FILOMENA CÓRDOVA SANHUEZA

De la mora del deudor

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

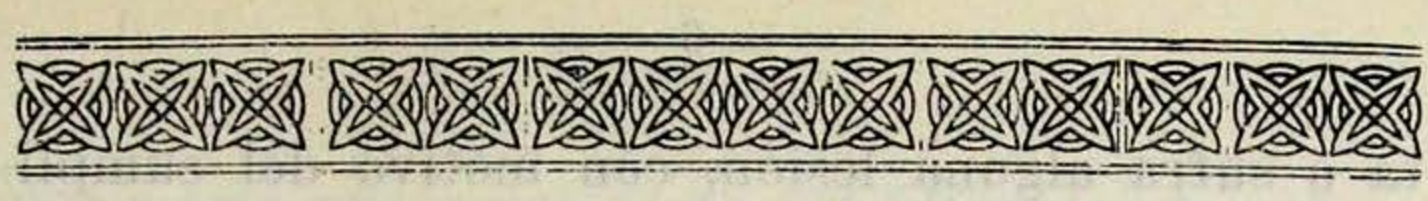
ESTABLECIMIENTOS GRÁFICOS «BALCELLS & Co.»
SANTIAGO DE CHILE.
1930

FILOMENA CÓRDOVA SANHUEZA

De la mora del deudor

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

ESTABLECIMIENTOS GRAFICOS «BALCELLS & Co.»
SANTIAGO DE CHILE.
1930



DE LA MORA DEL DEUDOR

INTRODUCCION

Toda obligación que se contrae, coloca al deudor en la necesidad jurídica de efectuar la prestación que constituye su objeto, en la época y de la manera convenida. Tal principio ha sido universalmente aceptado por las diversas legislaciones, ya que no podría dejarse entregada a la sola voluntad del deudor la posibilidad de eludir su cumplimiento, o, lo que es lo mismo, hacer ilusorio el compromiso válidamente contraído por el obligado. La obligación, en ciertos casos, puede quedar incumplida por causas dependientes de un hecho del deudor, o por causas independientes de este hecho. Dicho incumplimiento, a su vez, puede ser total o parcial, o revestir cierto modo como es el retardo.

La ley, que procura siempre amparar la buena fe, dando a cada uno lo que es suyo, no ha podido permitir que el patrimonio del acreedor se resien-

ta o sufra alguna lesión, con motivo del cumplimiento irregular o tardío de la obligación o de su incumplimiento total, siempre que, como se comprende, sea éste imputable al deudor. En tales casos la ley franquea al acreedor ciertos derechos, y prescribe sanciones especiales destinadas a cautelar los intereses de éste.

Al respecto, creemos del caso advertir que en los tiempos contemporáneos estas sanciones son puramente civiles, no habiendo pasado lo mismo en otros períodos de la historia, en el derecho primitivo de los pueblos, en que el deudor respondía a la obligación con su propia persona.

Los principales derechos que constituyen hoy día un orgullo para el hombre civilizado, eran desconocidos en aquella época que, como una afrenta oprobiosa para la humanidad, permitió el uso de procedimientos tan bárbaros contra la persona del deudor que caía en la insolvencia.

Bástenos recordar la «manus iniectio» de las XII Tablas que establecía la venta, el suplicio máximo, el descuartizamiento del deudor. Asimismo debemos referirnos al «nexun», contrato verbal y simbólico establecido en los tiempos históricos de Roma, por el cual se reducía a la esclavitud perpetua al obligado, sin previo enjuiciamiento; institución que, debido a su rigor, cayó en desuso después de la Ley Petelia Papiria, dictada como consecuencia de las discordias suscitadas entre patricios y plebeyos.

Si bien es cierto que los horrores de las antiguas prácticas han desaparecido y sus efectos vergonzosos se pierden en las tinieblas del pasado, no es

menos cierto que hasta fines del último siglo subsistieron en las legislaciones europeas y americanas normas demasiado severas acerca de la responsabilidad civil. Entre nosotros, el apremio personal quedó establecido por ley del 8 de Febrero de 1837, cuyo Art. 22 decía textualmente: «La prisión tendrá lugar contra todo deudor, cualquiera que sea su clase o fuero.»

