futura se encuentra regulada por los Artículos 1813 y 1814 del Código Civil, que en verdad no consagran nada más que un principio general del derecho: *las cosas perecen para su dueño*, el cual no es otro que el artífice, tanto de la materia como de la obra ejecutada. Luego de aprobada la obra, o bien, desde que es exigible que quien encargo la obra la apruebe, el riesgo se transmite al acreedor, operando la regla normal en el contrato de compraventa, el Artículo 1550, salvo una excepción que ya mencionare.

En el segundo caso, al ser considerado un arrendamiento, las reglas a aplicar son las de dicho contrato, es decir, los riesgos son del deudor-artífice, sin embargo, el legislador establece normas especiales, de las cuales interesa analizar especialmente el Artículo 2000, el cual estipula que:

“Artículo 2000. La pérdida de la materia recae sobre su dueño.

Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:

1º. Si la obra ha sido reconocida y aprobada;

2º. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra;

3º. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer, o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno.”

Como ya se mencionó, la pérdida de la materia recae sobre el dueño de la materia, sea esta del artífice o del que encargo la obra. Sin embargo, se plantean ciertas particularidades si se extingue la materia de propiedad del que encargo la obra en manos del artífice y si la obra se extingue por vicios de la materia suministrada por quien encargo la obra.

En el primer caso, el artífice será responsable cuando se extinga por culpa suya o por lo que lo sirven, noción que se identifica plenamente con la falta de exterioridad del caso fortuito. En tal sentido, la extinción de la materia por un riesgo propio de su actividad y de los medios y recursos materiales o personales que utiliza es ciertamente de responsabilidad del artífice.

En el segundo caso, el artífice tendrá derecho al precio o salario que se hubiese fijado por la obra, pues es de responsabilidad de quien encargo la obra el informarle de los vicios de la materia, lo cual podría asimilarse al dolo si es intencional o la culpa si no lo es por parte de quien la encargo. En cualquier caso, no tendrá derecho a ese derecho si dolosamente oculta la existencia de ese vicio al dueño de la materia, o bien, si en razón de su oficio haya debido conocerlo. Nuevamente podría argumentarse la noción de falta de exterioridad para que se constituya el caso fortuito, pero parece más evidente que se analiza la conducta del deudor, en especial la imprevisibilidad del vicio; si en razón de su oficio debió conocerlo, no puede hablarse de caso fortuito y deberá entonces la indemnización que corresponda, sin derecho además a que se le pague su salario o el precio.

Sin embargo, a pesar de que en general los casos fortuitos son de cargo del artífice, en este tipo de contrato existen dos de ellos que serán de cargo del acreedor. El primero es el mencionado anteriormente sobre los vicios de la materia que sean imprevisibles; el segundo es la muerte del artífice. Esto porque como estipula el Artículo 2005 que establece que *“si hay trabajos o materiales preparados, que puedan ser útiles para la obra de que se trata, el que encargo la obra será obligado a recibirlos y a pagar su valor; lo que*

corresponda en razón de los trabajos hechos se calculara proporcionalmente, tomando en consideración el precio estipulado para toda la obra”.

Respecto a los primeros numerales de dicho artículo, la razón de ellos es notoria. En el primero de ellos la obligación del artífice ya se ha cumplido, por lo que lógicamente los riesgos serán del acreedor, siguiendo de esta manera las reglas de la compraventa. En el segundo, nadie puede aprovecharse de su propia culpa, por lo que si se pone en mora de aprobar la obra y está por caso fortuito se extingue, es lógico que deberá pagar el precio igualmente.

3.3.6.1 Rol del caso fortuito y de las circunstancias imprevistas en la construcción de edificios en modalidad de suma alzada en el Código Civil y la reglamentación especial en el Artículo 19 inciso 1º de la Ley de Concesiones de Obras públicas.

Merece un tratamiento aparte la regulación de este subtipo de contrato, pues si bien las reglas de la confección de obra material le son aplicables, se presentan unas reglas especiales entorno a ellos. Así el Artículo 2003 lo estipula señalando que:

“Artículo 2003. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1ª. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

2ª. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

3ª. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los cinco años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por

el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario, sino en conformidad al artículo 2000, inciso final.

4ª. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

5ª. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario.”

Permitiéndome la licencia de comenzar por la segunda regla para una mejor explicación, es necesario fijarse en los términos en que está redactada para distinguirla de otras instituciones que le son similares.

La primera de esas instituciones es la excesiva onerosidad sobrevenida en su faceta explicada por la Teoría de la Imprevisión. Es cierto que los elementos de contacto son bastantes e inclusive se ha argumentado que esta norma es la expresión dicha teoría en nuestro derecho civil y que el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de Noviembre de 2006 sería la constatación de su aplicación general en base a los principios largamente defendidos.²⁵⁹ Sin embargo, dicha teoría requiere de un perjuicio grave y apreciable para poder requerir la intervención del juez, mientras que la regla 2ª no requiere que sea de tales características, inclusive podría plantearse que dichas circunstancias sean muy poco significativas en relación a la utilidad del constructor; siempre el constructor tendrá dicha opción mientras las circunstancias sean imprevisibles.²⁶⁰

²⁵⁹ Como ya se sugirió, se recomienda nuevamente el texto del profesor Alcalde para un análisis pro esta postura. ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria.: Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. Corte de Apelaciones de Santiago 14 de noviembre de 2006, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 2007, vol.34, n.2, pp.361-372. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200008&lng=es&nrm=iso>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

²⁶⁰ SUTHERLAND BORJA, THOMAS. Condiciones imprevistas en los contratos de construcción a suma alzada y su aplicación al sitio de las obras, [en línea], Revista Chilena de Derecho Privado, 2014, n.22. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100004&lng=es&nrm=iso>. [Consultado: 03 de Octubre de 2016], p. 175-176

En cuanto a la segunda institución que puede confundirse sería la del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, como concluimos al estudiar el fallo de la Corte Suprema de 16 de Mayo de 2013, aquí no estamos en presencia de una obligación sin causa, es decir, el constructor no incurre en los gastos de una manera deliberada: Lo hace para cumplir la obligación del contrato y esto es bastante sencillo de analizar si se piensa desde la fase negativa ¿Es posible ejecutar la prestación sin incurrir en ese gasto? No es posible, pues dicho gasto es causado por el contrato, específicamente en el cumplimiento del mismo.²⁶¹

262

Comparto absolutamente la opinión del profesor Thomas Sutherland, quien defiende que esta norma encuentra su justificación en el concepto de diligencia que le es exigible al constructor y la exterioridad que es necesaria para constituirse un hecho como imprevisible, en los mismos términos que se han explicados en este trabajo, configurándose como límite la exterioridad del hecho, pues ellos serán siempre del cargo del constructor, como bien se puede inferir de la regla 1ª del mismo Artículo; y el juicio de imprevisibilidad, explicado cómo se ha hecho en esta memoria. Por tanto, si el acontecimiento era previsible al momento de celebrar el contrato de construcción en modalidad de suma alzada, será de riesgo del constructor.²⁶³

No obstante, no debe confundirse con el caso fortuito, pues la presente institución opera sobre bases que incluyen el caso fortuito, el cual en general estará de cargo del acreedor, es decir, quien encarga la obra, pero además deberá hacerse cargo inclusive de aquellos hechos ajenos e imprevisibles, mas no irresistibles, es decir, opera más allá que el caso fortuito y, sin embargo, no opera de manera ilimitada.

Es claro el carácter de excepcionalísima de dicha asignación de riesgos contractuales y por lo mismo no cabe más que aceptarlo de tal manera. Sin embargo, esta particular

²⁶¹ Así opinan ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, p.538; PEÑAILILLO ARÉVALO, Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Óp. Cit., 110: EL MISMO, La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión), [en línea], Revista de Derecho Universidad de Concepción. Vol. 68, N° 208. Concepción. 2000, julio a diciembre. Disponible en < www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2711>. [Consultado: 03 de Octubre de 2016], p. 221-237; SUTHERLAND BORJA, Óp. Cit., p. 177.

²⁶² Igual argumento utiliza el 10º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, al rechazar acción de re im verso en subsidio de la acción principal interpuesta por la demandante, en causa rol C-28844-2007, caratulada Empresa Constructora Concreta S.A. con Serviu Metropolitano. Nuestra Corte Suprema lo confirma en su sentencia de 17 de Julio de 2013 en recurso rol nº 5136-2010, y lo que es más importante, desautoriza indirectamente su opinión expresada en esta memoria en su anterior sentencia de 16 de Mayo de 2013, coincidiendo con lo expuesto en estas líneas.

²⁶³ SUTHERLAND BORJA, Loc. Cit., nº 261

manera de asignar riesgos contractuales por el legislador del Código Civil encuentra un nuevo límite: Cuando es el Estado quien interviene como una de las partes.

El Artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Publicas señala en su inciso 1º que:

“Artículo 19.- El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato.”

Lo primero que se puede concluir de las primeras líneas de este inciso es que se hace una distinción que nunca se ha practicado en el Código Civil: entre lo que se entiende por caso fortuito y fuerza mayor. En términos simples, el caso fortuito se constituye por aquel imprevisto imposible de resistir cuya causa es la naturaleza; en cambio, la fuerza mayor es aquel acto de autoridad con potestad pública para ejercerlo de carácter imprevisto e imposible de resistir.²⁶⁴ En tal sentido, con el mero enunciado de esta norma el legislador ha cambiado sustancialmente la distribución de riesgos, pues el Estado, como aquel que encarga la obra, no deberá hacerse responsable de los daños causados por los actos de autoridad que se caracterizan de fuerza mayor, salvo que se cumplan todos los siguientes requisitos:

a) “El acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión”.

Es evidente y lógico este requisito, pero en nada innova con respecto a la regla 2ª del Artículo 2003, pues en tal caso, la circunstancia no sería imprevista.

b) “No haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación”.

Lo mismo dicho anteriormente es aplicable a este requisito.

c) “No constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales”.

²⁶⁴ ABELIUK, Óp. Cit., Tomo II, 527-528

Esto auténticamente limita la regla de asignación impuesta por el legislador en el Artículo 2003 regla 2ª, pues limita la responsabilidad del Estado solo a aquellos casos que sean de carácter particular, es decir, que solo se le puedan aplicar al concesionario. Por lo que quedaría fuera si el Estado emite un acto de autoridad en forma de ley que prohíba el uso de martillo hidráulico dentro del radio urbano, el concesionario de una obra no tendría derecho a indemnización alguna. No obstante, distinto es si se le prohíbe únicamente a él, debido a la cercanía que tenía con una escuela; en tal caso, el requisito estaría cumplido.

d) “Que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate”.

