



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

***La acción de indemnización de perjuicios
autónoma en materia de responsabilidad
contractual en la jurisprudencia nacional.***

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autores

Francisco Andrés Cáceres Rieloff

Máximo Andrés Saavedra Díaz

Profesor Guía

Francisco Mujica Escobar

Santiago, Chile 2020

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I – CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.....	8
1. Concepto de incumplimiento.....	8
2. Concepto de indemnización de perjuicios	10
3. Tipos de indemnización de perjuicios	11
4. Concepto de daño o perjuicio	12
5. Tipos de daños o perjuicios	13
a) Daño material y daño moral	13
b) Daños directos (previstos e imprevistos) y daños indirectos	14
c) Daño emergente y lucro cesante	14
6. Evaluación de los perjuicios.....	16
7. Requisitos de procedencia de la indemnización de perjuicios	17
CAPÍTULO II - LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.	18
1. La acción de indemnización de perjuicios proveniente del incumplimiento contractual	18
2. La indemnización de perjuicios como derecho subsidiario.....	20
3. Perspectiva contemporánea: los medios de tutela del acreedor.....	22
4. La indemnización de perjuicios como concurrente y complementaria	24
5. La indemnización de perjuicios autónoma por incumplimiento contractual.....	29
6. Aspectos procesales de la acción de indemnización de perjuicios	32
a) Prescripción.....	32

b) Especie y monto de los perjuicios	32
7. La indemnización de perjuicios autónoma en la jurisprudencia chilena	33
7.1 La indemnización de perjuicios de carácter complementaria en la jurisprudencia.	33
7.2 La indemnización de perjuicios de carácter autónoma en la jurisprudencia.....	38
CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS	
CONTRATOS.....	46
1. De los medios de tutela.....	47
2. Comunicación en los cumplimientos imperfectos.....	47
3. Plazo de subsanación	48
4. Contribución del acreedor a su perjuicio	48
5. Mitigación de perjuicios	48
6. Concepto de incumplimiento.....	49
7. Carácter esencial del incumplimiento.....	50
8. Acción u omisión del acreedor	50
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	55

RESUMEN

En el contexto de las obligaciones de dar, en el ordenamiento jurídico chileno, la indemnización de perjuicios tradicionalmente se ha entendido como un derecho subsidiario, dada la literalidad del artículo 1489 del Código Civil. Sin embargo, la nueva conceptualización de los efectos de las obligaciones, como medios de tutela del acreedor, permite entenderla como un derecho autónomo, y no supeditado al cumplimiento forzado o a la resolución del contrato. Nuestro trabajo tiene por objeto revisar el tratamiento que ha tenido la acción autónoma de indemnización de perjuicios en la jurisprudencia chilena, analizando los argumentos expuestos tanto para denegar como para acoger su procedencia. Con todo, es posible constatar una falta de claridad en las opciones que tiene el acreedor frente al incumplimiento, por lo que resulta necesario un tratamiento sistematizado de todo el *iter* contractual. Haciéndonos cargo de este último punto, sugerimos la consideración de los recientes Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

Palabras clave: Obligaciones de dar, incumplimiento contractual, indemnización de perjuicios, medios de tutela, principios latinoamericanos.

ABSTRACT

In the context of “*giving*” obligations, in the Chilean legal system, compensation for damages has traditionally been understood as a subsidiary right, given the literal nature of article 1489 of the Civil Code. However, the new conceptualization of obligations effects, as means of protection of the creditor, allows to understand it as an autonomous right, and not subject to forced fulfillment or contract resolution. Our work seeks to evaluate the treatment that the autonomous action for compensation of damages has had in Chilean jurisprudence, analyzing the arguments treated both to deny and to accept the respective claims. All in all, it is possible to verify a lack of clarity in the options that the creditor has in the event of default, which is why it is necessary to systematize the entire contractual *iter*. Addressing this last point, we suggest consideration of the recent Latin American Principles of Contract Law.

Key words: Giving obligations, breach of contract, compensation for damages, means of protection, Latin American principles.

INTRODUCCIÓN

En materia de incumplimiento contractual, la postura tradicional¹ en cuanto a la procedencia autónoma de la indemnización de perjuicios podría resumirse de la siguiente manera: en las *obligaciones de dar*, el cumplimiento forzado es un derecho principal y la indemnización es subsidiaria, pues en principio el deudor debe cumplir en la forma originalmente convenida. El acreedor no podría solicitar la indemnización sino subsidiariamente, demandando como petición principal el cumplimiento de la prestación estipulada (Gatica, 1959, pág. 30). En cambio, en el caso de las *obligaciones de hacer y no hacer*, la indemnización de perjuicios no tiene un carácter subsidiario, pudiendo el acreedor optar de manera directa por ella cumpliéndose los presupuestos legales.²

En contraposición a esta postura tradicional, se argumenta que los artículos 1553 y 1555 del Código Civil contienen un principio general que debe extenderse también a las obligaciones de dar (Ramos, 2008, pág. 241). La jurisprudencia nacional ha admitido y denegado la procedencia de la indemnización de perjuicios de forma autónoma, inclinándose indistintamente por una u otra postura (López, 2015, pág. 7). Esto último no debiera sorprendernos, pues en nuestros tribunales superiores de justicia no son extraños los vaivenes o *zig-zags* jurisprudenciales.³

La nueva conceptualización de los efectos de las obligaciones como medios de tutela del acreedor ante el incumplimiento, permite entender la indemnización de perjuicios como un derecho autónomo, no supeditado al cumplimiento forzado o a la resolución del contrato. En este ámbito se debe destacar a la profesora Patricia López, quien ha hecho un notable esfuerzo para responder estas cuestiones en su tesis doctoral.⁴ Nosotros retomaremos, aunque de una manera mucho más humilde, algunas de las inquietudes allí plasmadas, y otras que han surgido en el camino. Por lo mismo, la hipótesis de nuestro trabajo es que el sustento normativo utilizado

¹ Entre otros, Barcia (2008, pág. 85), Vial (2007, págs. 239, 240) y Alessandri, Somarriva & Vodanovic (2004, pág. 259).

² Arts. 1553 y 1555 CC.

³ Noticia disponible en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/zigzag-la-corte-suprema/437756/> (Consultado con fecha 15 de junio de 2020)

⁴ Véase López (2015).

para considerar la indemnización de perjuicios como medio de tutela autónomo, es suficiente y su aceptación no conlleva una incompatibilidad con el resto de medios de tutela, ni con los fines del derecho de contratos. Para verificar dicha hipótesis, analizaremos jurisprudencia atinente y sugeriremos como guía las directrices entregadas por los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Escogimos en especial este instrumento de *soft law*, dado que, en nuestra opinión, es el que más invita a repensar las opciones del acreedor ante el incumplimiento contractual.

Hemos estructurado el presente trabajo en tres capítulos y un apartado final. En el primer capítulo, describimos los conceptos generales y más utilizados relacionados con la indemnización de perjuicios, tales como la noción de incumplimiento, los tipos de daño y los requisitos de procedencia de la tutela indemnizatoria. En el segundo capítulo, tratamos las posturas doctrinales que admiten y deniegan la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios autónoma, con especial énfasis en las críticas efectuadas a la visión tradicional, y realizamos un análisis de sentencias vinculadas con dichos planteamientos. Estos fallos pertenecientes a la jurisprudencia nacional fueron dictados principalmente por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, durante el siglo XXI, en un periodo que comprende los años 2006 a 2020, esencialmente. En el tercer capítulo, analizamos los artículos contenidos en Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, a modo de propuesta para el tratamiento de los problemas detectados. En el apartado final recogemos las conclusiones a las que arribamos producto de la investigación.

CAPÍTULO I – CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

1. Concepto de incumplimiento

Nuestro Código Civil no define en qué consiste el incumplimiento, como tampoco existe respecto de él una regulación sistemática. La regulación existente es más bien dispersa, pues “conviven” determinadas reglas generales, aplicables a toda obligación contractual,⁵ y otras reglas especiales de aplicación exclusiva a ciertos tipos de obligaciones, como ocurre en el caso de los contratos de compraventa y arrendamiento.

Como señala ÍÑIGO DE LA MAZA, “el Código Civil (...) en contraste con los instrumentos que integran el moderno derecho de contratos —como la CISG, los PCCI, los PECL, los PLDC⁶ y la reciente reforma francesa de 2016— carece de una definición de incumplimiento y de un régimen que lo reglamente” (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 248).

En este contexto resulta importante determinar a qué se encuentra obligado el deudor en virtud del contrato. Para ello, deben tenerse en consideración dos modelos de vinculación contractual: uno que la concibe como un conjunto de deberes de conducta que podrían calificarse como fragmentados, y otro que la entiende como una garantía de realización del contrato, entendido como unidad, y consiguientemente, de satisfacción de interés del acreedor (Zimmermann, 2008, págs. 112-113). La gran diferencia estriba en que, en el modelo fragmentado, el deudor se obliga a efectuar determinadas prestaciones y, si no lo hace o lo hace imperfectamente, incumplirá la respectiva obligación, mientras que, en el modelo unitario, la obligación del deudor será la de realizar el contrato, lo que no ocurrirá cuando no ejecute lo pactado, dando lugar a la insatisfacción del acreedor. El primer modelo se encuentra ligado al derecho civil decimonónico y el segundo al *common law*.

⁵ Como, por ejemplo, los artículos 1489, 1547, 1553, 1555, 1556 y 1558 CC.

⁶ Estas abreviaturas corresponden a: **CISG**: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (por sus iniciales en inglés). **PCCI**: Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. **PECL**: Principios de Derecho Europeo de los Contratos (por sus iniciales en inglés). **PLDC**: Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos. Volveremos en particular sobre los PLDC más adelante.

Ahora bien, ¿qué modelo encontramos en nuestro Código Civil? Podemos sostener que conviven ambos modelos, lo que ilustraremos a través del siguiente ejemplo. En el caso de una compraventa que genere una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, el modelo de vinculación sería el primero. Pero en el caso de obligaciones de dar individuos de un género, la respuesta parece aproximarse más al segundo modelo de vinculación, entendiendo la obligación como garantía de realización del contrato. Por otra parte, tratándose de las obligaciones de hacer, no existen razones para negar como modelo de vinculación el de garantía de realización del contrato, lo que se recoge a partir de dos sentencias que se pronuncian sobre el incumplimiento de obligaciones de este tipo. Aquellas sentencias resaltan que el deudor se obliga a desplegar una cierta actividad orientada a la satisfacción del interés del acreedor, más que a la realización de específicos deberes de conducta (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 256).⁷

Esto nos lleva a concluir que las cuestiones relativas al cumplimiento o incumplimiento de una obligación se relacionan a la vez con la satisfacción e insatisfacción del interés del acreedor, donde resulta relevante el propósito práctico que ha sido incorporado al contrato. Si el deudor se obliga a la realización del contrato, cualquier desviación constituirá un incumplimiento de este y pondrá a disposición del acreedor los medios de tutela que sean procedentes. Surge entonces una noción más amplia de incumplimiento, entendiéndose por tal un hecho objetivo cuyo efecto inmediato es la insatisfacción del interés del acreedor (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 260).

Pero ¿cuál es el asiento normativo de esta formulación? Se ha sostenido que la construcción de una noción amplia de incumplimiento en nuestro Código Civil puede tener asiento en las reglas contenidas en los artículos 1568, 1569 y 1828, extrayéndose de aquellas un incumplimiento consistente en la realización de la prestación no conforme con el contrato. Esto devela que los conflictos de incumplimiento lo serán también de cumplimiento, y que el juez resolverá conforme con la regla contractual, dando especial relevancia a la determinación del contenido del contrato (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 264). Concordamos con este planteamiento.

⁷ Las sentencias corresponden a los roles 192-2010 (Cáceres con Prado y Belmar) y 5883-2012 (Treizman y Rado con Erazo), ambas de la Corte Suprema.

Sin embargo, el carácter objetivo de esta noción de incumplimiento reviste un interés más teórico que práctico en el ámbito de nuestro Código Civil, atendido lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1547, que entiende que los incumplimientos se reputan imputables al deudor mientras este no acredite caso fortuito o fuerza mayor. Esta noción también es recogida por los instrumentos del nuevo derecho de contratos, cuestión sobre la que volveremos más adelante, en particular refiriéndonos a los PLDC.⁸

2. Concepto de indemnización de perjuicios

Tradicionalmente se ha definido a la indemnización de perjuicios como una suma de dinero que el deudor que incumple debe pagar al acreedor y que sería un equivalente a lo que le habría reportado a este último el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación (Ramos, 2008, pág. 239). A la vez, estas voces nos recuerdan las características fundamentales del pago, la forma natural de extinción de una obligación. Este pago, a partir de lo dispuesto en los artículos 1569 y 1591 del Código Civil, deberá ser específico, completo e indivisible.⁹

Para la doctrina dominante,¹⁰ la obligación de indemnizar los perjuicios es la misma obligación que dejó de cumplirse y que, ante el incumplimiento de esta, cambia de objeto: en vez de perseguirse el cumplimiento de la obligación tal como ella se originó, se pretende una suma de dinero que represente para el acreedor lo mismo que le habría significado en términos patrimoniales obtener el cumplimiento fiel de aquella (Abeliuk, 2009, pág. 810). Complementa lo anterior RODRIGO PARRA, quien señala que a partir de esta conceptualización “cierta doctrina, tomando la distinción romana entre *aestimatio rei* y *id quod interest*, ha intentado esbozar un planteamiento de la responsabilidad contractual que propugna la autonomía del valor

⁸ Véase el capítulo 3 de este trabajo.