Este medio de ejecución forzada, o sea la prisión por deudas, duró hasta el 23 de Junio de 1868, fecha en que se dictó una nueva ley, derogativa de la anterior, la cual, no obstante, dejó subsistente la prisión para ciertos casos determinados.

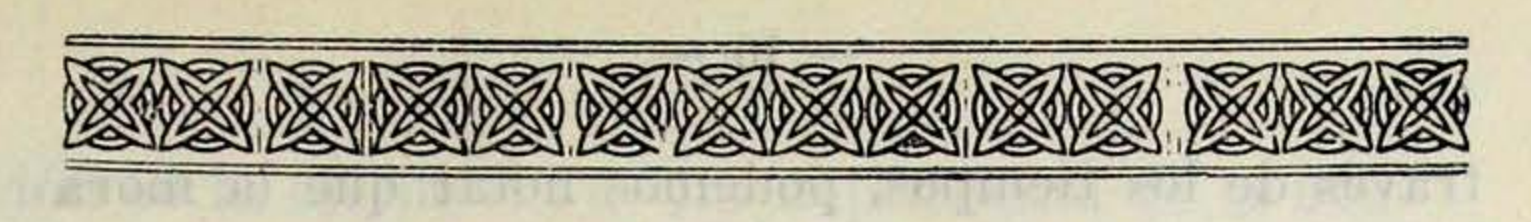
Las modernas teorías, que han logrado imprimir en el Derecho nuevas orientaciones, han desterrado para siempre de su dominio las instituciones afrentosas de los siglos pasados, prescribiendo sólo sanciones civiles y de carácter patrimonial para el incumplimiento de las obligaciones, eliminando sistemáticamente los medios de coacción; de tal modo que el efecto principal de éstas se limita, en la actualidad, a colocar al deudor en la necesidad jurídica de cumplir en forma fiel y exacta el compromiso a que válidamente se obligó, y, en caso de incumplimiento, someterse a las disposiciones que la ley determina y contempla para cada caso en particular.

Estas pueden consistir ya en una agravación de la responsabilidad del deudor, ya en la obligación de indemnizar al acreedor los perjuicios que le haya ocasionado la ejecución tardía o el incumplimiento definitivo de la prestación. Una y otra situación presentan caracteres especiales, que la ley

toma en cuenta para regular en cada caso los efectos.

Dejando a un lado la segunda situación, en que la obligación es violada por total incumplimiento, nos concretaremos a la primera, o sea aquella en que el deudor, si bien ejecuta la prestación a que se hallaba obligado, lo hace después de cierto retardo perjudicial al acreedor.

El conjunto de preceptos que la ley positiva estatuye para regular la responsabilidad del deudor en este caso, y los principios que la doctrina admite relativamente a esta materia, constituyen lo que se denomina «teoría de la mora», tema que nos hemos propuesto desarrollar.



CAPITULO I

CONCEPTO DE LA MORA

Se entiende por mora el estado legal en que se encuentra un deudor que ha retardado culpablemente el cumplimiento de su obligación, siempre que la ley tome en cuenta ese retardo para agravar su responsabilidad, haciéndole pagar los perjuicios consiguientes (Barros Errázuriz).

En el lenguaje vulgar, al hablar de la mora, no se traduce su expresión en un sentido amplio, sino que, dada la idea del retraso que es una de sus características, se le interpreta deficientemente, considerándola sólo desde el punto de vista del sujeto pasivo de la obligación, siendo que el sujeto activo puede también ser constituído en mora.

El Derecho Romano distinguió también ambas situaciones, denominándolas «mora solvendi» y «mora accipiendi», ya que ésta afectará al deudor para cumplir o al acreedor para recibir.

Si seguimos el desarrollo de esta institución a

través de los tiempos, podemos notar que la mora ha sido apreciada por todas las legislaciones como el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación, aunque los jurisconsultos romanos emplearon el término en dos significados diversos: en un significado no jurídico, derivado del idioma griego, de simple retraso, y en un sentido genuinamente jurídico, es decir, en el significado de retraso culpable, y de ahí la distinción entre «mora culpata» y «mora inculpata», no sufrendo el deudor los efectos legales de la mora cuando se hallaba en retraso por causa excusable.