Es decir, el acto de autoridad debe excederse de los límites establecidos por el objeto de la concesión. En otras palabras, debe exigírsele asumir una circunstancia que no pueda estar contemplado en la base de su industria como un daño posible, lo cual se asemeja bastante a la exterioridad necesaria en el concepto del caso fortuito.

e) “*Altere significativamente el régimen económico del contrato*”.

No sirve una alteración de poca monta, debe ser de carácter tal que cause un descalabro significativo en las utilidades del concesionario y este carácter es determinante en su distinción con la norma del Artículo 2003 regla 2ª, pues como ya se dijo, dicha norma permitía reclamar independientemente del monto o la gravedad del perjuicio, por lo que se ve como el legislador le asigna estos riesgos de carácter “leve” al concesionario.

Sin embargo, estos auténticos cambios que puede causar en el contrato, la eventual modificación de las bases de licitación y el contrato de concesión, y la incorporación de obras nuevas por parte del Estado tiene sus límites, establecidos por el mismo artículo 19 inciso 3º y 4º:

“El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario podrá estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso

precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el quince por ciento del presupuesto oficial de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito con la sociedad concesionaria.”.

Pero a su vez, dicho artículo distingue los periodos de dichos actos de autoridad y su fin, dotándoles de distinto procedimiento para obtener la compensación, pues si estos se dan en la fase de explotación de la concesión y con el fin de mejorar el mismo servicio, señala en su inciso 5º que:

“Si el valor de estas inversiones adicionales, durante la etapa de explotación, excediera el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra o correspondiere a una suma superior a cien mil unidades de fomento, su ejecución deberá ser licitada por el concesionario, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, en la forma que establezca el reglamento, en cuyo caso el valor de las inversiones que se compensarán al concesionario será el que resulte de la licitación, a lo que se sumará un monto adicional a título de costos de administración del contrato, que será determinado en las bases de licitación. El Ministerio tendrá un plazo de 60 días para aprobar o manifestar sus observaciones a las bases respectivas, contados desde la recepción de éstas. Transcurrido ese plazo sin que el Ministerio se haya pronunciado, se entenderán aceptadas. Con todo, por razones fundadas, contenidas en las bases de licitación, previo informe del Consejo de Concesiones, podrá establecerse una excepción a la obligatoriedad de la licitación de las obras adicionales en las condiciones anteriormente descritas”

Por lo anterior, se constituiría una nueva licitación distinta al contrato original de concesión, por lo que ya no se trataría de fuerza mayor, sino de un contrato distinto, pues no se asignan riesgos, se llega a un acuerdo por ellos.

En síntesis, el Estado como parte integral de un contrato de concesión, el cual en principio obedece a la misma naturaleza jurídica del contrato de construcción en modalidad de suma alzada, no responde de los mismos perjuicios que respondería un particular. Para empezar, no respondería de todas circunstancias imprevistas, pues una gran mayoría de ellas quedarían de cargo del concesionario, compuestas por todas aquellas fuerzas

mayores que no cumplan con sus exigentes requisitos. Sin embargo, aquello no les libera de las circunstancias imprevistas que no tengan su origen en los actos de autoridad, como pueden ser el vicio de suelo y en definitiva todas las circunstancias imprevisibles al momento de contratar que tengan su causa en la naturaleza, que es como la doctrina ha entendido en términos simples el caso fortuito, en contraposición con la fuerza mayor. Esta también es una diferencia sustancial con la regulación de los particulares, pues entre estos quien encarga la obra se hace cargo tanto de caso fortuito como de fuerza mayor, e inclusive de toda circunstancia imprevista y ajena a la actividad desarrollada por el constructor. Por último, al ingresar un grado de gravedad necesario para la procedencia de la compensación frente a los actos de autoridad, se podría llegar a concluir que estaríamos en presencia de un caso de la teoría de la imprevisión. Sin embargo, yo no comparto dicha conclusión. Como se explicó en su oportunidad, la teoría de la imprevisión supone la revisión del contrato para restablecer el equilibrio entre las partes por medio del juez, cuestión que no está presente en esta norma; lo que hay aquí es la asignación legal de un riesgo contractual, no una revisión judicial del contrato, pues el juez no determinara en caso alguno cual es el punto de equilibrio, es el legislador quien asigna que, de cumplirse los nombrados requisitos, el riesgo será del Estado; en caso contrario, será del concesionario. El juez solo comprueba la concurrencia de esos requisitos, no distribuye los daños causados entre cada una de las partes.

CONCLUSIONES.

Al finalizar esta investigación, se hace necesario extraer de manera clara y limpia las críticas que se han realizado a lo largo de este estudio, con el fin de determinar de manera concisa las ideas que se pueden extraer de este estudio, en base a los textos referidos. Por tanto, a partir de lo analizado en estas líneas, se puede concluir:

I. Sobre la Teoría de los riesgos general en el Derecho Chileno.

1.- Nuestra doctrina nacional no es uniforme en la definición de “riesgo” en nuestro derecho, evolucionando desde una perspectiva restringida al caso fortuito, hasta una visión más comprensiva de todas facetas o posibilidades en que se puede concretar un riesgo contractual.

2.- Fruto de esta evolución, puede concluirse que riesgo, desde una perspectiva etimológica, corresponde a la “*posibilidad de daño*”, y en el Derecho, puede asimilarse de manera amplia con todo peligro de insatisfacción del interés de las partes que suscriben el contrato.

3.- El riesgo y el daño como conceptos se diferencian desde el momento en que se miran, ya que todo riesgo que se concrete será un daño, por lo que las reglas de daños, como lo son las de la culpa y del caso fortuito, son reglas de distribución o asignación de los riesgos contractuales a su vez.

4.- Nuestro legislador utiliza la clasificación de las obligaciones de género y de especie o cuerpo cierto para asignar los riesgos contractuales. Sin embargo, estas reglas pueden ser modificadas dependiendo de si el deudor tiene o no culpa en el acaecimiento de dicho riesgo o de otras reglas de distribución que el legislador haya planteado.

5.- Para efectos de esta investigación y para delimitar el objeto de estudio, se trabajó en torno a la noción estricta de riesgo contractual del profesor Gavidia, el cual define riesgos en sentido estricto como “*peligro de una evolución tal de la situación que, o bien haga imposible la ejecución de la prestación o de una de las prestaciones objeto de una*

*obligación contractual, o bien haga excesivamente onerosa la ejecución del contrato. Se trata, por consiguiente, el riesgo de pérdida o destrucción de la cosa, objeto de una prestación o la irrealizabilidad de la actividad, así como del aumento de la gravosidad de la propia prestación pendiente de cumplimiento o de la disminución del valor de la contraprestación que se tiene derecho a recibir, cuando la propia prestación no se ha devaluado*²⁶⁵. Es claro concluir de esta concepción que los riesgos contractuales requieren una diferencia entre el lapso de celebración del contrato y su ejecución para poder hablar de un riesgo contractual, ya que el contrato debe estar vigente para poder hablar de riesgos contractuales. Si sucedieren antes de perfeccionado el contrato o después de que se haya cumplido la obligación, solo sufriría el dueño de la cosa los daños ocasionados.

6.- Respecto al resto de los elementos que tradicionalmente se han considerado como necesarios para hablar de riesgos, estos no son tales. Un riesgo contractual puede suceder en un contrato bilateral o unilateral; puede causar una imposibilidad de ejecución o solo un entorpecimiento en la ejecución de la misma; puede plantearse en una obligación de dar, hacer o no hacer; y el caso fortuito puede ser parte de uno de sus escenarios, mas no es el único creador de riesgos contractuales. En definitiva, estos elementos pueden o no estar presentes en un riesgo contractual, pues no son esenciales para él.

7.- En nuestro país, la doctrina en general está en contra de la regla planteada por don Andrés Bello para la distribución o asignación de riesgos contractuales en su Artículo 1550. Esto debido a que no se encuentra en armonía con el principio *res perit dominio* que rige tradicionalmente esta materia, aplicando la regla *res perit creditoris* en su sistema de raíces románicas, donde el dominio se transfiere con título y modo de adquirir.

²⁶⁵ GAVIDIA, Loc. Cit., nº 11

II. Sobre el análisis de las posiciones doctrinarias de la Teoría de los riesgos general sobre las obligaciones de hacer.

II.I Sobre la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir de las obligaciones de hacer.

1.- Respecto a la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir, en nuestro Código Civil se confunde con la pérdida de la cosa debida, pero lo cierto es que este modo de extinguir encuentra su consagración en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, es posible aplicar las normas de este último modo de extinguir a la imposibilidad de ejecución, ya que el Código Civil lo refiere respecto a las obligaciones de especie o cuerpo cierto, no limitándola solo las obligaciones de dar, aunque también posee sus propios elementos.

2.- La imposibilidad de ejecución está compuesta por dos elementos principales a saber: La irrealizabilidad de la prestación a satisfacción del acreedor y el caso fortuito.

3.- Respecto al primero de estos elementos, este es denominado como elemento objetivo, pues no se analiza la conducta del deudor en él. Para poder ser parte del modo de extinguir esta debe ser objetiva, sobrevenida, permanente, absoluta, total y ser inviable el cumplimiento en naturaleza para satisfacer el interés del acreedor. Si no se cumplieren estas características se causan efectos distintos a la extinción de la obligación, como por ejemplo la falta de responsabilidad del deudor.

4.- La objetividad de la irrealizabilidad de la prestación se refiere a que dicha irrealizabilidad debe ser imposible en sí misma, independiente de quien desarrolle la prestación debida. Comúnmente en la doctrina chilena se ha estimado que las obligaciones de hacer personalísimas serían su única excepción, pero también puede encontrarse un segundo caso: La pérdida de la especie o cuerpo cierto sobre el que se hace efectivo el hecho debido. Si este se pierde, también se volvería imposible de ejecutar la prestación. Sin embargo, esto no vuelve la obligación de especie o cuerpo cierto, puesto que lo debido sigue siendo un hecho; lo que sucede es que la especie o cuerpo cierto se integra al contenido de la obligación, limitando las actividades que satisfacen el interés del acreedor solo a aquellas que se hacen efectivas sobre ese objeto en particular.

5.- La imposibilidad debe suceder posterior a suscrito el contrato y antes de la ejecución de la o las obligaciones, pues solo así puede entenderse como un problema contractual.