⁹ **Art. 1569 CC.** “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.

“El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

Art. 1591 inc. 2º CC. “El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

Art. 1591 inc. 1º CC. “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales”.

¹⁰ En cambio, para algunos autores modernos la obligación de indemnizar es una nueva obligación que nace del hecho ilícito del incumplimiento, en todo análoga a la que origina cualquier otro hecho ilícito (Abeliuk, 2009, págs. 810-811).

de la prestación o equivalente pecuniario —*aestimatio rei*— de la indemnización de daños y perjuicios. La principal consecuencia de aquello es que no se requiere culpa para pretender la ejecución en naturaleza o cumplimiento por equivalencia de la obligación, bastando solo probar la existencia de la obligación, el incumplimiento y la posterior realización de algún juicio de valoración de dicha prestación” (Parra, 2015, pág. 7). Con todo, se ha discutido si la obligación de indemnizar perjuicios es de dinero, por cuanto se sostiene la posibilidad de una reparación en especie.¹¹

También se ha sostenido que la indemnización de perjuicios cumple una doble función: es una sanción para el deudor que incumple con dolo o culpa y a la vez es un medio dado al acreedor para que pueda obtener el cumplimiento de la obligación por equivalencia (Ramos, 2008, págs. 239-240).

3. Tipos de indemnización de perjuicios

Se admite de manera pacífica la existencia de dos grandes tipos de indemnización de perjuicios: la compensatoria y la moratoria. La indemnización de perjuicios compensatoria consiste en la cantidad de dinero a que tiene derecho el acreedor para que se repare el perjuicio que le reportó el *incumplimiento total o parcial de la obligación* (Ramos, 2008, pág. 242), vale decir, aquella que emana del incumplimiento imperfecto o defectuoso y del incumplimiento total o absoluto de un contrato bilateral (López, 2010, pág. 70). En otras palabras, corresponde a una evaluación en dinero que representa el interés del acreedor en el cumplimiento efectivo e íntegro de la obligación. De las tres hipótesis previstas en el artículo 1556 del Código Civil, esta comprende solamente el incumplimiento que podríamos calificar como total (“no haberse cumplido la obligación”) y el cumplimiento parcial (“haberse cumplido imperfectamente”), puesto que, como veremos, el retardo en el cumplimiento se relaciona con el punto siguiente.

¹¹ Como ocurre, por ejemplo, en el Código Civil alemán, § 249: “Quien está obligado a realizar una indemnización de daños ha de reponer el estado en que habría existido si la circunstancia que le hace responsable de la indemnización no hubiera ocurrido. Si la indemnización que se exige es por dañar a una persona o a una cosa, el acreedor puede exigir, en vez de la restitución, la suma de dinero necesaria para la restitución”. Traducción de Emilio Eiranova Encinas, disponible en <https://bit.ly/2X5IUaV> (Consultado con fecha 15 de junio de 2020).

Por otro lado, la indemnización de perjuicios moratoria es aquella que tiene por objeto reparar al acreedor el perjuicio sufrido por el *cumplimiento tardío* de la obligación (Ramos, 2008, pág. 243), vale decir, reemplaza al cumplimiento oportuno de la obligación; es la suma de dinero que el acreedor exige al deudor como equivalente al atraso en el cumplimiento (Abeliuk, 2009, pág. 812).

Como ya adelantamos, la indemnización compensatoria equivale al cumplimiento mismo de la obligación, por lo tanto, no puede demandarse el cumplimiento de la obligación de manera conjunta con dicha indemnización. La razón es obvia: de no ser así, el acreedor estaría recibiendo un doble pago, lo que daría lugar a un enriquecimiento injustificado (Abeliuk, 2009, pág. 813). A partir de lo anterior, se avizoran el resto de las opciones posibles, vale decir: a) demandar el cumplimiento junto a la indemnización moratoria, b) demandar la indemnización compensatoria junto la indemnización moratoria. Esto está permitido expresamente por el artículo 1553 y fluye también de lo dispuesto en los artículos 1502, 1555 y 1672 (Ramos, 2008, pág. 243). No obstante, existe una particularidad en el caso de la cláusula penal, ya que según lo dispone el artículo 1537 del Código Civil, en ciertos casos se puede acumular la pena y el cumplimiento de la obligación.

4. Concepto de daño o perjuicio

En general, el perjuicio o daño puede definirse —en atención a que no se encuentra definido en el Código Civil— como el detrimento, menoscabo o lesión que sufre una persona tanto en su persona como en sus bienes (Ramos, 2008, pág. 245). Constituye uno de los requisitos para que pueda tener lugar la indemnización correspondiente,¹² cuestión que se desprende del mismo enunciado de la frase “indemnización de perjuicios”. Otra conceptualización se refiere a los daños y perjuicios como todo detrimento que sufre una persona, ya sea en su patrimonio material o moral (Abeliuk, 2009, pág. 814).

¹² El resto de los requisitos, a propósito de la responsabilidad contractual, serán brevemente expuestos más adelante. Sin embargo, existe un caso de excepción en el que existirá indemnización, aun cuando no existan perjuicios: es el caso de la cláusula penal (arts. 1535 y siguientes CC).

En lo que corresponde propiamente tal al *daño contractual*, recogemos aquella noción que lo describe como “la consecuencia material derivada de la lesión que irroga el incumplimiento al interés del acreedor, interés que comprende desde aquél que recae en el objeto de la prestación misma (la cosa o el hecho debido) hasta la indemnidad del contratante (la integridad física o psíquica), pasando por el interés de intercambio y de uso o explotación de la cosa (de obtener un lucro o ganancia)” (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 610).

5. Tipos de daños o perjuicios

En nuestra opinión, los términos daño y perjuicio son sinónimos, a pesar de que se advierte un empleo diferenciado de ellos en el Código Civil: *perjuicios* en el Título XII del Libro IV —en lo que respecta al efecto de las obligaciones— y *daños* para la responsabilidad extracontractual, regulada en el título XXXV del mismo libro.¹³

a) Daño material y daño moral

El daño material corresponde al menoscabo que directa o indirectamente experimenta el patrimonio del acreedor, como consecuencia del incumplimiento del contrato (Abeliuk, 2009, pág. 248). Este daño patrimonial, como su nombre lo indica, es el que incide en el patrimonio, y se caracteriza —desde un punto de vista contable— como aumento de pasivo o disminución de activo, o bien se genera por la imposibilidad de que, en el futuro, un determinado activo llegue a aumentar.

En cuanto al daño moral, hacemos presente que existen distintas posturas sobre qué debe entenderse por aquel. Tradicionalmente se ha enseñado que consiste y encuentra su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que se causa a una persona en su sensibilidad física o en los sentimientos o afectos. No obstante, otro criterio entrega una explicación más jurídica: el daño moral importa la lesión a un derecho extrapatrimonial (Ramos, 2008, pág. 249). Para nuestros fines, adoptaremos esta última conceptualización.

¹³ Al respecto, véase López (2015, págs. 11-12).

Sin embargo, durante muchos años se consideró que el daño moral no se indemnizaba en materia contractual, sino solo en materia extracontractual. La tendencia doctrinal actual es aceptar la indemnización del daño moral en materia contractual, cuando esos riesgos estaban comprendidos en el contrato del que se trate.¹⁴ Se ha discutido también si es posible en materia contractual que se indemnice el daño moral a las personas jurídicas. En este tópico, compartimos la opinión de Abeliuk, en el sentido de que creemos que no hay inconveniente en aceptar su procedencia, especialmente en lo que respecta a hechos que dañan su prestigio y crédito (Abeliuk, 2009, pág. 878).

b) Daños directos (previstos e imprevistos) y daños indirectos

El daño directo es aquel que deriva de una causa inmediata y necesaria, sin cuya concurrencia no se habría producido. Por consiguiente, solo puede hablarse de daño directo en relación con una causa previamente establecida (Rodríguez, 2012, págs. 220-221). En esta categoría se encuentran los daños previstos, que, al tenor del artículo 1558 del Código Civil, son los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Los que no cumplen con estos requisitos son imprevistos (Ramos, 2008, pág. 296). En consecuencia, el daño indirecto es aquel que deriva inmediata y necesariamente de una causa autónoma, independiente del incumplimiento, aun cuando entre este y la causa directa del daño existe una secuencia lógica o un enlace fáctico (Rodríguez, 2012, pág. 222).

La posición doctrinal mayoritaria estima que los daños indirectos no se indemnizan en ningún caso, a pesar de lo establecido en el inciso final del artículo 1558, por cuanto quien asume responder por este tipo de daños, efectuaría una mera apuesta a la suerte, toda vez que nadie tiene el control total de los acontecimientos (Rodríguez, 2012, pág. 223).

c) Daño emergente y lucro cesante

Corresponde, en nuestra opinión, a la clasificación más conocida del daño, pues tiene su consagración legal expresa en el artículo 1556 del Código Civil. Por un lado, tenemos el daño

¹⁴ Para una descripción de estos cambios, véase Ramos (2008, págs. 289-295) y De la Maza & Vidal (2018, pág. 683).

emergente, el cual puede conceptualizarse como un empobrecimiento real y efectivo que afecta a uno de los contratantes, producto del incumplimiento. Corresponderá entonces a la diferencia producida en el activo del patrimonio de una persona, derivada del incumplimiento contractual, entre el valor del derecho antes y después del incumplimiento (Rodríguez, 2012, pág. 226). Suele afirmarse que el daño emergente es de fácil prueba, ya que, al traducirse en hechos positivos y concretos, los antecedentes que lo acrediten pueden recabarse de una manera más simple.

El lucro cesante, por su parte, corresponde a un concepto más complejo, ya que supone proyectar en el tiempo las consecuencias del incumplimiento. Siempre se tratará de un daño futuro y corresponde a la utilidad, provecho o beneficio económico que el contratante deja de obtener, producto del incumplimiento (Rodríguez, 2012, pág. 227). Siguiendo en esto a Pablo Rodríguez, creemos que el lucro cesante está determinado por dos elementos: a) el desarrollo normal de la relación causal y b) la no interferencia de hechos ordinarios, según el curso normal de los acontecimientos. De este modo, corresponde a un beneficio que se hubiera obtenido de manera ordinaria y razonable.

Como adelantamos, al ser más complejo el lucro cesante, su prueba también lo es, pues será necesario que se acrediten todos los elementos que permiten deducir el perjuicio patrimonial que se deriva de no obtener el beneficio que razonablemente —y conforme el orden natural de las cosas— debió conseguirse si la obligación se hubiera cumplido de la forma pactada (Rodríguez, 2012, pág. 228).

El ejemplo típico que permite distinguir estos tipos de daño se refiere al de la contratación de una compañía extranjera, para una representación en nuestro país, la que posteriormente cancela el viaje. El daño emergente es la totalidad de los gastos en que incurrió el empresario por contratación de un teatro, reservas de pasajes, propaganda, etc., y el lucro cesante, lo que habría ganado con la venta de entradas (Abeliuk, 2009, pág. 880). El daño emergente constituye un daño real y presente, y el lucro cesante un daño virtual y futuro (Rodríguez, 2012, pág. 228).

Asimismo, se ha sostenido que el lucro cesante es dogmáticamente más vistoso. En la práctica, se ha entendido aquel como “la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación”.¹⁵ Esta utilidad no se debe confundir con lo que tiene derecho a recibir el acreedor del cumplimiento del contrato, sino que hace referencia a aquello que procede una vez descontados los costos y gastos vinculados con su ejecución (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 681). Muy revelador de lo que aquí sostenemos es el siguiente extracto de una sentencia de la Excma. Corte Suprema:

Que en lo que respecta al lucro cesante, este ascendería en concepto del actor a un total de \$1.105.867.278, que viene a significar la legítima utilidad que le generaría al demandante la prestación de los servicios contratados hasta la conclusión natural de la convención, en razón de \$24.040.593 por mes, suma que no puede ser reconocida en los términos pedidos, pues cualquier razonamiento en contrario implicaría admitir que en el precio total del contrato no se incluyen costos y gastos asociados a su ejecución, cuestión contraria a la lógica (...) ¹⁶

6. Evaluación de los perjuicios

Hay tres formas de evaluar los perjuicios sufridos, siendo éstas la evaluación judicial, la evaluación legal y la evaluación convencional.

La evaluación judicial, como su nombre lo indica, es la que efectúa el juez en el respectivo proceso. En primer lugar, el tribunal debe determinar si se cumplen los requisitos que dan lugar a una eventual indemnización de perjuicios. Luego, deberá esclarecer cuáles son los perjuicios que han de indemnizarse. Finalmente, deberá establecer el monto de dinero en que dichos perjuicios se traducen.

¹⁵ Videla y otros con Clínica Presbiteriana Madre e Hijo, rol Corte Suprema 400-2017.

¹⁶ Espacio y Jardín Limitada con Ilustre Municipalidad de Iquique, rol Corte Suprema 4001-2017.

La evaluación legal es aquella que está establecida en el artículo 1559 del Código Civil, disposición doblemente excepcional, por cuanto solo se refiere al incumplimiento de obligaciones de dinero y, en dicho contexto, solo a la indemnización moratoria.