El Art. 1551 de nuestro Código Civil nos determina los casos en que el deudor está en mora, requiriéndose como requisito esencial el concurso del retardo, acompañado de la interpelación del acreedor en que manifieste de un modo inequívoco que la tardanza le perjudica.

Definida ya la mora al empezar el presente título, señalaremos sus elementos constitutivos: 1.º retardo en el cumplimiento de la obligación; 2.º, que este retardo sea imputable al deudor; y 3.º, que haya una interpelación por parte del acreedor. Agregaremos que para producir pleno efecto, supone la concurrencia de un nuevo requisito: que el acreedor haya sufrido algún perjuicio susceptible de ser indemnizado.

1.º Retardo en el cumplimiento de la obligación

Insistiremos en repetir que la mora implica siempre la idea de retraso en el cumplimiento de la obligación. Es inseparable de ella la idea de dila-

ción en la ejecución, de incumplimiento de la obligación bajo el punto de vista del tiempo.

En efecto, no estará el deudor sujeto a responsabilidad alguna si no puede legalmente decirse que ha retardado el cumplimiento de su obligación. No se concibe, pues, que pueda incurrir en mora un individuo que se ha impuesto una obligación condicional o afecta a un plazo, cuando aún no haya ocurrido el suceso incierto de que depende, o no haya llegado el término dentro del cual deba cumplirse. Dicho de otra manera, no es aceptable que la mora pueda tener lugar en tanto que la obligación no es exigible o se ignora si llegará a existir.

Decidir sobre la existencia del retardo, será siempre una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al juez. Hay casos en que no será suficiente averiguar si ha vencido el plazo estipulado para el cumplimiento de la obligación, o si se ha realizado la condición que las partes tuvieron en vista al convenirla. Aún siendo exigible, no podrá estimarse que el deudor está en retardo, si el acreedor, por su parte, no ha hecho aquello a que se obligó, ni ha proporcionado a aquél los medios de cumplirla. Es el examen de los hechos sometidos a la consideración del juez, lo que servirá de base para resolver acerca de la existencia de este primer e indispensable requisito para la constitución de la mora.

Nadie pretenderá tampoco que el deudor ha retardado el pago y que puede considerarse incurso en mora, cuando siendo exigible, no resulte líquida su obligación. El acreedor tiene sí la facultad de

pedir la liquidación, empezando por constituírle en mora para liquidar. No estaría demás decir que el deudor no puede llamarse moroso si la falta de liquidación no depende de su culpa o ha sido motivada por fuerza mayor o por culpa del acreedor.

Del mismo modo, no servirá para constituír la mora el retardo del deudor, aún tratándose de obligaciones a plazo, si resulta incierta o desconocida la persona del acreedor. Supongamos que, fallecido éste, discuten dos personas sobre la calidad de heredero suyo. En estas circunstancias se produce el vencimiento. El deudor, entre tanto, ignora la persona a cuyo favor debe cumplir la obligación, y no sería justo hacerle responsable de un hecho ocurrido sin culpa de su parte. La lógica, pues, nos indica que en el caso propuesto, el retraso del deudor en el cumplimiento no puede surtir efecto alguno contra él, en tanto no se declare, judicialmente o de otro modo, quién es ahora el acreedor en cuyo beneficio la obligación debe ser cumplida.

Una conclusión distinta, estimamos que resultaría reñida con los principios de equidad que deben servir de guía, cuando, en el silencio de la ley, se trata de resolver una situación como la que nos ocupa.

Podría objetársenos que en tal emergencia el deudor tiene en su mano un medio de liberación adecuado, el pago por consignación, que podrá emplear con el objeto de librarse de los riesgos de la cosa sobre que recae su obligación. Pero, en abono de nuestra opinión, observaremos que no está, sin embargo, obligado a ello: es tan sólo una facultad que la ley acuerda al deudor para liberarse, a

pesar de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibir el pago (Art. 1599 del C. Civil).

El retardo de que hemos hablado, supone necesariamente que el cumplimiento de la obligación es todavía posible; no se trata más que de una infracción de la obligación en el tiempo; no en la materia que constituye su objeto.