Así lo entiende la doctrina en general en Chile y no es un punto controvertido por nadie en nuestro ordenamiento jurídico.

6.- La imposibilidad debe ser permanente, estimando esta característica como aquella que permanece en el tiempo. Nuestra doctrina ha planteado la falta de regulación respecto a la faceta temporal de la imposibilidad, intentando solucionarlo con la aplicación del Artículo 1675 del Código Civil, pero esto es innecesario si se toman en cuenta las reglas que se han explicado: No hay extinción de la obligación, sino que no hay responsabilidad del deudor en el retraso en el cumplimiento, pues no era exigible cumplir con algo imposible en ese momento. Por la misma razón, nuestro Código de Procedimiento Civil no señala la imposibilidad permanente como excepción, sino la actual, sea temporal o perpetua.

7.- También cobra relevancia cuando el plazo es esencial para la obligación misma. Podría pensarse que se estaría hablando del elemento temporal, sin embargo, cuando ello sucede este se encuentra integrado en la parte objetiva de la obligación, tal como se ha planteado en la doctrina actual, puesto que nadie objetivamente puede cumplir la obligación.

8.- La imposibilidad debe ser absoluta, entiendo esta característica como aquella imposibilidad que es insuperable sin importar el grado de diligencia que se despliegue por el deudor. Por lo tanto, no se analiza la diligencia efectivamente desplegada, sino el contenido mismo de la obligación.

9.- La imposibilidad debe ser total, pues si solo imposibilita una parte de la prestación, el deudor sigue obligado a desempeñar la actividad que no le es imposible. Esto plantea un interesante escenario cuando dicha imposibilidad es solo temporal, pues se ve obligado a cumplir una parte oportunamente y otra no, pero nunca se puede hablar de extinción parcial por una imposibilidad temporal; sola cesaría de manera transitoria su exigibilidad para dicha parcialidad. En caso de ser permanente, se extinguirá la obligación en cuanto al contenido de dicha parcialidad, siguiendo obligado el deudor por el resto.

10.- La imposibilidad es tal cuando no es posible su cumplimiento en naturaleza, lo que en obligaciones de hacer se torna especialmente complejo. Para nuestro Código Civil, en general un hecho debido podrá ejecutarse por otra persona, por lo que los hechos en general serán fungibles, siempre que reúnan ambos hechos las características propias del

contenido de la obligación y se hagan efectivos sobre el cuerpo cierto o especie determinado en el contrato de ser el caso.

11.- Respecto al segundo elemento -el caso fortuito-, este es caracterizado de subjetivo, pues se analiza la conducta del deudor. Sin embargo, aquí no juega un rol en torno a la responsabilidad del deudor, sino frente a la imputabilidad del riesgo. Este debe ser inimputable, pues de lo contrario la culpa actuaría como criterio de asignación de esta imposibilidad de ejecución.

12.- Respecto al Artículo 534 del Código de Procedimiento Civil, su rol es fundamental para entender la imposibilidad de ejecución y quien debe soportarla: siempre será el acreedor, pero se encuentra limitado a cierto rango. Por un lado, siempre deberá ser absoluta, pues no debe depender de la diligencia del deudor para nuestro legislador. Además, se indica claramente que esta debe ser actual, lo cual implica tanto la perpetua como la temporal, pero estas tienen distintos efectos. La primera extingue la obligación; la segunda solo suspende la exigibilidad de ella hasta que cese el obstáculo y la responsabilidad en su cumplimiento tardío.

13.- El modo de extinguir *perdida de la cosa debida* en nuestro Código Civil se plantea respecto a las obligaciones de especie o cuerpo cierto. Sin embargo, las obligaciones de hacer resisten, en principio, este análisis según nuestra doctrina, pues lo debido es un hecho, que por su propia naturaleza es incorpóreo, como queda patente de la simple lectura del Artículo 1553 N° 2 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, aquello dependerá de cómo se tome en cuenta la noción de fungibilidad que esta norma consagra respecto a los hechos debidos.

14.- Nuestra doctrina nacional erradamente ha buscado una respuesta respecto a los riesgos contractuales en torno a las clasificación de obligaciones de dar, hacer y no hacer, cuando lo cierto es que nuestro legislador fija su eje respecto a la categorización de obligación de género y de especie o cuerpo cierto.

15.- En nuestra doctrina nacional hay acuerdo en que el criterio utilizado es el grado de determinación del objeto, no su corporalidad, por lo que no se ve inconveniente alguno para plantearse esta interrogante respecto a los hechos debidos.

16.- La doctrina actual ha implantado una nueva clasificación de las obligaciones, como las de contenido fungible, basándose en la doctrina española del profesor Diez Picazo. Sin embargo, una vez consultada la fuente, lo planteado por el autor español es algo distinto y que no requiere una nueva clasificación, ya que este refiere que en principio la fungibilidad de una cosa, entendida como aquellas que tienen el mismo poder liberatorio, es un presupuesto de toda obligación de género, puesto que su contenido debe ser fungible. En base a lo anterior, y dado el Artículo 1553 N° 2 del Código Civil, es posible concluir que toda obligación de hacer es fungible en general y, por tanto, toda obligación de hacer es genérica, siendo los riesgos de cargo del deudor, salvo que esta se hayan extinto por imposibilidad de ejecución de todos los hechos que pudieren satisfacer al acreedor, en cuyo caso deberá soportar la insatisfacción del mismo.

17.- Respecto a las obligaciones de hacer personalísimas, en las que se hacen efectivas sobre una especie o cuerpo cierto o en las que poseen un término esencial para cumplirse, no se tornan en infungibles las obligaciones de hacer, sino que limitan el género de hechos que satisfacen el interés del acreedor. En las primeras, solo las desplegadas personalmente por el deudor serían pertenecientes al género y siempre que el acreedor no acceda a la ejecución por un tercero, según el Artículo 1572 del Código Civil; en las segundas, solo las que se hagan efectivas sobre la cosa determinada en el contrato por las partes; y en las terceras, solo las efectuadas dentro del término esencial pertenecerán al género de hechos que satisfacen el interés del acreedor.

18.- Es claro que la imposibilidad de ejecución, como modo de extinguir las obligaciones, siempre es soportado por el acreedor, puesto que no vera satisfecho su interés. Sin embargo, esto no quiere decir que deberá cumplir necesariamente con su contraprestación en los contratos bilaterales, pues aquello sería confundir el riesgo de la cosa debida con el riesgo del contrato mismo, como lo hace profusamente la doctrina nacional tradicional.

II.II Sobre la Teoría clásica de los riesgos o el peligro de la contraprestación en las obligaciones de hacer.

1.- La postura analógica planteada por el profesor Rodríguez Grez postula que el Artículo 1550 del Código Civil es aplicable a las obligaciones de hacer personalísimas, siendo de riesgo del acreedor, el cual deberá cumplir con su contraprestación. Para el resto de obligaciones de hacer, siguiendo el Artículo 1572 y 1553 N° 2 del mismo cuerpo legal, el

riesgo sería del deudor, quien deberá cumplir igualmente, puesto que los hechos no pueden extinguirse mientras haya alguien que pueda ejecutarlos.

2.- Sin embargo, no se puede estar de acuerdo plenamente con lo argumentado por el profesor Rodríguez Grez, puesto que como bien señala el profesor Abeliuk, estas disposiciones hablan sobre la imposibilidad de ejecución y la pérdida de la cosa debida, que en este caso es un hecho, pero nada dicen sobre la contraprestación del acreedor y, además, se encuentran plagadas de excepciones en nuestra legislación. Este autor extrae de ello que nada tiene que ver el principio *res perit dominio* con las obligaciones de hacer. No obstante compartir las bases del profesor Abeliuk, estimo que no es cierta su afirmación final. El principio de que las cosas perecen para su dueño si es aplicable a las obligaciones de hacer, las cuales se encuentran representadas por el derecho personal o crédito que tiene el acreedor. Si se torna imposible la obligación, este derecho personal se extingue.

3.- A pesar de compartir la opinión del profesor Rodríguez Grez respecto a la aplicación limitada, aquello no hace más que confirmar la opinión general de que en las obligaciones de hacer los riesgos son de cargo del deudor. Más aun, el razonamiento del profesor tiene fallas, pues confunde a distribución del riesgo de las obligaciones, como es la imposibilidad de ejecución, con el peligro de la contraprestación, El autor argumenta que es un riesgo contractual y luego se contradice diciendo que es un riesgo solamente de la obligación. Es claro que el riesgo es de las obligaciones, pues la imposibilidad de ejecución es un modo de extinguirlas, no un modo de extinguir un contrato, puesto que solo afecta a la obligación del deudor, no la del acreedor. Basándose en las mismas ideas que postula, es posible concluir que las reglas que distribuyen la imposibilidad de ejecución en ningún caso serán la solución para el peligro de la contraprestación.

4.- El profesor Rodríguez Grez señala que se aplicara limitadamente a las obligaciones de hacer personalísimas. Sin embargo, estimo que aquello es incorrecto, puesto que debe incluirse necesariamente aquellas obligaciones de hacer que se hacen efectivas sobre un cuerpo cierto cuando este cuerpo se extinga, y más importante aún, siempre que todas las posibilidades de ejecutar el hecho se hayan tornado impracticables. Por tanto, es posible concluir que, inclusive en las personalísimas, lo relevante es que sea auténticamente imposible de realizar el hecho debido, no solo que suceda un caso fortuito en particular

que afecte solo una de las maneras, sino a todas las formas que son válidas para satisfacer el interés del acreedor.

5.- El peligro de la contraprestación en realidad se produce por el acaecimiento de un riesgo contractual distinto, el cual no es otro que el incumplimiento fortuito de la obligación del deudor, el cual afecta toda la mecánica contractual esperable por las partes. Una de ellas simplemente no puede cumplir, a pesar de querer hacerlo, mientras que la otra no vera satisfecho su interés, pues ello es imposible.

6.- La postura moderna o de cargo del deudor asigna el riesgo de la contraprestación a este, acusando la existencia de una laguna legal respecto a las obligaciones de hacer. Ellos argumentan que no es posible aplicar el Artículo 1550 por analogía, por lo que son los principios generales de interdependencia de las obligaciones en relación con la naturaleza sinalagmática de los contratos bilaterales, el desprestigio de la regla *res perit creditoris*, la causa final y la equidad y buena fe quienes sirven de fundamento para resolver esta laguna, de esta manera.