La evaluación convencional es aquella que se materializa a través de la cláusula penal, regulada en los artículos 1535 y siguientes del Código Civil. Esta indemnización puede ser tanto compensatoria como moratoria (Ramos, 2008, pág. 304).

7. Requisitos de procedencia de la indemnización de perjuicios

Los requisitos de procedencia de la indemnización de perjuicios son los siguientes: 1) el incumplimiento de la obligación; 2) la existencia de perjuicios; 3) la relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios; 4) la imputabilidad de la conducta, esto es, la culpa o dolo del deudor; 5) que no concurra una causal de exención de responsabilidad del deudor; y 6) la mora del deudor. Este último requisito de la mora del deudor es la principal diferencia de la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual, pues en esta última no opera este requisito. En cuanto a la capacidad del sujeto, esta se rige por las normas generales (Abeliuk, 2009, pág. 814).

Otra diferencia con la responsabilidad extracontractual dice relación con los *daños indemnizables*. Los daños indemnizables varían dependiendo de en qué estatuto de responsabilidad nos encontremos. Concretamente, en materia de responsabilidad contractual el daño indemnizable es más limitado. Ello por cuanto en responsabilidad extracontractual, constituye daño indemnizable toda pérdida o menoscabo, perturbación o molestia de un interés legítimo ante el ordenamiento normativo, así dicho interés, atendido su reconocimiento y amparo jurídico, represente o no un derecho subjetivo. En cambio, el daño indemnizable en materia contractual se identifica con el menoscabo efectivo experimentado por el patrimonio del acreedor, y con las ganancias y utilidades que pudieron devengarse en su favor y que causalmente el incumplimiento no hizo posible obtener (Rodríguez, 2012, pág. 215).

CAPÍTULO II - LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La acción de indemnización de perjuicios es una consecuencia propia de la responsabilidad civil en general, sea éstas de carácter contractual o extracontractual. En efecto, tanto si la fuente de responsabilidad proviene del incumplimiento contractual como si proviene de un ilícito extracontractual, el efecto es el mismo: el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante (Barros, 2010, pág. 19).

En nuestro Código Civil, ambas materias se encuentran tratadas con sus respectivos enfoques y requisitos. Es así como, para el caso de la responsabilidad contractual, es necesario remitirse al Título XII del Libro IV, llamado “Del efecto de las obligaciones”, mientras que para la responsabilidad extracontractual debemos remitirnos al Título XXXV del mismo Libro IV, llamado “De los delitos y cuasidelitos”. En ambos apartados se pueden encontrar normas que tratan sobre la indemnización de perjuicios, fijando su extensión, requisitos de procedencia, entre otros.

Como ya adelantamos, para los propósitos de este trabajo nos interesa abordar la acción indemnizatoria que se origina a raíz del incumplimiento contractual y analizar la diferente normativa que lo regula, con especial énfasis en las respectivas discusiones e interpretaciones doctrinarias. Ello nos permitirá entender de mejor forma la actuación de nuestros tribunales a la hora de fundamentar las sentencias relativas a esta materia.

1. La acción de indemnización de perjuicios proveniente del incumplimiento contractual

La responsabilidad civil que se regula en los artículos 1545 y siguientes del Código Civil se desarrolla a partir de la doctrina de los contratos, recogida por Andrés Bello del Tratado de las Obligaciones de Pothier y del Código Civil francés. En efecto, la acción para exigir el cumplimiento de un contrato o la acción indemnizatoria que se sigue de su incumplimiento son efectos propios de los contratos, dado que estos crean derechos y obligaciones. De ahí que el

epígrafe se titule “Del efecto de las obligaciones”, entendiendo que mayormente se está refiriendo a los contratos.

Se ha señalado que los efectos de las obligaciones son los derechos otorgados por la ley al acreedor, para exigir del deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando este último no la haya cumplido en todo o en parte, o está en mora de cumplirla (Alessandri, 1939, pág. 54). No obstante, desde hace un tiempo la doctrina ha señalado que este concepto no es técnicamente exacto, pues olvida que el efecto natural de una obligación es la necesidad jurídica en que se encuentra el deudor de dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor, traduciéndose en el cumplimiento de lo convenido (Ramos, 2008, pág. 4).

Por lo tanto, el concepto anteriormente señalado solo considera una parte o punto de vista de la obligación, que es el del acreedor, traduciéndose en su derecho personal o crédito y en los medios que le entrega la ley para obtener del deudor el pago íntegro y oportuno de la prestación debida. Olvida considerar la situación del deudor que cumple con la obligación. Por lo mismo, se sostiene que la doctrina moderna entiende que el efecto de la obligación es el deber de prestación que compete al deudor. A dicho deber corresponde el derecho del acreedor a la prestación. Según eso, el primer efecto de una obligación corresponderá al pago voluntario, pero si no lo hay, la ley otorga derechos al acreedor para obtener el cumplimiento forzado (Troncoso, 1997, pág. 131).

Si el deudor no cumple con la obligación contraída y no realiza el pago voluntario de aquella en su oportunidad, la ley otorga una serie de derechos al acreedor para que obtenga la satisfacción de su crédito (Ramos, 2008, pág. 233) a saber: 1) un derecho personal a la ejecución forzada de la obligación, o a la resolución del contrato¹⁷; 2) un derecho subsidiario para obtener el pago de una indemnización de perjuicios, forma de cumplimiento por equivalencia; y 3) derechos auxiliares, destinados a mantener la integridad patrimonial del deudor (beneficio de separación, acción subrogatoria, acción pauliana, medidas conservativas).

¹⁷ Agregamos aquí la resolución, ya que no estaba considerada en la enunciación propuesta por el autor citado.

Tradicionalmente nuestra doctrina ha entendido que, frente a un incumplimiento contractual, el acreedor puede ejercer la acción de indemnización de perjuicios siempre y cuando haya ejercido en primer lugar la acción de cumplimiento forzado de la obligación o resolución y, en caso de no lograrlo, podrá recibir el pago de una suma de dinero que represente lo que habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de aquella. Por consiguiente, se ha entendido que el acreedor debe seguir una especie de orden de prelación. Este criterio es el que ha seguido principalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia, a la hora de estar frente a un incumplimiento contractual (López, 2015, pág. 60).

La imposibilidad de ejercer de forma autónoma la acción indemnizatoria ha privado al acreedor del goce de un verdadero derecho de opción para elegir el medio que mejor se adecue a su interés. No obstante, la tendencia doctrinal actual, como analizaremos más adelante, ha esgrimido buenas razones para sostener que sí existe la posibilidad de solicitar directamente la indemnización. Con todo, resulta necesario abordar la perspectiva tradicional, pues sigue siendo defendida por varios autores. Solo un análisis más detallado del asunto nos permitirá comprender los razonamientos que han seguido las tendencias modernas, en orden a desarrollar una verdadera teoría relativa al ejercicio autónomo de la acción de indemnización de perjuicios.

2. La indemnización de perjuicios como derecho subsidiario

Como se ha señalado, la indemnización de perjuicios solo procedería en caso de no poder materializarse el cumplimiento forzado, solicitado como derecho principal por parte del acreedor frente al incumplimiento del deudor. La idea de trasfondo que permite establecer que el cumplimiento forzado es el derecho principal, es la de la fuerza obligatoria que poseen los contratos, que insta a que las partes respeten y hagan efectivas las obligaciones contraídas.

El artículo 1545 del Código Civil consagra esta idea, señalando 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”. Asimismo, se ha señalado que dicha disposición es expresión de uno de los principios rectores de la regulación de nuestro Código Civil, la autonomía privada, por lo que, al haber una manifestación de voluntad fundada en la libertad de

quien la realiza, aquel debe hacerse responsable de los efectos que aquella produce, es decir, de los derechos que crea, modifica o extingue.¹⁸ También se entiende consagrada en esta disposición el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, referido por la locución latina *pacta sunt servanda*. Este principio implica que lo pactado obliga, reforzando la idea de que las partes deben principalmente, ejecutar el contrato conforme a lo convenido.

Lo anterior encontraría respaldo en otros artículos del Código Civil, por ejemplo, el artículo 1672 que señala que “si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”. En esta disposición, que se aplica a las obligaciones de especie o cuerpo cierto, se recogería la idea de que solo cuando sea imposible la prestación por culpa o mora del deudor, es posible demandar la indemnización de perjuicios.

Ahora bien, el propio Código Civil recoge algunas excepciones al principio de permanencia de los contratos estableciendo otros mecanismos para que el acreedor satisfaga su interés contractual, distintos al cumplimiento forzoso: 1) Con respecto a los contratos bilaterales, el artículo 1489 inciso segundo señala que, en el caso de haber incumplimiento, el contratante no incumplidor puede pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento forzado, con indemnización de perjuicios. 2) Con respecto a las obligaciones de hacer, el artículo 1553 señala que, una vez constituido el deudor en mora, el acreedor podrá pedir a elección suya, junto con la indemnización de perjuicios, que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido, que se le autorice para hacerlo ejecutar a expensas del deudor, o que este le indemnice los perjuicios resultantes del incumplimiento. 3) Con respecto a las obligaciones de no hacer, el artículo 1555 establece que “toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios” en caso de incumplimiento, si no puede deshacerse lo hecho; si puede deshacerse lo hecho, el deudor será obligado a ello o será autorizado el acreedor para llevarlo a cabo a expensas del deudor, aunque el deudor será oído si el objeto puede obtenerse por otros medios y se allana a prestarlo.

¹⁸ En relación con la definición tradicional de acto jurídico. Véase Vial (2016, pág. 26).

Tal como se puede apreciar, el Código Civil entrega al arbitrio del acreedor otras opciones que no son necesariamente el cumplimiento forzado. Sin embargo, de los tres casos expuestos, solo en las obligaciones de hacer y no hacer se contempla la posibilidad de elegir de forma autónoma la indemnización de perjuicios. Para las obligaciones de dar, se ha argumentado que los artículos 1553 y 1555 del Código Civil contienen un principio general que debe extenderse también a aquellas (Ramos, 2008, págs. 240-241). A esta visión la hemos denominado “perspectiva contemporánea”,

3. Perspectiva contemporánea: los medios de tutela del acreedor

La realidad económica y social actual es totalmente diferente a la que imperaba en la época de 1855, fecha en que se promulgó nuestro Código Civil: aquel estaba pensado para una economía de carácter agraria. Para los tiempos modernos, caracterizados por una sociedad postindustrial en la cual la mayoría de las operaciones del tráfico jurídico son obligaciones de dar o hacer, siendo principalmente de objeto fungible (propios de una economía de *commodities* como la nuestra), ya no importa mucho que sea la persona del deudor quien se encargue de cumplir la obligación, sino más bien que la propia prestación debida sea cumplida en su oportunidad y, de no ser así, poder desligarse rápidamente del contrato y recurrir a otro prestador del servicio en el mercado, dando paso a una operación de reemplazo. En otras palabras, el tráfico económico está constituido esencialmente por bienes en masa constitutivos de géneros cada vez más diversificados (Parra, 2015, pág. 3).

Por lo mismo, el cumplimiento forzado, que resultaba ser el derecho por antonomasia del acreedor frente al incumplimiento, resulta poco conveniente en una sociedad de consumo como la nuestra. En ella resulta óptimo que el acreedor se vea resarcido con una cantidad de dinero que sea equivalente a lo que le hubiese significado el cumplimiento íntegro y oportuno, antes que la imposición de tener que demandar primero el cumplimiento forzado.

Por estos motivos, resulta evidente que debería recurrirse a otras opciones, considerando que, a nivel comparado, los países del *common law* han optado por entregar al acreedor un abanico de opciones para satisfacer su interés, primando por sobre todo la indemnización de

perjuicios como la mejor chance —que tiene un carácter autónomo—. Esto corresponde a lo que se conoce como remedios contractuales, o en inglés, “*remedies for breach of contract*”. A pesar de todo, y sin perjuicio de que en nuestro medio existen varios autores que hablan de “remedios”, creemos que ese nombre puede generar problemas y críticas en su utilización,¹⁹ al poseer un origen anglófono y no tener un arraigo histórico en la tradición jurídica del derecho continental. Lo óptimo parece ser utilizar la expresión acuñada por los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos,²⁰ que en su artículo 91 se refieren a estos como *medios de tutela del acreedor*.

Por lo tanto, la idea que está de trasfondo en la perspectiva contemporánea es que el deudor debe hacerse responsable de las consecuencias jurídicas que conlleva su incumplimiento, responsabilidad que se traduce en una serie de remedios o medios de tutela que se confieren al acreedor para satisfacer el interés que había perseguido con la celebración del contrato. Esta elección corresponderá al acreedor, pues es el único que puede distinguir cuál o cuáles son las medidas que mejor le satisfacen.

Lo anterior nos lleva a sugerir que un correcto sistema de medios de tutela en un ordenamiento jurídico debe atender necesariamente al problema de la satisfacción o insatisfacción de los intereses que persigue el acreedor en el cumplimiento de un contrato, dado que es él la *víctima* del incumplimiento. Por lo mismo, las medidas de tutela que entrega la ley deben tender a resarcir los efectos negativos que le generó a la víctima el no haberse realizado la prestación debida.