Si la ejecución de la obligación se ha hecho imposible, cambia por completo la situación; hay en este último caso una contravención total, pues el compromiso queda incumplido de un modo definitivo. En los casos en que la obligación se hace imposible, se infringe en forma resuelta el contrato, se viola el vínculo de derecho válidamente creado. Entre el incumplimiento total y el cumplimiento tardío, hay diferencias substanciales cuyas consecuencias no son, por cierto, las mismas.

Los principios relativos a la mora no son aplicables sino a las obligaciones que tienen por objeto dar o hacer alguna cosa. Quedan, por tanto, excluídas las que consistan en una abstención, o sea las obligaciones de no hacer. Efectivamente, en éstas o el deudor se abstiene de realizar el hecho que se le prohibe y entonces no surge dificultad alguna, pues cumple su obligación, o lo ejecuta, y en este caso contraviene a ella; su obligación ha sido infringida abiertamente y esto excluye la posibilidad de la mora. Por eso, nuestro Código ha prescrito en su artículo 1555, inc. 1.º: «Toda obligación de no hacer una cosa, se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho». Se excluye en ellas el término medio: o se cumplen o se violan, y en este

caso se convierten en una indemnización pecuniaria.

2.º Que el retardo sea imputable al deudor

Para que el obligado pueda ser constituído en mora, es menester que el retardo en que incurrió le sea imputable, esto es, que haya culpa de su parte. La mora es fuente de responsabilidad civil; obliga a indemnizar al acreedor los perjuicios que le acarrea el retardo. Pero para que los perjuicios sean reparados es preciso que sean imputables, que exista culpa en la persona que los ocasiona. Y como nadie responde sino de su hecho o culpa, el deudor no estará obligado a indemnizar en aquellos casos en que pueda justificar que el retardo en el cumplimiento se debe a fuerza mayor o caso fortuito. Lo dice expresamente el inc. 2.º del Art. 1558 del C. Civil: «La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios».

Si la culpa es factor indispensable de la mora, no es menester, sin embargo, que el acreedor acuse al deudor de mala fe o de dolo para tener derecho a ser indemnizado. Las convenciones tienen fuerza de ley para las partes y las obligaciones que emanan de ellas deben cumplirse del mejor modo posible.

Es por eso que, probados por el acreedor la existencia de la obligación y el hecho del retardo, la ley presume que aquélla no se ha cumplido por culpa del deudor, y obliga a éste a comprobar de un modo fehaciente que, debido a un caso fortuito o

fuerza mayor y nó por hecho o culpa suya, no le ha sido posible dar satisfacción al acreedor.

Puede ocurrir, por el contrario, que sea manifiesta la buena fe del deudor y, sin embargo, no podrá exonerarse de los efectos de la mora en que ha incurrido, si no llega a probar que ella se debe a un caso fortuito o fuerza mayor, único caso en que, según el Art. 1558, inc. 2.º, del Código Civil, la mora no dá lugar a indemnización de perjuicios.

Se ha preguntado si sería excusable el retardo del deudor, cuando a éste, a pesar de toda su buena voluntad, le sea imposible cumplir la prestación que se impuso. Supónese, naturalmente, que la imposibilidad no es absoluta y que la obligación hubiera podido ejecutarse por otros.

El caso fortuito que nuestra ley reconoce como único motivo de excusa legítima del retardo, revela que el criterio de nuestro Código es dejar sin efecto la mora sólo cuando proviene de una causa enteramente extraña al deudor y que no le es de ningún modo imputable. Y en la cuestión propuesta aparece que el deudor ha ido más allá de sus facultades, imponiéndose una prestación que no era capaz de ejecutar. Todo lo cual, lejos de ser extraño, le es enteramente imputable. Su deber en tal caso consistía en no haberse obligado.

No se podría contar con nada en materia de obligaciones contractuales, si se admitiera que los deudores que se han obligado temerariamente pudieran liberarse alegando que les resulta imposible cumplir su obligación.