7.- Si bien comparto que el riesgo es del deudor, no comparto la existencia de la laguna, pues ya se concluyó, siguiendo lógica de estos autores, las obligaciones de hacer en general obedecen a las reglas de las obligaciones de género, que si se encuentran reguladas y, excepcionalmente, a la regla del Artículo 1550 del Código Civil. No es posible compartir el criterio de la naturaleza sinalagmática, pues como bien señala el profesor Krebs Poulsen, este no apunta a la dependencia, sino a la noción de simetría, como histórica y etimológicamente se demuestra. Tampoco es posible apuntar a la noción de causa final como fundamentación, pues nuestro Código Civil no la considera de esta manera, ya que la causa es el motivo que llevo a las partes a contratar y se analiza al momento de celebrar el contrato, no en la ejecución del mismo. Por lo demás, la clasificación de “bilateral” de un contrato se realiza al momento de su celebración, por lo que los contratos sinalagmáticos imperfectos son en realidad dos contratos unilaterales, uno basado en la voluntad de las partes y otro distinto con fuente legal, por lo que las justificaciones referidas al sinalagma no se ven controvertidas y el problema del peligro de la contraprestación no se plantea en estos contratos. Sin embargo, es necesario referir que nuevamente se está confundiendo el riesgo de la cosa debida con el riesgo del

contrato, que no es otro que el incumplimiento fortuito, por lo que el peligro de la contraprestación en realidad esta dirimido por una regla diferente.

II.III Sobre la excesiva onerosidad sobrevenida

1.- La excesiva onerosidad sobrevenida está compuesta por dos escenarios posibles. El primero de ellos es el aumento de la gravosidad de la obligación propia del deudor, que en nuestra doctrina esta tratado dentro de la Teoría de la Imprevisión. El segundo escenario es la disminución de la utilidad de la contraprestación sin una variación en los costos de la prestación propia, el cual no ha sido considerado hasta ahora por nuestra doctrina, a pesar de que es posible comprobar que comparten casi todos sus elementos, tomando en cuenta las nociones que nuestro ordenamiento jurídico tiene de onerosidad y conmutatividad de los contratos.

2.- Para solucionar estos problemas, la doctrina ha defendido la Teoría de la Imprevisión propuesta por el profesor De la Maza, que consiste en la revisión judicial de los contratos, por medio de la cual el juez reestablece el equilibrio perdido entre las prestaciones de las partes. Sin embargo, el autor señala expresamente la necesidad de una reforma para incluir esta teoría, pero otros autores han postulado que no es necesario la reforma legal señalada.

3.- El principal argumento en contra de la aplicación sin texto legal expreso es el Artículo 1545, que no entrega al juez la voluntad de modificar el contrato ni dejarlo sin efecto sin la voluntad de las partes o causa legal. A favor, se encuentran argumentos igualmente poderosos, como es la regla de la *analogía iuris* para dar armonía a una situación no regulada con todo el ordenamiento jurídico, fundándose en la equidad, la buena fe, la noción de causa final de Capitant y la noción de los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos,

4.- Respecto a los dos primeros fundamentos pueden realizarse una fuerte crítica hacia ellos, pues olvidan que se trata de un escenario que es independiente de la voluntad de las partes. El hecho de exigir el cumplimiento del contrato en ningún caso podrá ser considerado como contrario a la buena fe o a la equidad, pues no se exige nada adicional, solo que se satisfaga el interés comprometido. Respecto a los últimos, ya se ha concluido que estas visiones no son las consideradas en nuestro Código Civil.

5.- La profesora Accatino plantea una tercera alternativa, pues según su opinión la fuerza obligatoria de los contratos no descansa en la autonomía de la voluntad de las partes como tradicionalmente se ha creído, sino en todo el resto de normas del sistema jurídico, es decir, en la ley. Por tanto, según la autora si se contravienen estas normas, el restablecer el equilibrio no implicaría un cambio arbitrario que vulnera la fuerza obligatoria como principios, pues esto quedaría fuera del alcance de esta noción, sino una interpretación de una norma en armonía con el ordenamiento jurídico en general.

6.- Sin embargo, en mi opinión, la autora olvida el texto expreso del Artículo 1545, el cual señala que solo se puede extinguir un contrato por causas legales, no por medio de una interpretación normativa particular de un juez en concreto. No obstante, la autora reconoce una circunstancia en extremo relevante para esta materia: La excesiva onerosidad sobrevenida es un riesgo contractual y como tal, si las partes no lo previeron, debe buscarse la respuesta a su asignación en la legislación nacional.

7.- Nuestra jurisprudencia nacional ha tenido muy escasas oportunidades para pronunciarse al respecto. El primer fallo que se pronunció al respecto fue de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha de 14 de Noviembre de 2006, fallo que la doctrina interpreto como la acogida de la Teoría de la Imprevisión por nuestros tribunales y es la primera sentencia que se analizó en este trabajo. La Corte obligo a una constructora a pagar los gastos extraordinarios que incurrió el deudor para cumplir, lo cual fundamentaba en que no estaba obligado a ello, por lo que no se controvertía la fuerza obligatoria de los contratos y, en virtud de los Artículos 1558 y 1547 del Código Civil, su incumplimiento no era de su responsabilidad. Sin embargo, esta afirmación es excesiva en nuestra opinión, pues diluye la distinción entre obligaciones de medios y resultados, confunde las nociones de responsabilidad e incumplimiento y, lo que es más grave, confunde la situación que reglamenta el Artículo 1558. Esta norma regula los daños que se provocan producto del incumplimiento, no el incumplimiento en sí, y en este caso en particular ni siquiera hay incumplimiento del deudor. También la Corte arguye que si se interpreta la voluntad del deudor y la buena fe contractual, no parece admisible que el deudor se haya querido obligar en dichos términos. No es posible que se concuerde con su criterio, pues no es la voluntad de una de las partes la que sirve para interpretar el contrato, sino la de ambas. Además, la Corte obvia el hecho de que la Teoría de la Imprevisión versa sobre obligaciones pendientes de ejecución, no sobre las que se han ejecutado, por lo que

estimar que esta situación se arregla con la aplicación de esta teoría es contrario a los requisitos de la misma. En cuanto a los argumentos de que sería contrario a la naturaleza onerosa y conmutativa del contrato y a la causa del contrato, la conclusión ya fue dicha: Esas consideraciones se hacen al momento de celebrarse el contrato, no en su ejecución.

8.- La Excelentísima Corte Suprema tuvo la primera oportunidad de pronunciarse el día 9 de Septiembre de 2009, en el cual rechaza categóricamente la aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro país, condenando al deudor a pagar el salario de las asesorías legales convenidas con su acreedor. No obstante compartir la condena a pagar los honorarios, no nos convencen los argumentos de la Corte Suprema respecto a que ello se debe a que la Teoría de la Imprevisión no tiene cabida en nuestro país, pues en este caso no existe un riesgo que sea imprevisto, pues el daño se produce una vez firmado el contrato, el cual se produce al cumplirse la condición suspensiva del que pendía el pago de los honorarios, por lo que el deudor podría haber previsto que de alterarse el área en la fórmula de pago, aumentaría el cociente que servía de multiplicador en la fórmula de los honorarios, o bien, debería haber señalado expresamente que el máximo del cociente sería uno. Creo que la Corte Suprema aprovecha la invocación errada de la recurrente para pronunciarse sobre la Teoría de la Imprevisión, teoría que en este caso está mal invocada por la recurrente.

9.- La Corte Suprema rechaza los argumentos de la recurrente argumentando los mismas razones ya expuestas por la doctrina en contra de su aplicación, cayendo en sus mismos errores. En mi opinión, puede arribarse a la misma conclusión de la Corte Suprema, tomando en cuenta de que no estamos en presencia de un riesgo imprevisto, sino de una negligencia de la recurrente. Adicionalmente, si se considera que la obligación de pago de los honorarios es una obligación de género, se concluye igual que la Corte Suprema, pero basándose en la asignación que realiza el legislador para los riesgos contractuales.

10.- Recientemente la misma Corte se ha pronunciado en sentencia de 16 de Mayo de 2013 sobre otro caso en que se ha invocado la excesiva onerosidad sobrevenida, pero basándose en el enriquecimiento sin causa. La Corte confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena que obligo al Serviu a pagar al concesionario por los gastos en obras extraordinarias, lo cual ha sido tomado por la doctrina como un cambio de opinión de la Corte Suprema respecto a la aplicación de la modificación judicial de los contratos,

respecto a los gastos imprevistos. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la Corte de Apelaciones de La Serena ni la Corte Suprema, puesto que no se cumplen los requisitos del enriquecimiento sin causa, puesto que el Artículo 2003 consagra la acción del constructor/demandante debió invocar. Sin embargo, el demandado no invoca este argumento en su libelo, por lo que no es analizado esto por la Corte, en mi opinión, fallando en el ejercicio de su casación de oficio. No obstante este error, de igual manera concluiríamos que el Serviu debía pagar al contratista, pero sería por medio de la acción legal que corresponde, la cual es una de las excepciones en que el Código Civil pone ciertos riesgos de una obligación de hacer de cargo del acreedor, no del deudor. Por tanto, en mi opinión, el fallo de la Corte Suprema falla en el sentido correcto, pero por razones erradas, como son el enriquecimiento sin causa, siendo que en este caso hay causa, que es el contrato en sí mismo, y hay una acción que sirve para que el contratista alegue sobre los gastos extraordinarios, la del Artículo 2003.

11.-En vista de lo analizado en esta investigación, es posible concluir que la excesiva onerosidad sobrevenida es un riesgo contractual, pues evidentemente es una posibilidad de daño que se traduce en la insatisfacción del interés de una de las partes, en este caso, del deudor, quien verá aumentada la gravosidad de su obligación o disminuida la utilidad que le trae la ejecución de la contraprestación del acreedor. A esto hay que sumarle el hecho de que es un riesgo de la obligación, puesto que lo se vuelve más oneroso o menos beneficioso es la prestación misma, no el contrato en general. En tal sentido, siendo un riesgo contractual de la obligación, debe aplicársele las reglas de distribución de riesgos que le son propias, las cuales en las obligaciones de hacer corresponden al género. De esta manera, el aumento de la gravosidad se traduce en un deterioro del hecho debido, por lo que corresponde al deudor asumirlo, de la misma manera que se beneficiaría si fortuitamente se volviera menos gravoso para el ejecutar el mismo hecho, lo cual se encuentra en armonía con los Artículos 1509, 1571, 1590 y 1550 del Código Civil.