Es así que, con el objeto de fundamentar los diversos medios de tutela, se distingue entre dos intereses que persigue el acreedor en todo contrato: el interés originario, correspondiente al interés específico que busca obtener con el cumplimiento de la prestación; y el interés de indemnidad, esto es, la legítima expectativa que tiene el acreedor de que no se genere a su respecto ningún menoscabo o perjuicio, y si la prestación no se ejecuta o no es posible su ejecución, se deriva de este interés la reparación del daño causado al interés originario (López,

¹⁹ Al respecto, véase Pizarro (2011).

²⁰ Sobre estas normas volveremos en el Capítulo 3.

2015, pág. 67). Resulta evidente que el primer interés está directamente relacionado con la medida de cumplimiento forzado, mientras que el segundo puede estar vinculado a otros medios de tutela, tales como la indemnización de perjuicios o la reducción del precio, entre otros.

A continuación, analizaremos la crítica proveniente de la doctrina contemporánea hacia las interpretaciones y argumentos que se han esbozado por parte de la doctrina tradicional respecto a la indemnización de perjuicios, observando y plasmando los principales problemas y puntos de interés que se han suscitado y que la jurisprudencia también ha hecho parte de sus argumentos.

4. La indemnización de perjuicios como concurrente y complementaria

Si se analiza el artículo 1489 del Código Civil, en relación con el ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios en los contratos bilaterales, el contratante diligente debe solicitarla de manera conjunta con el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución del contrato.

Art. 1489. *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.

Sin embargo, para PATRICIA LÓPEZ, la sola lectura de este precepto legal no permite dilucidar en términos explícitos y directos si la indemnización es concurrente y complementaria a la resolución o a la pretensión del cumplimiento específico, o reviste un carácter autónomo (López, 2010, pág. 26). Señala esta autora que un punto interesante está en la preposición “con”, que acompaña la palabra indemnización de perjuicios, pues de las diferentes acepciones que puede tener, dos resultan contradictorias. En primer lugar, si lo entendemos como “justamente y en compañía”, resulta lógico y indiscutible que la indemnización solo procede cuando el acreedor la solicite, conjuntamente, o con el cumplimiento forzado o con la resolución del contrato. En segundo lugar, podemos entender la preposición “con” como sinónimo de “a pesar

de”,²¹ frase que es sinónimo de la expresión “sin perjuicio”, demostrando que la indemnización de daños tendría un carácter independiente y autónomo.

Un sector de la doctrina contemporánea se ha valido de lo anterior para postular que, dentro del abanico de medios de tutela con los que cuenta el acreedor para satisfacer su interés en el contrato, se encuentra la indemnización de perjuicios autónoma, puesto que las condiciones del tráfico jurídico han cambiado y deben adaptarse a una sociedad que se basa en una economía de *commodities*, incorporando nuevos principios de contratación. Profesores como Carlos Pizarro, Íñigo de la Maza, Álvaro Vidal, entre otros, son algunos de los exponentes de esta nueva corriente doctrinaria²². No obstante, una visión panorámica de la doctrina tradicional a lo largo de los años nos muestra que ésta ha sostenido que la indemnización de perjuicios reviste el carácter de concurrente y complementaria en los contratos bilaterales, puesto que concurre “justamente y en compañía” de la resolución o la pretensión del cumplimiento forzoso.

Para efectos de dilucidar el porqué de los planteamientos de la doctrina tradicional, se pueden esbozar una serie de premisas que sustentan la no autonomía de la acción indemnizatoria. De forma somera, son las que se analizan a continuación (López, 2015, pág. 39).

i. La aceptación frecuente de la interpretación literal del enunciado del inciso segundo del artículo 1489 del Código Civil: “con indemnización de perjuicios”

La aceptación más frecuente es interpretar tal enunciado de forma literal, entendiendo que la preposición “con” significa “justamente y en compañía”, tal como se señaló anteriormente, lo que daría paso a concluir que la acción indemnizatoria se encuentra en una relación de dependencia o accesoriedad respecto del cumplimiento forzado o de la resolución. Algunos autores exponentes de esta idea son Rodrigo Barcia, Víctor Vial y Arturo Alessandri.²³ Por ejemplo, RODRIGO BARCIA, si bien solo lo trata a propósito de la resolución —obviando

²¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española, disponible en el sitio web <http://dle.rae.es/index.html>.

²² Véase Pizarro (La responsabilidad contractual en el derecho civil chileno, 2007), De la Maza (2007) y Vidal (2011).

²³ Véase Vial (2007, págs. 239-240) y Alessandri, Somarriva & Vodanovic (2004, pág. 259).

el cumplimiento forzado—, señala que la indemnización compensatoria es un derecho secundario del acreedor, al ser una consecuencia de la resolución por incumplimiento (Barcia, 2008, pág. 85). Este mismo argumento se puede aplicar para el cumplimiento específico, debido a que la idea de fondo es el carácter de dependiente de la indemnización de perjuicios.

ii. El fundamento de la indemnización de perjuicios es la pretensión del cumplimiento forzado o la resolución del contrato

De esta manera, resulta interesante señalar que existiría una verdadera cadena de nexos causales, esto debido a que el incumplimiento propiamente tal sería el fundamento de la resolución o del cumplimiento forzoso y estos, a su vez, el antecedente de la indemnización de perjuicios. Por lo tanto, tal como señala EFRAÍN VÍO, los primeros son la antesala de los perjuicios, y si se deduce la indemnización como acción principal, debería desecharse por falta de base jurídica (Vío, 1945, pág. 290).

iii. La opción restringida y jerarquizada del acreedor para demandar en forma exclusiva las acciones o remedios por incumplimiento contractual contenidos en el Código Civil chileno

En virtud del artículo 1489 del Código Civil y lo que se ha indicado hasta ahora, solo se facultaría para demandar de forma autónoma el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, mas no la indemnización de perjuicios. Incluso en virtud del principio de la fuerza obligatoria de los contratos (consagrado en el artículo 1545 del Código Civil) y tal como lo ha entendido la doctrina tradicional, en torno a que las partes deben cumplir efectivamente los contratos que celebran, todo parece indicar que la acción primaria siempre sería el cumplimiento en específico, primando ante la indemnización de perjuicios e incluso ante la resolución del contrato.

El problema de la autonomía de la acción de indemnización de perjuicios se suscita a propósito de las obligaciones de dar, pues a ellas se aplica el artículo 1489 del Código Civil, el que no daría lugar su ejercicio de forma independiente. Si el acreedor opta por ella, parte de la

doctrina argumenta que estaríamos frente a una obligación alternativa y que, al no ser la regla general, requiere de norma expresa.²⁴

Los autores que defienden la idea anterior también la sustentan en fundamentos legales, tales como el artículo 1537 del Código Civil, que le da carácter excepcional a la posibilidad del acreedor de optar, en las obligaciones de dar, por la indemnización en la cláusula penal —siendo la regla general su no procedencia—. Otro argumento legal es el artículo 1672 del Código Civil, que faculta al acreedor a demandar el precio en el caso en que la cosa se destruya por culpa del deudor, cuestión que demostraría que lo que debe pedirse primeramente es el cumplimiento específico.²⁵

Sin embargo, a propósito de las obligaciones de hacer y de no hacer emanadas de un contrato bilateral, el artículo 1489 necesariamente debe interpretarse en forma armónica con los artículos 1553 y 1555, lo que permite otorgar al acreedor el derecho de optar por el medio de tutela que más estime conveniente para la satisfacción de su interés, procediendo la indemnización de forma autónoma.

RENÉ RAMOS indica que la indemnización de perjuicios es un derecho subsidiario y por ello el deudor debe cumplir primeramente en la forma convenida, esto sería propio de las obligaciones de dar, reconociendo como excepción los casos de incumplimiento de las obligaciones de hacer, en los que el artículo 1553 permite al acreedor demandar directamente el pago de la indemnización de perjuicios. En las obligaciones de no hacer ocurre lo mismo, sobre todo si se concede al deudor la facultad de oponerse a la destrucción de la cosa, siempre y cuando ofrezca un medio equivalente para obtener el fin que persigue el acreedor, según lo señalado en el artículo 1555 (Ramos, 2008, pág. 240).

Por otra parte, RENÉ ABELIUK también admite la posibilidad de demandar de forma independiente y exclusiva la indemnización en los casos de incumplimiento de las obligaciones

²⁴ Véase Ramos (2008, págs. 239-242).

²⁵ No obstante, se ha señalado que no se establece la primacía del cumplimiento forzoso en tal disposición, sino que, a raíz de una objetiva imposibilidad, se prevé tal método de tutela y se reconoce como única medida la indemnización de perjuicios (Vidal, 2007, pág. 527).

de hacer y no hacer, pero niega esta posibilidad en las obligaciones de dar. Señala que siempre procederá la indemnización en virtud del artículo 1489, aunque no de forma autónoma, argumentando que el artículo 1537 del Código Civil, al darle la posibilidad de elección al acreedor entre la obligación principal y la pena, cuando el deudor se encuentre en mora, el legislador está reconociendo la excepcionalidad de optar solamente por la indemnización, por lo que la regla general es la contraria (Abeliuk, 2009, págs. 671, 949).

Asimismo, tanto FERNANDO FUEYO como DANIEL PEÑAILILLO están de acuerdo en la procedencia de la indemnización autónoma en caso de incumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer, mas no procedería aquella en las obligaciones de dar, al no existir norma expresa que lo permita. En efecto, el primero señala que, si se da el derecho de opción al acreedor para exigir el valor de reemplazo de la prestación, la obligación se convertiría en alternativa, siendo esta la regla excepcional (Fueyo, 1958, pág. 347). El segundo, agrega que la aplicación del artículo 1489 del Código Civil, en virtud de la delimitación que hacen los artículos 1553 y 1555, quedaría reducida a las obligaciones de dar, por lo cual en ellas solo resulta aplicable la indemnización con un carácter concurrente y complementario (Peñailillo, 2003, pág. 433).

iv. La ubicación del artículo 1489 en el Código Civil en el Título IV del Libro III relativo a las obligaciones condicionales

Este artículo, en virtud de sus características, y porque la resolución que contempla es una acción por incumplimiento contractual que tiene vida y causa propias que lo distinguen sustancialmente de la condición resolutoria tácita (Fueyo, 2004, págs. 314-315), se debió haber encontrado en el Título XII del Libro III, que regula los efectos de las obligaciones, y no en el apartado en el que se encuentra, donde se regulan las obligaciones condicionales y modales.

Si bien la confusión se debe a que en los contratos bilaterales el incumplimiento se concibe como un hecho futuro e incierto, dándole el carácter de una condición, la realidad es que ciertamente no se trata de una condición, sino más bien de “una reacción del ordenamiento para reparar un daño”.²⁶ Por consiguiente, la idea de entenderlo como condición, que fue

²⁶ Como señala Vicente Montes en el Prólogo de Clemente (1998, pág. 10).

replicada del Código Civil francés, debe ser superada y así ha sido en la mayoría de los Códigos Civiles del siglo XX, en los que se aborda derechamente como un efecto de las obligaciones.²⁷

Aun así, no se puede dejar de señalar que la incorrecta ubicación del artículo 1489 puede haber influido en que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional haya desestimado la autonomía de la indemnización, pues da paso a que se interprete tal disposición en su sentido literal, obstaculizando la utilización de los artículos 1553 y 1555 del Código Civil para lograr fijar su correcto sentido y alcance, lo cual posibilitaría, al igual que tales preceptos legales, la opción de elección del acreedor para optar por la indemnización de forma autónoma.

5. La indemnización de perjuicios autónoma por incumplimiento contractual

Si se efectúa una revisión de la literatura jurídica nacional, se pueden distinguir dos corrientes de opinión con relación a la autonomía de la indemnización de perjuicios. En primer lugar, aquella que solo la reconoce para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y no hacer —cuyos fundamentos hemos expuesto en el apartado anterior—; y, en segundo lugar, aquella que sostiene la existencia de la indemnización, como medio de tutela general y autónomo para el acreedor, cualquiera sea la obligación incumplida. Analicemos algunos de los planteamientos de los autores que apoyan esta última corriente.

Por ejemplo, CARLOS PIZARRO (Pizarro, Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 2007, pág. 153), al tratar la responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico, señala que para las obligaciones de dar²⁸ debe quedar a elección del acreedor la decisión de interponer o no la acción indemnizatoria de forma autónoma, estableciendo por ende el carácter de irrestricta de aquella.

Por su parte, ENRIQUE BARROS (Barros, 2008, pág. 49) señala que por motivos de justicia correctiva, no existirían motivos para exigir que la ejecución en naturaleza esté siempre

²⁷ Se puede citar como ejemplos el artículo 1204 del Código Civil argentino y el artículo 475 del Código Civil brasileño.

²⁸ Entendiendo que para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y no hacer no se presentaría el problema, al existir norma expresa que consagra la autonomía de la indemnización.

disponible, es decir, el cumplimiento en específico, siendo en algunos casos la solución más justa la reparación indemnizatoria. Por lo mismo, acepta la idea de que el acreedor tiene a su disposición un cúmulo de acciones de ejercer, entre ellos la indemnización por incumplimiento, y la reconoce expresamente —junto a Rojas— cuando se incumplen las garantías contractuales (Barros & Rojas, 2010, pág. 523).