Respecto del fundamento que se invoca para resolver la duda (la máxima «nadie está obligado a

lo imposible»), diremos que no es más que aparente. El aforismo no es verdadero, en realidad, sino cuando se refiere a la imposibilidad absoluta que produce la fuerza mayor o el caso fortuito. Si la obligación en sí misma es posible y el obstáculo del deudor es exclusivamente personal, relativo, subsistirá el vínculo que lo liga al acreedor. De lo expuesto fluye todavía una nueva consecuencia. Debiendo ser absoluta la imposibilidad que resulta del caso fortuito o fuerza mayor, se desprende que no será excusa suficiente para justificar el retardo, si sólo hubiera influído en el sentido de hacer más oneroso el cumplimiento de la obligación. Un industrial se compromete a entregar cierta cantidad de productos que elabora. Si por circunstancias completamente accidentales se hace muy escasa la materia prima que emplea y, en consecuencia, aumenta de valor ¿le será legítimo excusarse de cumplir su obligación? Naturalmente que nó, porque el cumplimiento no se ha hecho imposible, sino más costoso.

Hasta aquí hemos hablado de fuerza mayor o caso fortuito, y es preciso que digamos algo sobre el alcance de estas expresiones. Muy diversas opiniones nos dan sobre ello los tratadistas de Derecho; pero el concepto general y corriente es el de que importa un accidente del todo extraño a la voluntad del deudor.

Nuestro Código lo define en el Art. 45, diciendo que «fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto y que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»

La ley hace sinónimas las expresiones «caso fortuito» y «fuerza mayor». Sin embargo, los autores reconocen que no son absolutamente idénticas: la característica del caso fortuito es el ser un acontecimiento inevitable, independiente, no sólo de la voluntad del deudor sino de toda voluntad humana; mientras que la fuerza mayor consiste en un hecho de una persona distinta de la obligada, que supone para ésta la imposibilidad de cumplir la obligación.

Las legislaciones romana y española reconocen en el caso fortuito dos caracteres (acontecimiento que no se puede prever, o que previsto no se puede evitar), bastando para constituírlo uno solo. La nuestra exige que concurran ambos simultáneamente. Se desprende esta observación de la forma en que está redactado el Art. 45 del C. Civil, que ya hemos citado. No es suficiente entre nosotros, como medio de liberación, un acontecimiento que no se ha podido prever, si una vez producido ha sido posible evitar sus consecuencias, o ,empleando las palabras de la ley, si ha sido posible resistir. A la inversa, un acontecimiento irresistible, que ha podido preverse, no tiene tampoco el carácter de caso fortuito.

Parece que bastara que el hecho no pudiera ser previsto para producir efecto libertario. En realidad, la definición de nuestro Código viene a quitar a muchos casos el carácter de fortuitos, lo que debe inclinarnos a entender «la imposibilidad de resistir» en un sentido muy restringido; porque, de otro modo, se exigiría del deudor una diligencia y un celo exagerados, sin fundamento jurídico

suficiente para pensar que haya consentido en prestarlos, en defecto de convención expresa. Porque hay muchos acontecimientos que, aunque imprevistos, producen consecuencias susceptibles de evitarse, empleando cuidados muy minuciosos y acudiendo a todos los medios imaginables, lo que, económicamente, es un absurdo, y, jurídicamente, una diligencia sin razón apreciable para emplearla. Quedará, entonces, entregado a la prudencia del juez que conoce de la causa, discernir acerca de si el hecho que el deudor alega puede considerarse como un verdadero caso de fuerza mayor, evitándose, así, el extremo a que conduciría la aplicación rigurosa de la ley.

Réstanos decir que el principio invocado de que el caso fortuito liberta al deudor de toda responsabilidad en el cumplimiento de la obligación, no es absoluto, pues debemos recordar la disposición contenida en el Art. 1547, inc. 2.º, que nos ofrece una excepción: «el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituído en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiera sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa». Otra excepción la encontramos en el inc. final del mismo Art. 1547 ..... «cuando ha habido estipulación expresa de las partes en sentido contrario». Finalmente, son también excepciones las contempladas en los artículos 1550, 1673 y 1676.

3.º Interpelación del acreedor

Este es el último requisito necesario para que el acreedor ponga al deudor que retarda el cumplimiento de su obligación, en la situación jurídica llamada «mora». Se entiende por interpelación el acto por el cual el acreedor intima o manda intimar al deudor para que cumpla con su obligación.