12.- La conclusión anterior podría encontrar resistencia en nuestra doctrina, pero en verdad se encuentra también ratificada por nuestro legislador en el Código de Procedimiento Civil. El Artículo 539 de dicho código estipula expresamente que *“Agotados los fondos consignados, podrá el acreedor solicitar aumento de ellos, justificando que ha habido error en el presupuesto o que han sobrevenido circunstancias imprevistas que aumentan el costo de la obra”*, no distinguiendo la naturaleza de estos imprevistos, es

decir, sean o no causados por un caso fortuito, una imposibilidad de ejecución, o por alguna otra fuente que no sea el propio acreedor.

III. Sobre la objetivación del cumplimiento e incumplimiento, el rol del caso fortuito y su rol en las obligaciones de hacer, y la reinterpretación de ciertos artículos del Código Civil a la luz de esta investigación.

III.I Sobre la objetivación del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico.

1.- El cumplimiento no está definido en nuestro Código Civil. Tradicionalmente se le ha asociado con el modo de extinguir pago o solución. Sin embargo, este concepto es más amplio que el pago, basándose en la doctrina actual y en ciertas observaciones de autores clásicos en esta materia. De esta manera, el pago es una de las maneras de cumplir y el cumplimiento es la satisfacción del interés de la contraparte, el cual puede lograrse por medio del pago u otro modo de extinguir las obligaciones que satisfaga el interés del acreedor o cuente a lo menos con su voluntad.

2.- No obstante el cambio de visión que se propone frente al cumplimiento de las obligaciones, sea utilizando esta definición moderna o la clásica, hay que remarcar que todos los autores están contestes en que la imposibilidad de ejecución nunca será un medio de satisfacer el interés del acreedor ni de cumplir la obligación. Por tanto, de esta idea general puede concluirse que, primero, la extinción de una obligación puede causarse habiéndose cumplido o no la obligación, y segundo, que la mera extinción de la obligación no implica que está cumplida por el deudor. El debate es si se puede considerar una forma de incumplir la obligación.

3.- Si se consideran las obligaciones de hacer como obligaciones genéricas, el hecho debido siempre deberá ser considerado como un hecho ideal, por lo que el deudor siempre estará obligado a desempeñarlo con las características que las partes han acordado, asumiendo los riesgos que puedan causar que la obligación en particular sea más onerosa de realizar. Sin embargo, esto no quiere decir que sea responsable de todos los casos fortuitos.

4.- Al igual que con el cumplimiento, nuestro Código Civil no define que es el incumplimiento, teniendo la doctrina que determinar dicho concepto. La doctrina clásica lo

define como la falta de satisfacción de la obligación, entendido como el pago oportuno, total e íntegro. Sin embargo, no comparto dicho criterio puesto que existen modos distintos del pago que poseen la capacidad de dar por cumplida la obligación, los cuales no encuentran necesariamente consagración alguna que los equipare al pago en sus efectos.

5.- La doctrina actual propone como concepto una visión más amplia y adecuada del incumplimiento, tratándolo en contraposición del cumplimiento, es decir, incumplimiento es la insatisfacción del interés. Por lo mismo, desde la perspectiva de los riesgos contractuales, el incumplimiento es el más relevante riesgo contractual, pues implica justamente la insatisfacción de un interés de los contratantes. Si las partes nada dicen, es deber del legislador asignar quien deberá soportar el incumplimiento contractual, sea el acreedor soportando su insatisfacción, o el deudor, cumpliendo aunque sea tardíamente con el hecho debido y/o indemnizándole.

6.- Sin embargo, es importante recalcar que la gran diferencia de la doctrina clásica y la actual es el rol que juega la culpa en la determinación del incumplimiento. Para la primera, el incumplimiento solo será tal cuando haya una conducta culpable o dolosa del deudor que lo haya producido. Se basan en el Artículo 1489 que consagra la condición resolutoria tacita junto con la indemnización de perjuicios, el Artículo 1486, 1547 y 1558. La segunda postula una visión neutra del incumplimiento, en el cual la culpa no juega rol ninguno en su determinación.

7.-No comparto la idea de la doctrina clásica respecto a la culpa. El Artículo 1486 no habla sobre el incumplimiento, sino de la extinción de la cosa, el cual es un riesgo distinto. El Artículo 1558 establece el alcance de la responsabilidad en los perjuicios causados por el incumplimiento, no la responsabilidad en el incumplimiento en sí. Respecto a los Artículos 1489 y 1547, es posible analizarlos de tal manera que se encuentre una interpretación armónica entre ellos de la siguiente forma: El deudor será responsable del incumplimiento, asumiendo su responsabilidad en él, siempre que no haya cumplido con el estándar de diligencia que le es exigible, indemnizando al acreedor por el retraso, y cumpliendo su obligación aunque sea tardíamente de ser posible, o bien, indemnizando al acreedor de no serlo. Sin embargo, en el caso de haber cumplido con su estándar de diligencia, no tendrá que indemnizar en modo alguno al deudor, pero ello no implica que queda liberado de su obligación, pues puede ser que la obligación no este extinta. No obstante, incluso

cuando la obligación esta extinta, no puede concluirse que el deudor ha cumplido, puesto que no ha ejecutado la conducta debida, que es como se interpreta por la doctrina clásica el cumplimiento, por lo que habría un tercer estado de las obligaciones, las cuales podrían estar cumplidas, incumplidas y en un estado de limbo, en el cual no están ni en un estado ni el otro. Esto sucede porque se confunde la responsabilidad del deudor, la extinción de la obligación, y el cumplimiento e incumplimiento de la misma, siendo que son tres conceptos que pueden operar perfectamente en conjunto e independientemente. De esta manera, el incumplimiento puede ser causado por la culpa del deudor, siendo de su responsabilidad; puede ser causado por un caso fortuito, en el cual no es de responsabilidad del deudor, pero aun así se produce; y puede inclusive extinguirse la obligación, pero ello no implica su cumplimiento, sino más bien su incumplimiento fortuito.

8.- En la determinación del incumplimiento de las obligaciones de hacer existe dos importantes nociones muy relevantes para entender cuándo estarán cumplidas o no las obligaciones contraídas; nos referimos a la clasificación de si son de resultado o de medios y a las formas que puede asumir el incumplimiento. Las tres formas que clásicamente se han clasificado los incumplimientos son la total falta de cumplimiento, la ejecución parcial del hecho y la ejecución fuera de plazo de lo debido. En las obligaciones de hacer de resultado, es muy simple constatar si hay o no incumplimiento de la obligación en sus dos primeras posibilidades, pues basta con comprobar si el resultado se ha alcanzado en su totalidad. Sin embargo, en la tercera opción pareciese ser más difuso ese límite, pues dependerá de dos factores relevantes. El primero de si el plazo era parte esencial del contenido de la obligación. De serlo, no se puede hablar de cumplimiento tardío de la obligación, pues habría únicamente un incumplimiento de la misma. Sin embargo, de no ser esencial, solo podría hablarse de un tema de responsabilidad del deudor, pero la obligación estaría cumplida; y en caso de retrasarse fortuitamente, no tendría ningún deber de indemnizar dicho retraso, como establece el Artículo 1558.

9.- En cambio, en las obligaciones de hacer de medios la determinación del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones es mucho más compleja. En las obligaciones de medios, el deudor se compromete a realizar una determinada actividad con un determinado grado de diligencia, sin garantizar la obtención de un resultado determinado. La doctrina actual esta llana a admitir que la diligencia en su función integradora forma parte del contenido de la obligación, por lo que para determinar si está cumplida o

incumplida la obligación es necesario analizar la diligencia desplegada por el deudor, puesto que la diligencia se confunde absolutamente con el contenido de la prestación debida, es decir, lo debido es la diligencia del deudor, por lo que de haber culpa del deudor, habrá incumplimiento; en caso de no haberla, habría cumplido para la doctrina en general. Sin embargo, en esta memoria hemos referido que ello requiere ser matizado, pues aun en las obligaciones de medios pueden encontrarse escenarios donde se estime incumplida la obligación, independiente de la diligencia desplegada, por un caso fortuito. En el primer caso del incumplimiento, la falta total de ejecución, no puede hablarse de que el deudor haya desplegado diligencia alguna en el caso de verse imposibilitado fortuitamente de ejecutar la actividad comprometida. Evidentemente no es responsable de ello, pero no quiere decir que haya cumplido con su obligación, puesto que la actividad donde debía desplegar su diligencia ni siquiera ha tenido lugar, por lo que de cesar el obstáculo seguirá estando obligado a cumplir y de no hacerlo, se habrá extinguido la obligación de configurarse la imposibilidad de ejecución como modo de extinguir, pero estará incumplida. Más complejo es el caso del segundo escenario del incumplimiento, el incumplimiento parcial, pues en este escenario la actividad se ha desarrollado objetivamente, pero por un caso fortuito solo se habrá desarrollado parcialmente. Se pueden pensar que con esto el deudor habría cumplido, pero lo cierto es que solo se ve excusado de su responsabilidad en la parcialidad, siguiendo obligado a cumplir con la parcialidad no ejecutada una vez que se supere el caso fortuito, salvo que se configure la extinción por la imposibilidad de ejecución, en cuyo caso habrá cumplido con lo comprometido. En la tercera faceta del incumplimiento, el cumplimiento tardío de la obligación de hacer de medios, juega un rol preponderante si el plazo era parte del contenido de la obligación. De ser así, el caso fortuito forma parte del modo de extinguir imposibilidad de ejecución, por lo que el cumplimiento tardío no es tal, puesto que a obligación se habría extinguido, pero además estaría incumplida. En caso de no ser esencial, estaríamos en presencia de un cumplimiento de la obligación, puesto que la actividad objetivamente apreciada se ha desarrollado y la diligencia que le es exigible se ha cumplido, por lo que no es responsable del retraso, tornándose un tema de responsabilidad del deudor, no del cumplimiento de la obligación.

10.- En caso de que el incumplimiento sea culpable o doloso, toda la doctrina está de acuerdo que dicho riesgo es de responsabilidad del deudor, quien deberá cumplir con la

obligación y/o indemnizar los perjuicios que correspondan. Sin embargo, en el incumplimiento fortuito, el acreedor asume la insatisfacción del interés causada por el caso fortuito, pero no implica asumir necesariamente el riesgo del peligro de la contraprestación de la teoría clásica de los riesgos.