Otro autor que trata este tema es ÁLVARO VIDAL, quien a raíz de las condiciones actuales del tráfico jurídico y la conjunción de ciertas normas contenidas en nuestro Código Civil,²⁹ señala que el acreedor sí tiene la posibilidad de optar por la indemnización independiente de la resolución del contrato, o de forma complementaria (como normalmente lo ha entendido la doctrina tradicional), pues así se cumpliría la finalidad de la responsabilidad civil, que corresponde a la satisfacción del interés del acreedor (Vidal, 2011, págs. 777-778).

Sin embargo, esta doctrina no está exenta de cuestionamientos. Algunos de sus problemas son señalados por la profesora PATRICIA LÓPEZ (López, 2015, págs. 91-98), y los indicamos a continuación.

i. Falta de una construcción dogmática que justifique esta posición

Esencialmente se pueden advertir dos argumentos que son propios de los autores que abogan por la autonomía e independencia de la indemnización de perjuicios en un incumplimiento contractual: la opción del acreedor insatisfecho y la reinterpretación del principio de fuerza obligatoria de los contratos, contenido en el artículo 1545 del Código Civil. Por lo mismo, no considerar que el problema radica en la exégesis de las normas de incumplimiento contenidas en el Código Civil, o el límite que ejerce el interés del deudor respecto al ejercicio del derecho de opción, es una traba que no ha permitido dotar a la doctrina nacional de una base sólida argumentativa que sustente la procedencia autónoma de la indemnización de perjuicios.

²⁹ Precisamente este autor señala una interpretación armónica de los artículos 1489, 1553, 1590 y 1814 del Código Civil, más el artículo 157 del Código de Comercio.

ii. Ausencia de un catálogo de casos en que procede la indemnización autónoma

Esto es a raíz del problema anterior, pues la ausencia de un catálogo de supuestos acarrea la inexistencia de fundamentos que refuercen esta postura. Principalmente porque se presenta la indemnización de perjuicios como un mecanismo que solo vela por los intereses del acreedor, por lo que el equilibrio de intereses que el contrato pretende proteger se diluiría por el hecho del incumplimiento. Esta cuestión, atendida la lógica del tráfico jurídico actual, resulta del todo inadecuada.

En efecto, los intereses del deudor también deben tenerse presentes a la hora de fundamentar la autonomía de la acción indemnizatoria. Por ejemplo, y debido a la eventual ocurrencia de cambios imprevisibles, la prestación originaria podría imponer un costo excesivo al deudor, con relación a la utilidad de otros medios de tutela que pueda elegir acreedor. En dichos casos resultaría mejor optar por la indemnización autónoma, no agravándose excesivamente la posición del deudor.

iii. Aparente contradicción de los efectos de la autonomía de la indemnización

Se ha señalado que existen dos consecuencias contradictorias derivadas de la aceptación de la indemnización autónoma. En primer lugar, el acreedor, al ejercer la respectiva acción, estaría manifestando tácitamente su voluntad de resolver el contrato, por lo que su efecto sería la resolución (Pizarro, La responsabilidad contractual en el derecho civil chileno, 2007, pág. 216). En segundo lugar, si solo se pide la acción indemnizatoria y no se ejerce la acción resolutoria, el contrato subsistiría y por ende el acreedor quedaría obligado a cumplir con su obligación.³⁰

Sin embargo, creemos que dichas posturas no son contradictorias, pues pueden producirse ambos efectos, lo que va a depender del caso en particular. Así, por ejemplo, si el cumplimiento es imperfecto en un contrato de ejecución instantánea y se opta por demandar de forma autónoma la indemnización de perjuicios, la subsistencia o la resolución del contrato

³⁰ Véase Corral (2010, pág. 232).

dependerá de la cuantía que se demande, pues si sólo se solicita al tribunal aquella parte de la prestación incumplida, el contrato subsistirá; en cambio derivará en su extinción si el monto de la indemnización cubre además todas las prestaciones a ejecutarse en el futuro (López, 2015, pág. 96).

6. Aspectos procesales de la acción de indemnización de perjuicios

a) Prescripción

A diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad extracontractual, donde existe una regla expresa que fija el plazo de prescripción (artículo 2332 del Código Civil, cuatro años contados desde la perpetración del acto), para la acción de perjuicios por responsabilidad contractual la ley no ha fijado un plazo especial, debiendo aplicarse las reglas generales contenidas en el artículo 2515 del mismo código.

Igualmente, salvo una particular excepción, esta acción será de carácter ordinario, pues es necesario acreditar el incumplimiento de la obligación. La excepción a la que hacemos referencia es el caso de la indemnización moratoria en las obligaciones de dinero, cuya respectiva acción será ejecutiva cuando el acreedor se limite a cobrar intereses (y el título de estas obligaciones sea ejecutivo). Recibe por ende aplicación, en este último supuesto, el inciso segundo del artículo 2515: la acción ejecutiva se convierte en ordinaria transcurrido el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos.

b) Especie y monto de los perjuicios

El artículo 173 del Código de Procedimiento Civil prevé expresamente que la especie y monto de los perjuicios pueden fijarse en el mismo juicio que estableció la obligación de indemnizarlos, o bien puede reservarse dicha determinación para la ejecución del fallo o a un juicio diverso, siempre que se encuentren acreditadas “las bases que deban servir para su liquidación al momento de ejecutarse la sentencia”.

7. La indemnización de perjuicios autónoma en la jurisprudencia chilena

Los tribunales de justicia en nuestro país han contribuido enormemente al debate jurídico sobre la autonomía de la indemnización de perjuicios, resultando los fallos dictados un objeto imprescindible de estudio por parte de la doctrina para fundamentar sus posturas. A continuación, trataremos los puntos planteados hasta ahora, guiándonos por diversas sentencias, cobrando especial relevancia aquellas provenientes de los tribunales superiores de justicia.

Se puede señalar *a priori* que existe una tendencia más o menos clara en cuanto a la aceptación de la procedencia autónoma de la acción indemnizatoria en las obligaciones de hacer y de no hacer, y un rechazo de su procedencia autónoma en las obligaciones de dar. En el primer caso, se debe principalmente a que los artículos 1553 y 1555 del Código Civil lo permiten de manera expresa, mientras que, en el segundo caso, se han esgrimido los argumentos ya indicados en este trabajo. Estos se traducen, esencialmente, en que la indemnización en este tipo de obligaciones tiene un carácter complementario, concurrente o accesorio.

La jurisprudencia nacional ha recogido precisamente ese carácter accesorio de la indemnización de perjuicios en las obligaciones de dar, por largo tiempo. No obstante, a partir del siglo XXI se han dictado diversos fallos a favor de su autonomía, motivados por cambios dogmáticos en la doctrina nacional e internacional. Aquellos fallos refuerzan las ideas de quienes defienden la independencia de la indemnización como medio de tutela para el acreedor. Por lo tanto, resulta necesario analizar estas dos tendencias antagónicas para conocer cómo ha ido evolucionado la interpretación de la indemnización autónoma en materia contractual.

7.1 La indemnización de perjuicios de carácter complementaria en la jurisprudencia

El principal argumento que ha predominado en la jurisprudencia nacional con respecto a la indemnización de perjuicios en las obligaciones de dar afirma que esta tendría un antecedente jurídico necesario en la resolución del contrato o en la pretensión de cumplimiento específico, cuestión que le da el carácter de secundario al derecho de solicitar la indemnización por parte del acreedor. Esta idea la podemos encontrar en diversos fallos, tal como ocurre en el caso *Corral con Cía. de Teléfonos Chile y Comercial Publigúas*, dictado por la Corte Suprema

el 14 de diciembre de 1978.³¹ En este caso, el señor Rogelio Corral Garrido, quien era médico cirujano con especialidad en ginecología y obstetricia, demandó de indemnización de perjuicios a la Compañía de Teléfonos de Chile y a la Impresora y Comercial Publiguías por incumplimiento de contrato, debido a que entre los años 1975 y 1976 fue incluido en la guía telefónica comercial dentro del apartado “Neurología y Psiquiatría”, la cual no era su especialidad. Lo anterior se tradujo en graves repercusiones en su actividad profesional. La Corte señala en su considerando quinto que “la indemnización tiene como *antecedente jurídico* aquella resolución del contrato”, terminando finalmente por revocar la sentencia que acogía de forma autónoma la indemnización de perjuicios.

Esta idea es la que esencialmente se repite en la gran mayoría de fallos dictados por los tribunales ordinarios para desechar la autonomía de la indemnización. La influencia de autores como Efraín Vío permitió que las decisiones de los tribunales se encuadraran en la idea de que la indemnización no es un derecho principal, sino accesorio, y que cuando se demandara la indemnización de daños de un contrato bilateral, necesariamente debía solicitarse en carácter de principal la resolución o el cumplimiento del contrato. En efecto, para este autor, si la indemnización por daños se entablaba como principal, tal como ocurrió en el caso *Corral con Cía. de Teléfonos Chile y Comercial Publiguías*, esta deberá desecharse por falta de base jurídica.

Como mencionamos, la interpretación anterior siguió replicándose en diversos fallos, pudiendo encontrarse incluso casos en sentencias más actuales de este siglo. Un ejemplo es la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena en el caso *Aranda con Major Drilling Chile S.A.*,³² en el cual Confecciones Taller Imagen Limitada, representada por María Aranda Villalobos, dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra de Major Drilling Chile S.A. por el incumplimiento de un contrato de suministro y consignación de prendas de vestir. Dicho incumplimiento se produjo cuando la demandada empezó a adquirir tales prendas por parte de la competencia, existiendo un contrato de exclusividad con la demandante. En esta sentencia se reafirma que los casos derivados del artículo 1489 del Código Civil llevan

³¹ Véase la sentencia de la Corte Suprema de 14 de diciembre de 1978 en FM N° 241, Año XXX, diciembre 1978, Sección 3, pp. 382-383.

³² Rol N° 1281-2007, de fecha 3 de marzo de 2008. Véase en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 38402.

aparejados la condición resolutoria tácita de que, frente al incumplimiento contractual, se puede solicitar el respectivo cumplimiento o resolución, ambas acciones independientes que pueden interponerse conjuntamente con la acción de indemnización de perjuicios. Pero tal como se replica en su considerando quinto, “no resulta procedente que se accione únicamente respecto de esta última, alegando incumplimiento contractual, sin que se haya ejercitado cualquiera de las dos acciones optativas que consagra la norma, porque ellas son, precisamente, *el antecedente jurídico de donde arranca la acción indemnizatoria*”, por lo que finalmente se terminó confirmando la sentencia de primera instancia, en la que no se acogió la demanda entablada.

Otro ejemplo en la misma línea, que incluso va más allá, es la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en *Segovia Barrientos con Sáez Arroyo*,³³ caso en el que se interpuso una demanda de indemnización por incumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, pero en el que previamente se había iniciado un juicio ejecutivo para lograr la entrega. El Primer Juzgado Civil de Valparaíso rechazó la demanda en su sentencia,³⁴ argumentando la misma idea de que la acción de indemnización de perjuicios a que alude el artículo 1489 es accesoria a las acciones optativas de resolución o cumplimiento efectivo, por lo cual no pueden solicitarse de forma independiente o “quedarían sin el respectivo antecedente jurídico que debe fundamentar toda acción” (considerando décimo noveno). Adicionalmente, en el considerando sexto la Corte señala que “no es procedente intentar una acción indemnizatoria en virtud del artículo 1489 del Código Civil, aislada de su antecedente jurídico que la sustente, ya que ello *contraviene principios de buena fe, equidad y economía procesal e incluso puede entenderse como una especie de abuso del derecho*, al tratar de interpretar una norma en forma completamente distinta al espíritu de ella, en pos de darle una más favorable”. La Corte Suprema confirmó esta sentencia³⁵ bajo la misma línea de ideas.

Esta relación de carácter secundario o accesorio de la indemnización frente al cumplimiento específico y la resolución del contrato, entendidos como derecho principal, es la que ha estado presente por más de un siglo en los argumentos plasmados en nuestra

³³ Rol N° 365-2011, de fecha 1 de junio de 2011. Véase en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 49795.

³⁴ Rol N° 1598-2005, de fecha 30 de junio de 2010. Véase en base de datos www.poderjudicial.cl

³⁵ Rol N° 6831-2011, de fecha 25 de junio de 2012. Véase en base de datos www.legalpublishing.cl, Cita CL/JUR/1179/2012

jurisprudencia. Casos como *Bustos con Betancourt*,³⁶ *Cataldo con Empresa Portuaria San Antonio*,³⁷ entre otros, no hacen más que evidenciar que nuestros tribunales superiores de justicia (Corte de Apelaciones de Chillán y Corte Suprema, respectivamente) han venido plasmando por años los mismos argumentos para desechar la autonomía de la indemnización de perjuicios.

Otro interesante caso para analizar es el de *Industrias Magromer Cueros y Pieles S.A. con Sociedad Agrícola Sacor Ltda*, dado que aborda tres aspectos relevantes en torno a la procedencia autónoma de la indemnización de perjuicios. La empresa argentina Industrias Magromer demanda a la empresa chilena Sociedad Sacor por los daños ocasionados por un incumplimiento parcial, a raíz de que la segunda estaba obligada por contrato a entregar 150.000 cueros lanares a la demandante y sólo entregó 61.000 cueros, entregando el resto a otros compradores. Al no existir más proveedores que cubrieran el saldo no entregado por el demandado, dado que la producción de cuero es cíclica, el perjuicio era evidente para la demandante, por lo que decide demandar directamente la indemnización de perjuicios.