Este principio nació a la vida del derecho en la legislación romana y ha sido incorporado, en su esencia, en todos los códigos modernos, sufriendo algunas modificaciones que sólo se refieren a sus solemnidades externas. La interpelación tiene por objeto hacer llegar a conocimiento del deudor el aviso del acreedor en que le manifiesta su voluntad de exigir el cumplimiento de la obligación. La interpelación puede ser contractual y extracontractual, según que ella se hága al contraerse la obligación o posteriormente.

Algunas legislaciones prescriben que la intimación debe hacerse judicialmente cuando se trata de obligaciones desprovistas de plazo; otras se pronuncian indistintamente por el requerimiento judicial o extrajudicial. El Código español en su Art. 1100, párrafo 1.º, nos dice: ..... «Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación». El Código argentino afirma idéntica doctrina (Art. 543). El Código italiano requiere para que el deudor quede constituído en mora, una intimación u otro acto equivalente, no admitiendo el

requerimiento verbal o por carta. La diligencia debe correr a cargo de un ministro de fe, pues dicho acto es solemne.

El Art. 1551 de nuestro Código Civil establece la regla general de que la reconvención que el acreedor debe hacer a su deudor ha de ser judicial, ya sea ésta de palabra o por escrito. El mismo Art. 1551 en sus incs. 1.º y 2.º nos consigna las excepciones a esta regla general. Estimamos que el requerimiento judicial debe prevalecer sobre el extrajudicial y que la disposición de nuestro Código es razonable y práctica, pues aleja toda duda y evita dificultades, protegiendo los intereses de ambos contratantes; la voluntad del acreedor se presenta más solemne, haciendo que el deudor se convenza de que ya no cuenta con la tolerancia de aquél.

Obligaciones que no necesitan de requerimiento judicial para constituír en mora al deudor

En las obligaciones a plazo convencional no es menester el requerimiento judicial para constituír al deudor en mora, pues se considera que el acreedor intimó a su deudor en el momento mismo en que se celebró el contrato, ya que este último se obligó a efectuar la prestación en el plazo que las partes fijaron de común acuerdo.

El plazo convencional, que fija la época en que el deudor está obligado a dar satisfacción a su acreedor, puede ser de dos especies: expreso y tácito. El primero es el que se establece formal y precisamente en el contrato, y tácito, el que se estima indispensable para cumplir la obligación, tomando en consideración su naturaleza.

Obligación que contiene un plazo expreso

Nos remitimos al Art. 1551 que establece que, sin necesidad de reconvención, el deudor incurre en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituírle en esa situación. Es el solo vencimiento del término lo que viene a producir la mora. Tan pronto como la obligación se hace exigible, el deudor debe cumplirla, y si no realiza la prestación, incurre en mora, sin que sea necesario ningún acto del acreedor. Es el contenido de la máxima: «dies interpellat pro homine» que existía en el derecho romano. Se presumía que al fijar las partes en la convención la época en que debía dársele cumplimiento, el acreedor manifestaba su deseo de que fuera ejecutada precisamente en esa época, quedando, pues, advertido anticipadamente el deudor del perjuicio que le acarrearía el retardo.

El Derecho francés no aceptó desde sus primeros tiempos la máxima indicada anteriormente. Su principio fundamental es que el deudor no incurre en mora de pleno derecho, por la sola llegada del término fijado para el cumplimiento. Al contrario, exige que en todo caso se interpele al deudor para constituírlo en mora, a menos que se haya estipulado expresamente que, llegado el vencimiento del plazo, se producirá la mora ipso jure, sin necesidad de acto alguno por parte del acreedor, o que la obligación no haya podido cumplirse útilmente sino dentro de cierto tiempo que el deudor

ha dejado pasar. He aquí lo que dispone como principio general el Art. 1139 del Código Civil Francés. Lo corriente en él es, pues, la necesidad de la interpelación, ya se trate de una obligación exigible desde su origen o que ha llegado a serlo después de cierto tiempo fijado como plazo. El fundamento que sus comentadores señalan a esta regla es una presunción muy favorable al deudor. Se piensa que el acreedor que no requiere al deudor, una vez que su obligación ha llegado a ser exigible, le concede tácitamente una dilación o prórroga para su ejecución, o al menos que tolera su retardo y que no experimenta perjuicio alguno por la falta de cumplimiento.