11.- El incumplimiento fortuito de esta manera puede ser definido como la insatisfacción del interés del acreedor causado sin culpa o dolo del deudor. Sin embargo, la noción de incumplimiento esencial se torna de especial relevancia para determinar cuándo dicho incumplimiento será lo suficientemente grave para poner en acción los distintos remedios del acreedor. Dirimir sobre esto implica necesariamente trazar un límite entre los casos que se tratan sobre la responsabilidad del deudor y los que estamos hablando de un incumplimiento del deudor. La doctrina actual lo resume en tres principales categorías: aquellos en que se ha tornado imposible la obtención del interés del acreedor; aquellos en que por culpa grave o dolo del deudor se ha perdido toda la confianza en el cumplimiento forzado del deudor; y aquellos en que las partes de común acuerdo han elevado a ser esenciales.

12.- Los remedios del acreedor frente al incumplimiento contractual se pueden definir como el conjunto de acciones o medidas que puede tomar el acreedor cuando se configura el incumplimiento contractual. En las obligaciones de hacer se pueden resumir en las consagradas en el Artículo 1553 del Código Civil -el cumplimiento forzado, la ejecución por un tercero costado por el deudor y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción del contrato- y el Artículo 1489 que consagra la posibilidad de resolver el contrato, todas estas opciones con la posibilidad de indemnización de perjuicios por la mora.

13.- En cuanto a la primera norma, solo en el numeral 3º se advierte un juicio de responsabilidad del deudor en ello; en las otras dos opciones solo se advierte el ejercicio del justo derecho del acreedor de demandar el cumplimiento de la obligación. No obstante, el deudor no está indefenso, puesto que siempre podrá oponer como excepción, en el juicio ejecutivo de obligaciones de hacer, la imposibilidad de ejecución objetiva y actual que cumpla con los requisitos respectivos, e inclusive la meramente temporal, lo cual en conjunto con el Artículo 1558, lo libera de toda responsabilidad en el incumplimiento de la misma, pero no le libera de la obligación, salvo que se configure el modo de extinguir

respectivo. Es necesario que sea objetiva, pues de lo contrario, el deudor debió haber derivado su ejecución en un tercero para cumplir su obligación, por lo que es justo que el acreedor pueda hacerlo a través del ejercicio del numeral 2º de dicha norma a cargo del deudor. En definitiva, si no estamos en presencia de una imposibilidad de ejecución como modo de extinguir, el deudor sigue obligado a cumplir con su obligación, lo único que varía es la exigibilidad de la misma por el acreedor y la responsabilidad del deudor en ello.

14.- Sin embargo, ninguno de los remedios consagrados en el Artículo 1553 sirve para solucionar el incumplimiento fortuito que sea causado por el modo de extinguir imposibilidad de ejecución. Para ello, el único remedio que tiene el acreedor es la resolución del contrato, el cual no implica en ningún caso transferir los efectos propios del incumplimiento de la obligación, puesto que el seguirá soportando la insatisfacción de su interés en el contrato, pero le servirá para evitar uno de sus efectos: el deber cumplir con su obligación a pesar del incumplimiento de la contraprestación, es decir, distribuye el riesgo del peligro de la contraprestación, operando la condición resolutoria tacita como modo de extinguir su propia obligación.

15.- La condición resolutoria tacita ha sido caracterizada tradicionalmente como aquella que es resolutoria, tacita, negativa, declarada judicialmente y potestativa, la cual es definida como aquel hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho que va incorporada en todo contrato bilateral. El hecho futuro e incierto es el incumplimiento en sí mismo, el cual es estimado como condición por nuestro legislador. Si se toma en cuenta que la culpa nada tiene que ver con el incumplimiento de las obligaciones, la resolución del contrato bilateral no tiene relación alguna con la culpa del deudor, por lo que puede producirse en un incumplimiento culpable o fortuito. Sin embargo, el profesor Vidal, quien es un defensor importante de esta visión del incumplimiento, ha criticado fuertemente el carácter de condición del incumplimiento, porque *“el cumplimiento es un hecho debido y los efectos del incumplimiento no se ponen en movimiento por efecto de una condición, sino por la aplicación del contrato o de la ley dispositiva”*²⁶⁶. Sin embargo, no opino como el autor, pues en primer lugar, si el incumplimiento es un hecho independiente de la voluntad del deudor, el cumplimiento también lo es a su vez, pues puede alcanzarse inclusive en contra o ajeno de la voluntad

²⁶⁶ VIDAL, Loc. Cit., nº 221

del deudor y el acreedor, como se desprende de la simple lectura de las reglas del pago, lo cual nada resta al deber del deudor de lograr dicho cumplimiento. En segundo lugar, el profesor confunde el nivel de clasificación de los elementos de un contrato, los cuales pueden clasificarse en derechos, obligaciones- los cuales a su vez admiten distintas clasificaciones entre sí. En tal sentido, en todo contrato bilateral va envuelta esta condición. Lo cierto es que todo efecto del contrato tiene esa relevancia porque la ley se lo otorga, y en ese sentido, todo suceso jurídico es producto de la ley. Sin embargo, esto no obsta para que a su vez se puedan clasificar de distinta manera; la crítica del profesor Vidal da a pensar en que el incumplimiento y el cumplimiento no pueden ser clasificados desde otros puntos de vista, lo cual no puedo compartir. En tercer lugar, si se busca las fuentes de la opinión del profesor Vidal, se encuentra la opinión del jurista español Diez Picazo, que plantea que en este caso existe una facultad resolutoria del acreedor. Sin embargo, en el derecho español eso tiene pleno sentido, pues su legislador no consagra el incumplimiento como condición resolutoria, solo como condición en su Artículo 1224 del Código Civil Español. Aquello podría servir de base para criticar el carácter de resolutoria de nuestro Artículo 1489, transformándola en una condición suspensiva que hace nacer el derecho de resolver el contrato al acreedor que sufra el incumplimiento, pero en ningún caso le quitaría el carácter de condición al incumplimiento en sí. No obstante esta discusión sobre la naturaleza de la condición, nos topamos con un problema de texto legal expreso, ya que en Chile se tiene como condición resolutoria.

16.- Para salvar este defecto, es posible argumentar que el inciso 2º del Artículo 1489 del Código Civil no solo requiere que se constate el incumplimiento del deudor, sino que el acreedor alegue judicialmente la resolución por dicho incumplimiento. En tal sentido, el presupuesto factico de la condición resolutoria tacita no se limita únicamente al incumplimiento, sino al incumplimiento que sea alegado judicialmente como base de la resolución.

17.- A pesar de lo anterior, hay que tener en cuenta que en la actualidad se ha superado la visión exegética de que todo incumplimiento sirve para la resolución del contrato, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que esta facultad resolutoria se encuentra limitada a los incumplimientos esenciales, los cuales incluyen el incumplimiento total fortuito. Para el resto de los casos, se encuentra la acción indemnizatoria consagrada en el mismo Artículo 1489, la cual evidentemente dependerá

de si el deudor es responsable o no de dichos daños, con lo cual el caso fortuito y su rol de eximente de la responsabilidad cobran especial relevancia.

III.II Sobre el rol del caso fortuito en las obligaciones de hacer.

1.- El caso fortuito es el eximente de responsabilidad reconocido por el legislador, el cual exige que este sea externo, imprevisto e irresistible y es también parte del elemento subjetivo del modo de extinguir imposibilidad de ejecución, por lo que el deudor deberá probar la concurrencia de este si busca liberarse de su responsabilidad y, si procede, de su obligación de cumplir lo pactado.

2.- La externalidad se ha considerado tradicionalmente de dos formas. La primera como aquel suceso que se produce con ausencia de culpa del deudor; y la segunda como aquel suceso que no tiene conexión alguna con el deudor, rompiendo el nexo causal entre daño y su persona. Sin embargo, ambas posturas son desechadas por la doctrina actual, puesto que no dotan a este requisito de un contenido propio, confundiendo con la imprevisibilidad e irresistibilidad, en las cuales la conducta del deudor también se analiza.

3.-La externalidad para la doctrina actual tiene un contenido que es independiente y que se determina por la esfera propia de riesgos que asume el deudor en el contrato, el cual determina por la naturaleza de la obligación que se obliga a realizar los riesgos que son de su cargo. De esta forma, los riesgos típicos de la prestación son asumidos por el deudor, puesto que están dentro del ámbito que está bajo su control y supervisión, así como los que se producen por terceros que están relacionados con dicha actividad y las materias o herramientas que utilizara en la ejecución de la misma. De esta forma la externalidad es determinada de manera objetiva, en la cual la conducta del deudor no juega rol alguno.

4.- La imprevisibilidad más antiguamente se ha definido como la posibilidad de anticipar la ocurrencia de cierto, según un determinado cálculo de probabilidades. Sin embargo, posteriormente se desvirtuó este significado por nuestra doctrina nacional, dejando este cálculo en segundo plano, redefiniéndose como la ocurrencia del hecho no obstante las medidas adoptadas por el deudor, relacionándose más con la imposibilidad de evitar el acontecimiento por la doctrina clásica. Esto es objeto de fuertes críticas en la doctrina actual, puesto que acerca la imprevisibilidad a la inevitabilidad, concepto enteramente

distinto, y lo sitúa en la fase de ejecución de la obligación, lugar en que tiene sentido el despliegue de las medidas del deudor. Además implica tácitamente que todo hecho es previsible mientras sea física o jurídicamente posible, por lo que el deudor sería responsable a todo evento.

5.- Debido a lo anterior, la doctrina actual plantea la vuelta a la noción clásica de la imprevisibilidad como cálculo de probabilidades, el cual estaría determinado por la función promotora de la diligencia del deudor, lo cual implica que dependiendo de la diligencia a la que se ha obligado, el deudor deberá considerar riesgos que son más o menos probables que ocurran, aun cuando no sean riesgos típicos de la actividad a la que se ha comprometido, tomando como criterios el conocimiento de las circunstancias en que está enmarcado el contrato y la diligencia promotora a la que está obligado, realizando un verdadero juicio de imprevisibilidad del suceso, el cual debe realizarse desde la época de celebración del contrato, pues ese es el momento en que se distribuyen o asignan los riesgos que son propios del contrato.

6.- La irresistibilidad tradicionalmente se ha definido como el hecho, por su propia naturaleza, sea totalmente imposible de resistir por cualquier persona, independiente del grado de diligencia o sacrificio que se despliegue. Sin embargo, la doctrina actual critica, en mi opinión acertadamente, esta definición, pues se confunde la irresistibilidad con la inevitabilidad, que son conceptos distintos. Resistir es oponerse a algo, en este caso, al suceso que entorpece que el deudor, lo cual no es igual a que un hecho sea inevitable, ya que la responsabilidad del deudor y la diligencia a la que se obliga no tienen ninguna importancia de esta forma.