El primer punto relevante es que uno de los argumentos utilizados por la demandante para fundamentar su pretensión fue el artículo 1672 del Código Civil, debido a que como se trataba de una obligación de especie o cuerpo cierto, la obligación subsiste, pero variando de objeto, ya que ahora el demandando estaría obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Este argumento es rechazado en primera instancia³⁸ y confirmado en segunda instancia por el fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas,³⁹ el cual señala en su considerando quinto “que, de lo anterior claramente se desprende que la acción de indemnización que ha sido presentada por el demandante, es la que emana de la responsabilidad contractual por incumplimiento de un contrato y, por tanto, debió solicitar o el cumplimiento o la resolución de dicho contrato, más la respectiva indemnización, lo que no hizo en el caso de autos, en que simplemente dedujo la acción indemnizatoria en forma independiente, *sin solicitar ninguno de los derechos alternativos reseñados*”. Asimismo, en este mismo considerando cita otros fallos

³⁶ Rol N° 1088-2006, de fecha 23 de marzo de 2006. Véase en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 33997.

³⁷ Rol N° 2457-2008, de fecha 05 de enero de 2010. Véase en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 430037.

³⁸ Rol N° 81085-2003, del 1° Juzgado de letras de Punta Arenas.

³⁹ Rol N° 173-2006, de fecha 09 de enero de 2007. Véase en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 35743.

en los que se decide en el mismo sentido, haciendo suyo el criterio que ya tenía normalizado nuestra jurisprudencia.⁴⁰

El segundo aspecto por considerar de este caso es el tipo de contrato que se incumplió, un contrato de compraventa. Este posee reglas especiales en nuestro Código Civil y particularmente a propósito de las obligaciones que tiene tanto el vendedor como el comprador, reguladas a partir del artículo 1824. En efecto, tanto el artículo 1826 como el artículo 1873⁴¹ se ponen en el mismo caso que el artículo 1489, teniendo el mismo problema de interpretación al señalar que se podrá optar o por continuar en el contrato o desistirse de él, *con* el derecho de ser indemnizado. En el caso en cuestión, la Corte Suprema⁴² señala en su considerando segundo que “la indemnización de perjuicios resulta ser dependiente y complementaria de las acciones de resolución o cumplimiento forzado que establecen los artículos 1489 y 1826 del Código Civil, conclusión que se explica por su carácter compensatorio y que necesariamente supone que la obligación principal ha quedado definitivamente sin cumplir, en todo o en parte”, terminando por confirmar la sentencia de instancia que rechaza la indemnización, considerando que la lógica detrás de los artículos especiales de la compraventa es la misma que en el artículo 1489.

El tercer aspecto relevante de este caso dice relación con la inaplicabilidad de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG, por sus iniciales en inglés), en los casos en que el acreedor solicite directamente la indemnización de daños de forma autónoma. Tal convención de carácter internacional, que tiene plena vigencia en nuestro país desde 1990, señala que tanto el comprador como el vendedor tiene como medio de tutela frente al incumplimiento la opción de solicitar la indemnización por daños.⁴³ No obstante, en el caso analizado, si bien sí se invocaron las normas respectivas de la CISG por

⁴⁰ Señala la Corte “(...) Así lo ha resuelto la Jurisprudencia (C. La Serena, 18 de mayo de 1900, G. 1900, t. I, N° 748, p. 693; C. Valparaíso, 14 de mayo de 1910, G. 1910, t. I, N° 322, p. 580; C. Suprema, 28 de julio de 1933, G. 1933, segundo sem., N° 5, p. 15, R., t. 30, sec. primera, p. 495; y 16 de octubre de 1991, en rol 14.893, materia civil, en recurso de casación.)”

⁴¹ **Art. 1826, inc. segundo:** Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistirse de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

Art. 1873. Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

⁴² Rol N° 1782-2007, de fecha 22 de septiembre de 2008. Véase en base de datos www.poderjudicial.cl.

⁴³ Artículo 45.1 b) y 61.1 b) de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, respectivamente.

parte de la demandante, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas (que luego confirmó la Corte Suprema), en su considerando noveno señala “que respecto a la aplicación de la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, hay que tener presente que de conformidad con su artículo 6: ‘Las partes podrán excluir la aplicación de la presente convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos’; y al no haberse basado la demanda y la réplica en las disposiciones legales de esta Convención, debe entenderse tácitamente que se renunció a dicho estatuto, rigiéndose, en consecuencia, por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que invocara”.

7.2 La indemnización de perjuicios de carácter autónoma en la jurisprudencia

Si fijáramos un período de tiempo durante el cual nuestra jurisprudencia sostuvo que la indemnización de perjuicios era un derecho complementario que tiene el acreedor frente al incumplimiento del deudor, aquel correspondería a todo el siglo XX, hasta la primera década del siglo XXI (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 724). Posteriormente, los tribunales empezaron a incorporar las tendencias que de una u otra forma daban la posibilidad de aceptar la autonomía de la pretensión indemnizatoria, lo que ha sido recogido por diversos fallos de la Excma. Corte Suprema. A continuación, repasaremos algunos casos en los que la Corte Suprema ha dado lugar a la indemnización de perjuicios autónoma.

En primer lugar, analizaremos un caso emblemático de estudio, *Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huchipato S.A.* En este caso, la Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. celebró un contrato de compraventa con la empresa Zorín S.A., en el cual la primera se obligaba a entregar a la segunda 1.500 toneladas de rodillos de laminación dados de baja por desuso, pero que a la parte compradora le interesaba comprarlos por su específica concentración de níquel, para finalmente venderlos a una empresa norteamericana, Triorent Trade Inc. Al realizar la primera entrega acordada de los rodillos, la demandante se percató de que estos no tenían la composición requerida, por lo que se vio privada de realizar el negocio con la empresa norteamericana. Su prestigio como empresa se vio afectado y además se quedó con un producto que no tenía ningún uso. Por lo tanto, la empresa Zorín S.A. interpuso una demanda de

indemnización de daños ante el 5º Juzgado Civil de Santiago, por un total de \$950.000.000 por concepto de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la imagen, el cual fue acogido por la suma de \$906.521.548 en sentencia de fecha 30 de noviembre de 2009.⁴⁴

Posteriormente, la demandante interpuso contra el fallo de primera instancia un recurso de casación en la forma y un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que terminó por confirmar la sentencia de primera instancia, salvo en lo relativo a la indemnización por daño moral.⁴⁵ Finalmente, es la propia Corte Suprema la que termina conociendo la causa⁴⁶ mediante un recurso de casación en la forma. En su fallo, se produjo un cambio importante en el criterio que la Corte había mantenido hasta entonces, lo que se expresa en los siguientes considerandos:

SEGUNDO: Que la actora ha pedido ser indemnizada de perjuicios, como efecto y consecuencia de dicho incumplimiento, pero no reclamó la resolución contractual, derivada del artículo 1489, o la especial que la doctrina y jurisprudencia ha entendido asociada a la acción redhibitoria contenida en los artículos 1857 y siguientes del Código Civil. Tampoco ha pretendido que el referido contrato sea inexistente o nulo.

DÉCIMO: Que, en todo caso, una demanda de daños y perjuicios en los términos que se han descrito, debe ser considerada como parte de lo que el vendedor debe en “cumplimiento del contrato”, de acuerdo con los términos del artículo 1489 del Código Civil. En efecto, conforme con el artículo 1591, “el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”. Dado que en este juicio se pretenden indemnizaciones derivadas de un incumplimiento contractual, asociadas a una entrega imperfecta de la cosa vendida, debe entenderse que el deudor está ejerciendo una acción de cumplimiento contractual, para ser debidamente pagado por el deudor, aunque la

⁴⁴ Rol N° 20400-2008, de fecha 30 de noviembre de 2009. Véase en base de datos www.poderjudicial.cl

⁴⁵ Rol N° 533-2010, de fecha 11 de enero de 2012. Véase en base de datos www.poderjudicial.cl

⁴⁶ Rol N° 3325-2012, de fecha 31 de octubre de 2012. Véase en base de datos www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/2412/2012.

acción esté reducida a las indemnizaciones que el actor estima que la sociedad demandada le adeuda por incumplimiento del contrato.

Este fallo resulta bastante novedoso dogmáticamente, ya que reconoce un soporte normativo a la autonomía de la indemnización de perjuicios, al señalar que en virtud del artículo 1591 del Código Civil, el pago (refiriéndose al cumplimiento efectivo de la obligación) comprende, entre otras cosas, las indemnizaciones que procedan y, por ende, aún se encuentra obligado el deudor hasta que no cumpla con el resarcimiento de todas las indemnizaciones pendientes. Por lo tanto, la autonomía de la indemnización es perfectamente procedente en el caso.

Otros dos casos interesantes en los que se reconoció la autonomía de la indemnización de perjuicios y que fueron argumentados por la Corte Suprema, corresponden a *Laboratorios de Control Técnico Llay Llay con Celestron Ltda*⁴⁷ y a *Cuenca de Ingenieros Consultores Ltda. con Ilustre Municipalidad de Cabildo*.⁴⁸

En el primer caso, la Excma. Corte señala en su considerando sexto:

SEXTO: La interpretación exegética del artículo 1489 del Código Civil no se aviene con las tendencias modernas que inspiran el derecho de daños que postula la reparación integral del acreedor a través de una indemnización que satisfaga en plenitud los perjuicios irrogados por causa del incumplimiento. Si al acreedor no se le permitiera optar por demandar directamente la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato podría significar que no se alcance el propósito de la indemnización plena. En tal contingencia entonces, entendiendo que el ejercicio de la acción indemnizatoria implica la renuncia al cumplimiento forzado o a la resolución del contrato, la indemnización se erige así como un remedio autónomo, cualquiera sea la forma en que se ejecute la obligación, lo que se manifiesta con mayor vigor tratándose de contratos de tracto

⁴⁷ Rol N° 14008-2013, de fecha 26 de noviembre de 2014. Véase en base de datos www.vlex.cl, N° 546140998.

⁴⁸ Rol N° 37715-2015, de fecha 03 de octubre de 2016. Véase en base de datos www.poderjudicial.cl

sucesivo en donde el acreedor sigue vinculado jurídicamente al deudor, una vez que éste le indemnice los perjuicios. Más claro aún si el contrato es de ejecución instantánea en donde al seguir la exegética interpretación de la precitada disposición legal la opción del acreedor se ve reducida. Esta es, por tanto, la forma correcta de entender la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento de un contrato bilateral.⁴⁹

En el segundo caso, con fecha 3 de octubre de 2016, la Corte Suprema se pronuncia en el siguiente sentido:

DÉCIMO TERCERO: Que la procedencia de la acción, circunscrita a la sola indemnización de los perjuicios causados como consecuencia de un incumplimiento contractual, con fundamento en lo estatuido en el artículo 1489 del Código Civil, y sin que se ejerza conjuntamente con ella la de cumplimiento del contrato que une a las partes, ha sido reconocida por esta Corte.

DÉCIMO CUARTO: Que al respecto se ha dicho que, si bien autores clásicos estiman necesario que ambas pretensiones sean formuladas de manera conjunta, “la más moderna doctrina y jurisprudencia refutan este punto de vista” (Sentencia 20 de junio de 2012, Rol N° 8123-2010). En ese fallo se cita a Carlos Pizarro Wilson (“La responsabilidad contractual derecho chileno”, en http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf), quien postula que en los contratos sinalagmáticos la acción indemnizatoria es independiente de la de ejecución forzada, estimando que “la interpretación exegética del artículo 1489 responde a una lectura literal del precepto que obstaculiza la reparación integral del acreedor”. Enrique Barros Bourie, sostiene que “no hay razón, desde el punto de vista de la justicia correctiva, para exigir, salvo imposibilidad, que el cumplimiento específico esté siempre disponible, porque en algunos casos es defendible que la solución más justa sea la reparación indemnizatoria” (“Finalidad y alcances de las acciones y

los remedios contractuales”, en: Alejandro Guzmán Brito (editor), Estudios de Derecho Civil”, Ed. Legal Publishing, Stgo., 2008, p. 409). La misma sentencia antes citada hace referencia a diversa doctrina que apoya esta tesis y concluye “La opción elegida por la actora de impetrar sólo la indemnización de perjuicios, se adecua y no contraviene el alcance que cabe otorgarle al artículo 1.489 del código sustantivo”.

DECIMO QUINTO: Que en efecto, la acción indemnizatoria no se encuentra ligada únicamente en sede contractual a la resolución o al cumplimiento forzado de lo pactado. Puede cobrar identidad propia, como acción principal y no estar vinculada a ninguna de ellas, sin perjuicio que para ponderar esta pretensión resulta indispensable relacionarla con el hecho en que se le hace descansar; el ilícito del incumplimiento de obligaciones emanadas del contrato. Esta Corte en fallo Rol N°3.341-2009 pone de relieve el carácter independiente de la acción de indemnización de perjuicios, señalando que, conforme a la teoría clásica o a la moderna, es posible entender que dicha obligación es de carácter principal y no accesoria, permitiendo satisfacer el interés del acreedor, lo que otros remedios jurídicos no logran.