7.- Por lo anterior, concuerdo con la visión que propone la doctrina actual, que considera en su justa medida este requisito. El deudor al obligarse con el acreedor, se compromete a desplegar un grado de diligencia determinado, la cual en su función promotora, implica que, según el grado de diligencia al que se comprometió, debe evitar que el suceso produzca sus efectos en la ejecución de su obligación, y de producirse dicho obstáculo, debe desplegar todas las medidas que según su diligencia le sea exigible que realice, con el fin de superar dicho evento y cumplir igualmente. De esta manera, la diligencia del deudor se analiza también en torno a este requisito, configurándose un juicio de irresistibilidad en cada caso concreto. Con esto, se reafirma que, en las obligaciones de

hacer, en el caso de ser imposible para el deudor ejecutar personalmente la obligación, tiene en el deber de encargar a un tercero a su costo que realice lo que se obligó a desempeñar personalmente.

8.- La noción de caso fortuito planteada por la doctrina actual es de características objetivas, pues depende de la ajenidad o exterioridad del acontecimiento desde la perspectiva del contrato sin tomar en cuenta la conducta del deudor y de un estándar de diligencia analizado en abstracto respecto a la imprevisibilidad e irresistibilidad del mismo y, sin embargo, de carácter relativo, ya que dependerá de la diligencia promotora que es exigible al deudor en el contrato en concreto cuáles serán los riesgos que el legislador le asigna como de su responsabilidad.

9.- La excesiva onerosidad sobrevenida se ve encasilla en principio dentro de este concepto nuevo de caso fortuito, puesto que puede ser asimilada a él. Por lo anterior, si bien pareciere que el deudor no puede ser obligado a desarrollar la actividad cuando este riesgo se constituye, porque en principio no podría obligársele a desempeñar el hecho debido hasta que cese el obstáculo, el cual dependiendo del caso concreto, podría ser permanente o solo temporal, lo cierto es que en las obligaciones de hacer topa con un defecto en el texto legal que no se encuentra en el Código Civil, sino en el Código de Procedimiento Civil. En su Artículo 539, dicho código señala que las circunstancias imprevistas que tornen más onerosas la obligación del deudor serán de su cargo, pues posibilita al acreedor para solicitar al juez que ordene al deudor a suministrar más fondos para la ejecución de la obligación.

10.- En mi opinión, ello se debe a la diferencia entre los legisladores de ambos Códigos. El primero fue redactado por don Andrés Bello y fue publicado en 1855, mientras que el segundo fue redactado por una comisión de connotados juristas de la época y fue publicado en 1902. En consecuencia, es necesaria una reforma legal para que la excesiva onerosidad sobrevenida sea asumida por el acreedor de la obligación, pues nuestro ordenamiento jurídico no admite una clasificación distinta.

11.- Si el caso fortuito se dimensiona únicamente como un eximente de responsabilidad, es posible entender que el Artículo 1510 del Código Civil, que reglamenta las obligaciones de género, no es una regla de responsabilidad, sino del riesgo de extinción de la cosa. Por tanto, el caso fortuito si procede en las obligaciones de género, pues no posee un efecto

extintivo de la obligación. En tal sentido, es posible que una obligación no se cumpla debido a un caso fortuito, siendo irresponsable el deudor de él, pero ello no libera al deudor del deber de cumplir dicha obligación una vez que el caso fortuito haya cesado en sus efectos, o en su defecto, de buscar otro hecho del género para cumplir.

III.III Sobre la reinterpretación de ciertos artículos del Código Civil a luz de esta nueva visión.

1.- Esta interpretación es concordante con el tratamiento que se le ha dado por nuestro legislador a la asignación de los riesgos contractuales. En las obligaciones de hacer que consistan en la entrega de un cuerpo cierto, se encontraran con que los riesgos son asumidos por el acreedor, siguiendo la regla de excepción del Artículo 1550 del Código Civil, como lo son efectivamente asumidas en los contratos de comodato y de sociedad, que si bien este ultimo contiene una obligación de dar, por la ficción del Artículo 1548, se encuentra también regulada por esa norma. Sin embargo, estos contratos son excepcionales en mantener el riesgo de dichas obligaciones en el acreedor, puesto que en los contratos de arrendamiento y deposito en la posada, el legislador vuelve a la regla general de las obligaciones de hacer, es decir, que los riesgos son de cargo del deudor, los cuales en principio deberían estar reguladas por Artículo 1550 al ser una entrega de cuerpo cierto, pero el legislador establece una norma expresa para que opere como una contra excepción a este precepto legal. En este sentido, solo estos contratos tienen normas que contravienen el principio general de este tipo de obligaciones de hacer.

2.- Solo existen dos excepciones a las reglas que fijan los riesgos en las obligaciones de hacer en el deudor de la obligación. La primera de ellas es el contrato de mandato, en el cual es una obligación de hacer de medios, en el cual el legislador establece, en su Artículo 2150 y siguientes, que el mandatario no se hace cargo de los riesgos ni del caso fortuito, salvo que haya un pacto expreso de las partes. Por tanto, en este contrato en particular, el legislador ha variado la regla de asignación de riesgos de una obligación de hacer, estableciéndose que son de cargo del acreedor.

3.- En el contrato de confección de obra material se encuentra patente la regulación del legislador sobre las obligaciones de hacer. En el caso que el contrato sea considerado de venta, se encontrara regulado por las normas que son propias a la compraventa bajo condición suspensiva. Sin embargo, si el contrato es considerado de arrendamiento, el

legislador establece que todos los riesgos son del artífice, el cual no podrá cobrar salario alguno, salvo tres excepciones. La primera, que la obra haya sido realizada y aprobada, pues es claro que en ese momento habrá cumplido con la obligación de hacer genérica, ya que en ese momento la obligación se torna en una entrega de cuerpo cierto, en cuyo caso los riesgos son del acreedor, como estipula para esta obligación el Artículo 1550 para este tipo de obligaciones de hacer. La segunda es que la cosa haya perecido por la mora del acreedor en dar su aprobación, pues en este caso habría culpa de este y es justo que sean de su cargo. La tercera es que la cosa perezca por vicio de la materia suministrada por el acreedor, lo cual es lógico ya que no es la materia del artífice. Sin embargo, el legislador establece que será así siempre que en virtud de su oficio no sea exigible que debiese conocer dicho vicio, estableciéndose claramente la externalidad que debe estar presente en los casos fortuitos, y siempre que una vez que esté en su conocimiento, sea o no exigible que lo pudiese prever, lo haya informado. De lo contrario, tampoco tendrá derecho a que se le pague precio alguno.

4.- En este tipo de contrato existe un subtipo de contrato, que han sido señalado por la doctrina chilena como el contrato de construcción en modalidad de suma alzada. Para este tipo en particular, el legislador ha establecido ciertas normas especiales, que constituyen la segunda excepción a la regla de asignación de riesgos de las obligaciones de hacer, poniendo ciertos riesgos de cargo del acreedor. En general, todos los riesgos que son propios de la actividades, sean causados por los materiales que utilizo, o por defectos en su construcción, serán de cargo del deudor-contratista, salvo que los materiales sean suministrados por el acreedor-dueño y no era exigible que el deudor en razón de su oficio debiese conocerlos. En este punto no se separa de lo que sería la regla general de la externalidad del caso fortuito. Sin embargo, en todos los riesgos que sean externos e imprevistos, el legislador establece que son de cargo del acreedor-dueño, variando de esta manera la regla en que se distribuye la excesiva onerosidad sobrevenida en una obligación de hacer, la cual como hemos señalado, normalmente esta de cargo del mismo deudor. Sin embargo, esta asignación es más amplia que la excesiva onerosidad sobrevenida que plantea la Teoría de la Imprevisión, puesto que no se limita únicamente a los perjuicios graves, sino a cualquier gasto o costo que no pudiese preverse, independiente de su entidad. Tampoco se limita a los que sean irresistibles, puesto que solo exige su externalidad e imprevisibilidad.

5.- Es interesante señalar que esta última norma de excepción encuentra un límite cuando el contrato se trata de una concesión de obra pública, pues el legislador nacional, a través de la Ley de Concesiones de Obras Públicas en su Artículo 19, establece una asignación distinta respecto a la fuerza mayor, producida por los actos de autoridad, estableciendo una serie de requisitos para que estos sean asumidos por el Estado, que en este caso es el acreedor. De esta manera, los actos de autoridad que no cumplan con los requisitos que estipula el legislador, son asumidos por el deudor-contratista, disminuyendo la esfera en que el Estado-acreedor debe asumir dichos riesgos. Sin embargo, aquello no les libera de las circunstancias imprevistas que no tengan su origen en los actos de autoridad, como pueden ser el vicio de suelo y en definitiva todas las circunstancias imprevisibles al momento de contratar que tengan su causa en la naturaleza o en hecho de tercero.

6.- Parte de la doctrina ha postulado que esto puede considerarse como una acogida por el legislador a la Teoría de la Imprevisión. Sin embargo, debe desestimarse tal afirmación, dicha teoría supone la revisión del contrato para restablecer el equilibrio entre las partes por medio del juez, cuestión que no está presente en esta norma; lo que hay aquí es la asignación legal de un riesgo contractual; el juez no determinara en caso alguno cual es el punto de equilibrio, es el legislador quien asigna que, de cumplirse los nombrados requisitos, el riesgo será del Estado; en caso contrario será del concesionario. El juez solo comprueba la concurrencia de esos requisitos, no distribuye los daños causados entre cada una de las partes.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

ABELIUK M., RENÉ, Las Obligaciones, Tomo II", 4ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Dislexia Virtual, 2006

ACCATINO, DANIELA. La "Teoría Clásica" del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 2015, vol.42, n.1, pp.35-56. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100003&lng=es&nrm=iso. [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

ACEVEDO FERRER, SANTIAGO. La cuestión de los riesgos en la compraventa y la solución del código civil de Chile, [en línea], Tesis (para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile. 2007. Disponible en < <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/112134>>. [Fecha consulta: 24 de noviembre 2016].

ALAMOS VALENZUELA, ALBERTO, Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno, [en línea], Actualidad Jurídica, Julio de 2011, n. 24, pp. 233-251. Disponible en <<http://www.actualidadjuridicaudd.cl/web/wp-content/uploads/2014/09/AJ24.pdf>>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016].

ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria.: Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. Corte de Apelaciones de Santiago 14 de noviembre de 2006, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 2007, vol.34, n.2, pp.361-372. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200008&lng=es&nrm=iso>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, Teoría de las obligaciones, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Zamorano y Caperán, 1934.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO, SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Curso de Derecho Civil, Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1941, Tomo III: De las Obligaciones.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva, [En línea], Revista Chilena de Derecho, 1997, vol. 24 pp.151-177. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650027.pdf>>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

BARROS BOURIE, ENRIQUE, Los contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: la virtualidad analógica de las reglas del mandato, En: ELORRIAGA, FABIÁN (editor), Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, Abeledo Perrot, 2012).

BARCIA LEHMANN, RODRIGO, Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho, [en línea], Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2004, Santiago, Chile, N° 1, pp. 127-169. Disponible en <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/efectos_barcia.PDF>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO, Curso de Derecho Civil, 4º Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1932, Tomo II.

BRANTT, MARÍA GRACIELA, La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato, [en línea], Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, Santiago, Chile, n.33, pp.39-102. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200001&lng=es&nrm=iso. [Consultado: 3 de Octubre de 2016].

BRANTT, MARÍA GRACIELA, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2010

CLARO SOLAR, LUIS, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Tomo X, XI y XII.

DE LA MAZA RIVADENEIRA, LORENZO. La Teoría de la Imprevisión (en relación con el derecho civil chileno), [en línea], Tesis (para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile. 1933. Disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_/html/index-frames.html.

[Consultado: 2 de Noviembre de 2016]

DIEZ PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 5º Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1996, Tomo II: Las relaciones obligatorias.

DÖRR, Juan Carlos, Notas acerca de la teoría de la imprevisión, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 1985, Santiago, Chile, vol. 5, N° 12, pp. 253-270. Disponible en < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649494.pdf>>, [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

ELORRIAGA DE BONIS, FABÍAN “et.al”, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005.

FARAH SALAZAR, FOUIDAD, Separata 7, Efectos de las obligaciones. El incumplimiento, documento electrónico, disponible en http://www.farahabogados.cl/arcis/obligaciones2015/separatas/Separata_7_Efectos_del_incumplimiento.pdf, [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

FUEYO LANERI. FERNANDO, Algo sobre la teoría de la imprevisión, [en línea], En: TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, Doctrinas Esenciales. Obligaciones, Tomo I, Chile, Editorial Jurídica, 2011, pp. 757-781. Disponible en: < <http://vlex.com/vid/teoria-imprevision-231349725> >. [Consultado: 3 de Octubre de 2016]

FUEYO LANERI, FERNANDO, Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones, actualizada por FIGUEROA, GONZALO, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004

GAVIDIA SANCHEZ, JULIO, Presuposición y riesgo contractual, [en línea], Anuario de Derecho Civil, 1987, Madrid, España, Vol. 40, n. 2, pp. 525-600. Disponible en <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1987-20052500600_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Presuposici%F3n_y_riesgo_contractual>. [Consultado: 3 de Octubre de 2016].

GONZÁLEZ LAGOS, FELIPE Y NOVANI CORREA, STEPHANO. Algunos problemas de la resolución por incumplimiento en la contratación contemporánea [en línea]. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140333>>. [Fecha consulta: 28 de Febrero 2017].

KREBS POULSEN, CLAUS, La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 1999, vol. 26, n.4, pp. 839-874. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650134.pdf>>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los Contratos Parte General, 2º Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1988.

MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA, El incumplimiento resolutorio en el Código Civil, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011.

MEZA BARROS, RAMÓN, Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones, 10º Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile 1987.

MEZA BARROS, RAMÓN, Manual de Derecho Civil: De las obligaciones, 10º Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

MOMBERG URIBE, RODRIGO. Enriquecimiento sin causa, distribución de riesgos y contratos a suma alzada [en línea], El Mercurio Legal, 14 de Enero de 2014, <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/01/13/Enriquecimiento-sin-causa-distribucion-de-riesgos-y-contratos-a-suma-alzada.aspx>>. [Consultado: 29 de Diciembre 2016]

MOMBERG URIBE, RODRIGO. Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile, [en línea], Revista Chilena de Derecho Privado, 2010, n.15, pp.29-64. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200002&lng=es&nrm=iso [Consultado: 03 de Octubre de 2016].

MORALES MORENO, ANTONIO, En: VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista, [en línea], Revista Chilena de Derecho, Abril de 2007, vol.34, n.1, pp.41-59. Disponible en:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004&lng=en&nrm=iso>. [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

NIÑO TEJEDA, EDUARDO, Clasificación de la obligación de entregar, [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1985, n.9, pp. 107-119. Disponible en <www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/141/131>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión), [en línea], Revista de Derecho Universidad de Concepción. Vol. 68, N° 208. Concepción. 2000, julio a diciembre, pp. 209-237. Disponible en < www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2711>. [Consultado: 03 de Octubre de 2016]

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, [en línea], Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, n.31, pp.255-265. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200005&lng=pt&nrm=iso. [Consultado: 30 de Enero de 2017]

PIZARRO WILSON, CARLOS, Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual, En: PIZARRO WILSON, CARLOS y VIDAL OLIVARES, ALVARO, Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños, Bogotá D.C., Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 209-217

RAMOS PAZOS, RENÉ, Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones, 3º Edición, Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2008.

RAMOS PAZOS, RENÉ, Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones, 10º Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, Tomo I y II.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española. [En línea]. Disponible en: <<http://dle.rae.es> >, [Consulta 2 de Noviembre de 2016]

REVECO URZÚA, RICARDO, Obligaciones de medios y resultado, Derecho Civil III: Obligaciones, [en línea], Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 01 de Abril de 2008. Disponible en: < https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D122A0415/1/material_docente/bajar?id_material=161657>, [Consultado: 25 de Enero de 2017]

RODRIGUEZ GREZ, PABLO, Extinción convencional de las obligaciones, Volumen II, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

RODRIGUEZ GREZ, PABLO, La obligación como deber de conducta típica: (la teoría de la imprevisión), Santiago, Chile, Editorial Salesianos, 1992

RODRIGUEZ PINTO, MARÍA SARA. Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios: La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas, [en línea], Revista Chilena de Derecho, 2014, vol.41, n.3, pp.791-823. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000300002&lng=es&nrm=iso>, [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

SEPÚLVEDA JIMÉNEZ, ANDRÉS. Fundamentos del riesgo del acreedor en los contratos bilaterales en Chile, [en línea], Tesis (para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2011. Disponible en < <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/111024>>, [Fecha consulta: 24 de noviembre 2016].

SUTHERLAND BORJA, THOMAS. Condiciones imprevistas en los contratos de construcción a suma alzada y su aplicación al sitio de las obras, [en línea], Revista Chilena de Derecho Privado, 2014, n.22, pp.161-195. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100004&lng=es&nrm=iso>. [Consultado: 03 de Octubre de 2016]

URREJOLA SANTA MARIA, SERGIO. El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del código civil, [en línea], Revista Chilena de Derecho Privado, Diciembre de 2011, n.17, pp.27-69. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000200002&lng=es&nrm=iso>. [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

VIAL DEL RÍO, VICTOR, Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno, Santiago, Chile, Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, 2003.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, La Construcción de la Regla Contractual en el Derecho Civil de Los Contratos, [en línea], Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 2000, n. 21, pp. 209-227. Disponible en: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/464/434>>. , [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista, [en línea], Revista Chilena de Derecho, Abril de 2007, vol.34, n.1, pp.41-59. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004&lng=en&nrm=iso>. [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, EL incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado: Una relectura de las disposiciones del "código civil" sobre incumplimiento, En: El Código Civil de Chile (1855-2005) (Santiago, 3-6 Octubre de 2005), El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación, Santiago, Chile, Editor Alejandro Guzmán Brito, 2007.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, En: PIZARRO WILSON, CARLOS (Coordinador), Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 347-368

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, La noción de incumplimiento esencial en el "código civil", [en línea], Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Junio de 2009, n. 32, pp.221-258. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100006&lng=es&nrm=iso> , [Consultado: 15 de Agosto de 2016]

VODANOVIC H., ANTONIO, Manual de Derecho Civil II, 2ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 2001.

LEGISLACION NACIONAL Y EXTRANJERA.

CHILE, Código de Comercio, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 23 de Noviembre de 1865. [Actualizada al 10 de Octubre de 2014]

Ley N° 1552, CHILE, Código de Procedimiento Civil, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de Agosto de 1902. [Actualizada al 19 de Diciembre de 2016]

D.F.L. N° 1, CHILE, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre registro civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de Mayo de 2000. [Actualizada al 22 de Octubre de 2015]

Real Decreto de 24 de Julio de 1889, ESPAÑA, Código Civil y legislación complementaria, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, España, 25 de Julio de 1889. [Actualizada al 6 de Octubre de 2015]

JURISPRUDENCIA.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de Larraín con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana, 14 de Noviembre de 2006 (cobro de honorarios), Rol N° 6812-2001, Poder Judicial.

Corte Suprema. Sentencia Pesquera El Golfo S.A. con Servicios Integrados Transportes, 4 de Mayo de 2004 (Recurso de Casación de forma y fondo), Rol N° 3277-2002, Poder Judicial.

Corte Suprema. Sentencia de Pesquera Luis Andrade S.A. con Marine Harvest Chile S.A, 30 de Junio de 2008 (Recurso de Casación de forma y fondo), Rol N° 5857-2006, Poder Judicial.

Corte Suprema. Sentencia de Manuel Bórquez con Jorge Reiher, 11 de Mayo de 2009 (Recurso de Casación de forma), Rol N° 2313-2008, Poder Judicial.

Corte Suprema. Sentencia de Héctor Saavedra con Pedro Pino, 28 de Julio de 2009 (Recurso de Casación de fondo), Rol N° 2161-2008, Poder judicial.

Corte Suprema. Sentencia de South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso, 9 de Septiembre de 2009 (Recurso de Casación de forma y fondo), Rol N° 2651-2008, Poder judicial.

Corte Suprema. Sentencia de United Publicidad Limitada con Buschit Publicidad Ltda., Ediciones Moneda S.A. e Ibero American Media Holdings Chile S.A., 29 de Julio 2010 (Recurso de Casación de fondo), Rol N° 6918-2008, Poder Judicial.

Corte Suprema. Sentencia de Constructora Taquicura S.A. con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región de Coquimbo, 16 de Mayo de 2013 (Recurso de Casación de fondo), Rol N° 2508-2012, Poder judicial.

Corte Suprema. Sentencia de Empresa Constructora Concreta S.A. con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana, 17 de Julio de 2013 (Recurso de Casación de forma y fondo), Rol N° 5136-2010, Poder Judicial.