A partir de lo expuesto podemos observar que la Corte Suprema ha empezado a reconocer la autonomía de la indemnización de perjuicios y la enmarca dentro de ciertos parámetros: primero, que el propio artículo 1489 no debe entenderse y limitarse a una lectura e interpretación exegética del precepto, pues no puede significar solo una limitación de la autonomía de la indemnización; segundo, ya sea si se considera parte de la obligación que se encuentra incumplida (así como lo entendió la Corte al incorporarlo bajo el precepto del artículo 1591) o una obligación nueva, no existe motivo alguno para privarle a la indemnización de perjuicios su carácter autónomo frente a otros mecanismos de tutela; tercero y finalmente, resulta necesario darle al acreedor la libertad de accionar con el mecanismo o remedio que más le resulte conveniente a sus intereses y no habría problema para que aquel fuese la indemnización autónoma. Bajo la esfera de las conclusiones señaladas, es que los tribunales de justicia están dando reconocimiento a la autonomía de la indemnización de perjuicios.

Las nuevas tendencias que han llegado a nuestro país y que han impregnado nuestra doctrina sugieren que este tema sea regulado de forma expresa en nuestra legislación, para darle así uniformidad a los contratos y un marco de mecanismos de tutela al acreedor, en el que este pueda accionar sin impedimento al ser víctima de incumplimiento.

Mientras lo anterior no sea factible, será la jurisprudencia, especialmente aquella emanada de los tribunales superiores de justicia, la que dirimirá las controversias sobre los mecanismos a utilizar por el acreedor para satisfacer su interés. Todo indica que nuestros jueces ya no son reacios a la incorporación de estos modernos principios.

Para finalizar esta sección, analizaremos el reciente caso *EVT Consulting S.p.A. con SQM Nitratos Chile S.A.* Sobre el particular, se alega un incumplimiento contractual de SQM con EVT, dado que la primera había encargado la compraventa de un galpón de acero galvanizado a la segunda (el cual sería fabricado por otra empresa, Rubb International, pero ellos tenían la representación en Latinoamérica de aquella). A su vez, EVT contrata con otra empresa, Cathay Import AS para que actuara como facilitador y agente comercial, además de comprar los suministros para ser utilizados en la fabricación de la estructura. No obstante, SQM se desiste del negocio y anula unilateralmente la orden de compra que habría celebrado con EVT, por lo cual esta debe anular su respectiva orden de compra por los materiales con Cathay, lo cual aceptaría siempre y cuando se le pagara a título de indemnización la cantidad de US\$ 304.620.

Esto fue lo que gatilló que EVT demandara el cumplimiento por equivalencia de la obligación incumplida y la indemnización de los perjuicios causados, solicitando que se le indemnizara la cantidad solicitada por Cathay como daño emergente, y otros daños a título de lucro cesante. En primera instancia se declaró que había existido una compraventa que fue incumplida por SQM, pero no se dio a lugar la demanda, porque no era posible acreditar la cuantía de los perjuicios.⁵⁰ La demandante dedujo recurso de apelación del fallo, producto del

⁵⁰ Señala el tribunal, en considerando vigésimo cuarto: “(...) para la procedencia de la indemnización solicitada, resultaba además necesario acreditar la cuantía de los referidos perjuicios, cuestión que la actora no ha conseguido probar, toda vez que si bien resulta manifiesta la participación de la empresa Cathay Import, según se desprende principalmente de los dichos de los testigos, los montos asociados no pueden determinarse ni a través de estas

cual se revocó parcialmente la sentencia, concediéndose los daños emergentes, es decir, el crédito que Cathay tenía contra la demandante. Esto motivó que SQM recurriera de casación en el fondo, argumentando principalmente que hay infracción a las normas de la carga de la prueba respecto de los daños concedidos en segunda instancia.

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 30 de enero de 2020,⁵¹ rechazó el recurso de casación deducido en atención a que no existe infracción a las normas de la carga de la prueba y a que el crédito de Cathay, aunque no haya sido pagado, es un daño emergente cierto y efectivo, ya que aumenta el pasivo del patrimonio de la demandante. No obstante, lo más relevante es que la Corte establece que la realidad de estas demandas es precisamente lograr la pretensión de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, reflexionando en torno a esto en el considerando undécimo, que entre otras cosas, señala:

UNDÉCIMO: Que, en el mismo sentido, no puede soslayarse que respecto de la indemnización de perjuicios pura y simple, conforme a los principios que integran el Código Civil, no se observan las particulares motivaciones que podrán inducir a privar a un acreedor de la posibilidad de dirigir las acciones en la forma y del modo como mejor se ajuste a sus intereses, desde el momento que el derecho civil otorga a las personas el principio de libre disposición de sus bienes y autonomía de la voluntad, todo lo cual lleva así reconocer las mayores prerrogativas al momento de someter las pretensiones al órgano jurisdiccional. Es así como esta Corte Suprema ha reconocido la independencia y autonomía de las acciones indemnizatorias, sean estas moratorias o compensatorias, las que cualquiera sea la naturaleza del objeto de la prestación, pueden impetrarse en forma exclusiva, desde el momento que el legislador ha establecido su procedencia y la forma más usual de interposición, pero no ha prohibido la que en mejor forma repare integralmente el daño derivado del incumplimiento. (...) Entonces, ante la entidad independiente que la ley prevé en general, no existen

declaraciones ni de la documental válidamente allegada al proceso, (...) De este modo, siendo imposible establecer la cuantía de los perjuicios, la indemnización deber rechazarse en todas sus partes.” Rol C-19614-2014, del 23° Juzgado Civil de Santiago.

⁵¹ Rol N° 8596-2018, de fecha 30 de enero de 2020. Véase en base de datos www.poderjudicial.cl

razones para vincularla de manera determinante con cada una de aquellas acciones de resolución y cumplimiento, como tampoco para entenderla accesoria a las mismas. Y es que no debemos olvidar que en la responsabilidad contractual, la indemnización cumple la función de colocar al acreedor en la misma posición económica que tendría de haberse cumplido el contrato y es así como cobra sentido la mención “cumplimiento por equivalencia” a que alude la actora en su demanda, entendida como una reparación integral del acreedor (...). En suma, la opción ejercida por la acreedora de demandar directamente la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, se presenta entonces como un remedio válido y propio de la autonomía indemnizatoria por incumplimiento de un contrato bilateral, debiendo descartarse el acusado quebrantamiento de los artículos 1545, 1672 y 1873 del Código Civil.

Lo anterior refleja que la idea de autonomía de la indemnización se encuentra ya asentada, al menos en el máximo tribunal de la República. Esto no permite generalizar para darle un ámbito de aplicación extensivo, pero igualmente nos permite aventurar que, si se estructura bien la pretensión en una demanda, la viabilidad de que se conceda la indemnización de forma autónoma es alta. Ahora bien, resulta necesario incorporar tales preceptos en nuestra legislación, para que esa puerta que se ha ido abriendo en nuestros tribunales, sea una realidad para cualquier acreedor.

CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (en adelante, PLDC) corresponden a lo que suele denominarse *soft law*, vale decir, un conjunto de normas que no son legalmente vinculantes, pero que pretenden servir de base o como criterio ilustrativo para solucionar determinadas inconsistencias del *hard law*, vale decir, la ley propiamente tal, debidamente promulgada y publicada, vinculante para todos.

Según se indica en su prólogo, “la iniciativa surge en Francia, durante un Congreso internacional Franco-Latinoamericano, celebrado en Rennes, organizado por el profesor Thomas Genicon; y contó, desde el principio, con el apoyo de la Fondation pour le Droit Continental, dirigida por el profesor Grimaldi. Surge, pues, en la tierra de esa gran familia de los llamados Códigos a la que pertenecen, en su mayoría, los latinoamericanos. Implica el compromiso de repensar y trasladar a principios de *soft law* lo que hoy deban ser los rasgos identificadores del derecho de contratos latinoamericano” (De la Maza, Pizarro, Vidal, Morales & Fenoy, 2017, pág. 9). El lanzamiento de su texto oficial en Chile tuvo lugar el 3 de abril de 2018, en el cierre de un congreso de derecho de contratos, por parte del profesor Enrique Barros.⁵²

Esta propuesta es de particular interés para el presente trabajo, pues propone un tratamiento sistematizado del fenómeno contractual, considerando todo el *iter*, por lo que puede tenerse en consideración no solo para validar la autonomía en el ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios, sino también para toda la gama de medios de tutela con los que cuenta el acreedor para la satisfacción de su interés. En el artículo 91 de los Principios encontramos una regla común en los instrumentos de derecho uniforme y armonizado del derecho de contratos: la de un sistema unitario, que se articula a partir del incumplimiento que confiere al acreedor la elección entre un elenco de medios de tutela, cada uno con sus propias condiciones de procedencia (De la Maza, Pizarro, Vidal, Morales & Fenoy, 2017, pág. 59).

⁵² Columna publicada por Iñigo de la Maza el 9 de abril de 2018 en el Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/04/09/Principios-Latinoamericanos-de-Derecho-de-los-Contratos.aspx>

A continuación, citamos los artículos que creemos relevantes, para los propósitos de este trabajo, y que forman parte de los PLDC.

1. De los medios de tutela

Artículo 91. De los medios de tutela

(1) En caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela:

- (a) Cumplimiento específico;
- (b) Reducción del precio;
- (c) Resolución del contrato;
- (d) Suspensión del cumplimiento, e
- (e) Indemnización de perjuicios.

(2) La indemnización de perjuicios puede ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela.

Valoramos especialmente el número (2) de este artículo, por cuanto despeja toda duda con respecto al ejercicio autónomo de la acción indemnizatoria. Sin embargo, es necesario poner atención en los artículos que mencionamos a continuación.

2. Comunicación en los cumplimientos imperfectos

Artículo 92. Comunicación en los cumplimientos imperfectos

(1) En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor debe comunicar la disconformidad en un plazo razonable contado desde el momento en que tuvo o debió tener conocimiento.

(2) A falta de comunicación, el acreedor no puede exigir el cumplimiento, ni resolver el contrato.

Identificamos aquí una carga para el acreedor, con importantes consecuencias señaladas en el mismo artículo.

3. Plazo de subsanación

Artículo 93. Plazo de subsanación

- (1) Salvo incumplimiento esencial, el acreedor debe otorgar un plazo adicional de duración razonable al deudor para que subsane su incumplimiento.
- (2) Mientras se encuentre pendiente el plazo, el acreedor no puede ejercer ningún medio de tutela que sea incompatible con la subsanación, pero subsiste su derecho a la indemnización.
- (3) Si el deudor no subsana dentro del plazo o declara que no lo hará, el acreedor puede servirse de cualquiera medio de tutela.

En este caso, se impone al acreedor una segunda carga, cual es la de otorgar al deudor incumplidor un plazo adicional para que subsane el incumplimiento, privilegiándose la conservación del negocio.

4. Contribución del acreedor a su perjuicio

Artículo 108. Contribución del acreedor a su perjuicio

La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó a que se produjera el perjuicio.

5. Mitigación de perjuicios

Artículo 109. Mitigación de perjuicios

- (1) La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el perjuicio. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse.
- (2) El acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas.

Es necesario hacer presente que los medios de tutela y las reglas especiales antes citadas descansan sobre un *concepto amplio de incumplimiento*, recogido en el artículo 86 y siguientes de los PLDC.

6. Concepto de incumplimiento

Artículo 86. Concepto de incumplimiento

- (1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada.
- (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.
- (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para la ejecución.

Ya comentamos algo sobre esto, pero refiriéndonos al Código Civil, en el capítulo primero, y señalamos que esta problemática reviste un interés más bien teórico. Sin embargo, una vez efectuado el análisis jurisprudencial, cobra una insospechada importancia en la práctica de nuestros tribunales. La noción amplia de incumplimiento que va envuelta en la vinculación contractual como garantía de realización del contrato, da lugar a que se simplifiquen las distintas manifestaciones del incumplimiento, como la falta de actividad del deudor, el retardo en el cumplimiento, y aquellas hipótesis de cumplimientos imperfectos debido a que el objeto de la prestación adolece de anomalías materiales o jurídicas, u otras como el error (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 263). Esto sería de particular utilidad en los casos donde no aparecen claras las disposiciones que deben operar, como ocurre cuando el juez debe determinar, por ejemplo, la aplicabilidad de la norma general del artículo 1489 del Código Civil o de las especiales de la compraventa.

7. Carácter esencial del incumplimiento

Artículo 87. Carácter esencial del incumplimiento

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando:

- (a) Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento.
- (b) Es doloso.
- (c) La conducta del deudor incumplidor hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato.
- (d) Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes al tiempo de celebrarse el contrato.
- (e) El deudor no cumple dentro del plazo de subsanación del artículo 93.

“Durante la elaboración y discusión de los Principios, un punto que se discutió fue cuál era el lugar propicio para el tratamiento del incumplimiento esencial, o la sección del incumplimiento de contrato en general o aquella que disciplina la resolución del contrato y, finalmente, se optó por lo primero dado que el incumplimiento esencial no sólo constituye una condición de la resolución (artículo 97 (1)), sino también de la sustitución de la prestación no conforme al contrato (artículo 95 (2)), por lo que debía regularse con el carácter de general” (De la Maza, Pizarro, Vidal, Morales, & Fenoy, 2017, pág. 55).

8. Acción u omisión del acreedor

Artículo 88. Acción u omisión del acreedor

El acreedor no puede invocar el incumplimiento causado por su propia acción u omisión.

Artículo que, en nuestro concepto, viene a ser una manifestación del principio en virtud del cual *nadie puede aprovecharse de su propio dolo*.

CONCLUSIONES

1. Es procedente y argumentable la indemnización autónoma

El análisis doctrinal y jurisprudencial que este trabajo propone nos permite afirmar lo siguiente: En Chile, es procedente y argumentable la indemnización autónoma de perjuicios en los contratos bilaterales, ello por variadas razones. Las más importantes son las siguientes:

- 1.1. El abandono de una interpretación exegética del artículo 1489 del Código Civil.
- 1.2. No existen razones para privar a la indemnización de perjuicios su carácter de independiente frente al resto de mecanismos de tutela, ya sea que ésta se considere como la misma obligación que dejó de cumplirse, o como una nueva obligación.
- 1.3. La libertad del acreedor para hacer valer sus derechos y acciones del modo que mejor protejan sus intereses insatisfechos.

Lo anterior viene a confirmar la hipótesis propuesta, a saber: que el sustento normativo utilizado para considerar a la indemnización de perjuicios como medio de tutela autónomo, es suficiente y su aceptación no conlleva una incompatibilidad con el resto de medios de tutela, ni con los fines del derecho de contratos. Sin embargo, es necesario complementar este razonamiento con los puntos que siguen.

2. La indemnización autónoma debe tener límites

Que la indemnización de perjuicios como medio de tutela autónomo sea jurídicamente procedente, no quiere decir que se deba acceder a ella en todos los casos, existiendo un control posterior del juez. Al respecto proponemos los siguientes límites sustantivos:

- 2.1. El derecho del deudor a subsanar su incumplimiento

Ni nuestro Código Civil, ni el Código de Comercio, como tampoco la Ley N° 19.496 de protección a los derechos del consumidor, reconocen explícitamente este derecho al deudor. A pesar de lo anterior, no debe desconocerse que existen algunos artículos del Código Civil, como el artículo 1879 (a propósito del contrato de compraventa) y el artículo 1977 (a propósito del arrendamiento) que lo subentienden. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que asiste al deudor la facultad de enervar la acción resolutoria, pagando durante la secuela del juicio (De la Maza & Vidal, 2018, pág. 737).

Por otra parte, producida la infracción contractual, se merma el derecho del deudor a cumplir, pues aquel se escapa de su esfera única de interés y pasa a llevar al acreedor, debiendo lograrse el justo equilibrio entre ambos intereses. Si el acreedor rechaza la oferta de subsanación, sin justificación razonable, podría darse el eventual caso de un ejercicio abusivo de la acción de perjuicios. En el fondo, lo que está detrás de lo que planteamos es la buena fe objetiva, dado que las partes esperan de la otra un comportamiento acorde con sus exigencias.

2.2. La situación de hecho

Otro límite al ejercicio de la indemnización de perjuicios autónoma está dado por la situación de hecho que envuelve al contrato. La acción tendrá mayores probabilidades de ser concedida, desde luego, cuando las acciones de ejecución o resolución no sean útiles al demandante, o si la resolución no procede porque el incumplimiento no es esencial y la obligación no se puede ejecutar en naturaleza. Vinculado con lo anterior, creemos que el letrado debe tomar las providencias correspondientes a la hora de redactar el libelo. Con esto nos referimos a que en lo principal se demande autónomamente la indemnización, pero que en los otros ítems igualmente se demande la resolución o el cumplimiento forzado del contrato, y la indemnización como complemento, ante la eventualidad de un cambio jurisprudencial. Esto es permitido expresamente por el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.⁵³

⁵³ **Artículo 17 CPC.** En un mismo juicio podrán entablarse dos o más acciones con tal que no sean incompatibles. Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra.

3. Consideración de los Principios Latinoamericanos del Derecho de Los Contratos

La jurisprudencia que reconoce la autonomía de la indemnización no resuelve, sin embargo, un problema de raíz: la falta de sistematización y claridad de las opciones que tiene el acreedor frente al incumplimiento, en la medida en que aquellas dependen del tipo de obligación, ya sea de hacer, hacer o no hacer. Una eventual reforma al Código Civil chileno debiera considerar la adopción de medidas tendientes a la simplificación de los medios de tutela del acreedor. Los instrumentos del moderno derecho de los contratos sin duda han sido una contribución en este sentido, en especial los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, a los que hemos dedicado un capítulo especial, citando los artículos más relevantes para los objetivos que nos hemos propuesto. Estos principios deberían tenerse a la vista, pues en nuestro concepto, a la vez que son lo suficientemente amplios como para mantener la “idiosincrasia” de cada ordenamiento jurídico latinoamericano, cristalizan los consensos existentes en torno a los fines del derecho de contratos. En los casos que fueron objeto de estudio de este trabajo, no se observó que estos principios fueran recogidos por la jurisprudencia.

Como señala Iñigo de la Maza —refiriéndose al artículo 91 de los PLDC—, “un artículo como ese en el Código Civil permitiría, quizás, reducir la duración de la enseñanza del derecho civil en un semestre”.⁵⁴

4. Asunto pendiente: un análisis de la jurisprudencia arbitral

El presente trabajo descuida lo que ocurre en sede arbitral, pues solo trata sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia. Sin embargo, podemos afirmar que en dicha sede no existe una tendencia clara, dado que la mayoría de los problemas dogmáticos que presenta esta acción pierden relevancia por el uso frecuente de cláusulas penales en los contratos, y también por la calidad de arbitrador de gran parte de los árbitros dentro del CAM (Parra, 2008, pág. 79). Esperamos que este tema sea retomado a la brevedad, dada la creciente relevancia de los

⁵⁴ Columna publicada por Iñigo de la Maza el 9 de abril de 2018 en el Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/04/09/Principios-Latinoamericanos-de-Derecho-de-los-Contratos.aspx>

tribunales arbitrales en el tráfico jurídico nacional.⁵⁵ Sin embargo, una aproximación relevante puede encontrarse en la tesis de pregrado antes citada.

⁵⁵ Señala el abogado Esteban García Nadal: “La experiencia ha demostrado que el método alternativo de resolución de conflictos que resulta más efectivo es la designación de un juez árbitro, sea con carácter de arbitrador, mixto o de derecho, que se avoque a resolver la controversia que se someta a su conocimiento por medio de una sentencia que resulte vinculante a las partes. Dicha designación, que puede ser efectuada en forma nominal —de mutuo acuerdo por las partes dentro de una cláusula compromisoria—, ser entregada a los juzgados civiles ordinarios — que, por las razones que se ha venido exponiendo, no es lo más óptimo en términos de tiempo— o dejarse en manos de una institución consolidada —recurriendo a un llamado ‘arbitraje institucional’—, como el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM), se presenta, actualmente, como la forma más rápida y conveniente para resolver conflictos, especialmente de carácter comercial y contractual, en general”. Columna de opinión en el Mercurio Legal publicada el 10 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2017/10/10/justicia-arbitral-frente-a-la-justicia-ordinaria-rapidez-e-inmediacion.aspx>.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, R. (2009). *Las Obligaciones. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A. (1939). *Teoría de las Obligaciones*. Santiago: Zamorano y Caperán.
- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (2004). *Tratado de las Obligaciones. Volumen I. De las Obligaciones en general y sus diversas clases*. Santiago.
- Barcia, R. (2008). *Lecciones del derecho civil chileno. De la teoría de las Obligaciones. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Barros, E. (2008). Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales. En A. Guzmán, *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: LegalPublishing.
- Barros, E. (2010). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Barros, E., & Rojas, N. (2010). Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales. En *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: Thomson Reuters.
- Clemente, M. (1998). La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. *Monografía*. Valencia.
- Corral, H. (2010). *Contratos y Daños por Incumplimiento*. Santiago: Abeledo Perrot.
- De la Maza, I. (2007). Contratos Especiales: Compraventa, incumplimiento y remedios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 161-169.
- De la Maza, I., & Vidal, Á. (2018). *Cuestiones de derecho de contratos: formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- De la Maza, I., Pizarro, C., Vidal, A., Morales, A., & Fenoy, N. (2017). *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Fueyo, F. (1958). *Derecho Civil. Tomo IV: De las obligaciones*. Santiago: Roberts y Cía.
- Fueyo, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Tercera ed.). (G. Figueroa, Ed.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Gatica, S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato: del incumplimiento de las obligaciones contractuales; de los perjuicios y de su*

- liquidación judicial, legal y convencional. De la cláusula penal.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- López, P. (2010). La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 65-113.
- López, P. (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil Chileno.* Santiago: Legal Publishing Chile.
- Parra, R. (2008). La responsabilidad contractual en la jurisprudencia arbitral del centro de arbitraje y mediación de la cámara de comercio de Santiago (CAM) - Período comprendido entre las fechas 02-01-2007 y 13-04-2012. *Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.*
- Parra, R. (2015). *Algunas consideraciones sobre la indemnización de daños como remedio autónomo en el derecho civil chileno.* Santiago.
- Peñailillo, D. (2003). *Las Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pizarro, C. (2007). La responsabilidad contractual en el derecho civil chileno. En F. Mantilla, *Problemas de derecho de los contratos* (págs. 209-223). Bogotá: Editorial Legis.
- Pizarro, C. (2007). Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas. *Revista Chilena de Derecho Privado*(9), 151-153.
- Pizarro, C. (2011). Los Remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 117-138.
- Ramos, R. (2008). *De las Obligaciones.* Santiago: Legal Publishing Chile.
- Rodríguez, P. (2012). *Responsabilidad Contractual.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Troncoso, H. (1997). *De las Obligaciones.* Concepción: Edic. Universidad de Concepción.
- Vial, V. (2007). *Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno.* Santiago: Editorial Biblioteca Americana.
- Vial, V. (2016). *Teoría General del Acto Jurídico* (Quinta ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Vidal, Á. (2007). El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. *Congreso Internacional celebrado para conmemorar la promulgación del Código Civil de Chile*. Santiago: Editor Alejandro Guzmán Brito.
- Vidal, Á. (2011). La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento. En G. Figueroa, *Estudios de Derecho Civil VI* (págs. 763-780). Santiago: AbeledoPerrot - LegalPublishing.
- Vío, E. (1945). Obligaciones condicionales. Doctrina - jurisprudencia - legislación comparada. *Monografía*. Concepción.
- Zimmermann, R. (2008). *El nuevo derecho alemán de las obligaciones*. Barcelona: Editorial Bosch.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corral y Cía. de Teléfonos Chile y Comercial Publiguías* (1978): Corte Suprema, 14 de diciembre de 1978.
- Bustos con Betancourt* (2006): Corte Suprema, 23 de marzo de 2006, Rol N° 1088-2006.
- Industria Magromer Cueros y Pieles S.A. con Sociedad Agrícola Sacor Limitada* (2006): Primer Juzgado de Letras de Punta Arenas, 13 de abril de 2006. Rol N° 81085-2003.
- Industria Magromer Cueros y Pieles S.A. con Sociedad Agrícola Sacor Limitada* (2007): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 9 de enero de 2007. Rol N° 173-2006.
- Aranda y Major Drilling Chile S.A.* (2008): Corte de Apelaciones de La Serena, 3 de marzo de 2008. Rol N° 1281-2007.
- Oviedo y Sociedad Agrícola Sarcor Limitada* (2008): Corte Suprema, 22 de septiembre de 2008. Rol N° 1782-2007.
- Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A.* (2009): Quinto Juzgado Civil de Santiago, 30 de noviembre de 2009. Rol N° 20400-2008.
- Cataldo con Empresa Portuaria San Antonio* (2010): Corte Suprema, 5 de enero de 2010. Rol N° 2457-2008.

Segovia Barrientos y Saez Arroyo (2010): Primer Juzgado Civil de Valparaíso, 30 de junio de 2010. Rol N° 1598-2005.

Segovia Barrientos y Saez Arroyo (2011): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1 de junio de 2011. Rol N° 364-2011.

Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2012. Rol N° 533-2010.

Segovia Barrientos, Ester y otra con Arroyo López Josefa (2012): Corte Suprema, 25 de junio de 2012. Rol N° 6831-2011.

Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012): Corte Suprema, 31 de octubre de 2012. Rol N° 3325-12.

Laboratorio de Control Técnico Llay Llay con Celestron Ltda. (2014): Corte Suprema, 26 de noviembre 2014. Rol N° 14.008-2013.

Cuenca de Ingenieros Consultores Ltda. con Ilustre Municipalidad de Cabildo (2016), Corte Suprema, 03 de octubre de 2016. Rol N° 37715-2015.

EVT Consulting S.p.A. con SQM Nitratos Chile S.A. (2016): Vigésimo Tercer Juzgado Civil de Santiago, 15 de diciembre de 2016. Rol N° 19614-2014.

Espacio y Jardín Limitada con Ilustre Municipalidad de Iquique (2017): Corte Suprema, 23 de marzo de 2017. Rol N° 401-2017.

Videla y otros con Clínica Presbiteriana Madre e Hijo (2017): Corte Suprema, 14 de septiembre de 2017. Rol N° 400-2017.

EVT Consulting S.p.A. con SQM Nitratos Chile S.A. (2020): Corte Suprema, 30 de enero de 2020. Rol N° 8596-2018.