El mismo N.º 1 del Art. 1551 contiene una salvedad, en cuya virtud no basta el solo vencimiento del plazo para que se opere la mora, cuando la ley contiene la exigencia expresa de que se requiera al deudor. Un ejemplo de tal exigencia se encuentra en el Art. 1949 del C. Civil, relativo al arrendamiento de cosas. Es obligación del arrendatario restituír la cosa al terminar el arrendamiento. Ahora bien, cuando no se ha fijado una fecha para el fin del contrato, no puede terminar éste sin previo desahucio, o sea la noticia de esta voluntad, dada a la otra parte contratante con una anticipación igual a un período de los que regulan los pagos. Por consiguiente, el desahucio viene a ser el plazo que se pone para el cumplimiento de la obligación de restituír que corresponde al arrendatario. De acuerdo con el N.º 1 del Art. 1551, la mora debería producirse por el sólo vencimiento del período del desahucio; pero el Art. 1949, especial pa-

ra esta materia, dispone que ni aún en ese caso se considerará al deudor incurso en mora de restituír la cosa arrendada, sino en virtud del requerimiento del arrendador. (Otras excepciones: Art. 1538 C. C. y 737 C. Comercio).

La disposición contenida en el N.º 1 del Art. 1551 no se aplica a las obligaciones testamentarias, aunque tengan señalado un plazo para su cumplimiento. El citado N.º 1 del Art. 1551 dice «dentro del término estipulado», de manera que no es cualquier término el que basta a su vencimiento para constituír en mora al deudor, sino que es el término estipulado, y la palabra estipular es sinónima de convenir, de pactar, de contratar. Luego el Art. 1551 en su N.º 1 se refiere al plazo convenido, al plazo contratado por las partes, al que resulta del acuerdo entre el deudor y el acreedor y nó al que proviene de una voluntad unilateral. Corrobora esta interpretación la historia fidedigna del establecimiento de la ley. En el proyecto del C. Civil esta disposición figuraba en la forma siguiente: 1.º «Cuando la obligación no ha sido cumplida dentro del término estipulado», y venía a continuación esta frase: «si por el contrato se expresa que por la mera expiración del término quedará el deudor constituído en mora». ¿Qué está indicando esta frase, que la comisión revisora suprimió por considerarla inútil y redundante? Precisamente la doctrina que se viene sustentando. Esta materia fué debatida en los Tribunales de Justicia, y la Corte Suprema la resolvió en una sentencia redactada por don Leopoldo Urrutia, que es una de las más brillantes que ha dictado dicho tribunal. Fi-

gura en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo II, página 5.

Aún cuando en la convención se contenga un término para el cumplimiento de la prestación, no deberá considerarse al deudor en mora sino cuando la obligación haya debido cumplirse en el mismo domicilio del acreedor. Para que esto ocurra, se requiere estipulación expresa de las partes; pues, la regla de nuestro Código es que el pago debe hacerse en el lugar designado por la convención, o, en su defecto, en el domicilio del deudor, a menos que se trate de la entrega de un cuerpo cierto, pues entonces el pago deberá hacerse en el lugar en que la especie existía al tiempo de celebrarse el contrato.

De modo que la máxima «dies interpellat pro homine», que rige la constitución en mora del deudor de una obligación a plazo, no es eficaz cuando se trata de una obligación que ha debido cumplirse en el propio domicilio del deudor o en otro lugar cualquiera, distinto del domicilio del acreedor y que la convención determina.

Se comprende la diferencia que hay entre uno y otro caso. Mientras que en el primero es el deudor quien tiene que acercarse al domicilio de su acreedor para pagar, en el segundo es el acreedor quien debe presentarse en el domicilio del deudor o en el lugar designado por las partes, con el fin de recibir el pago de lo que se le debe. De aquí se desprende la siguiente consecuencia: que debiendo solamente el acreedor, en el primer caso, esperar el pago que el deudor debe hacerle en su domicilio, este último incurre en mora por el solo hecho de

dejar trascurrir el plazo sin dar cumplimiento; mientras que en el segundo, es el deudor quien debe aguardar que el acreedor se presente a exigirle el pago, y si no lo hace, no puede decirse que el deudor esté constituído en mora de pleno derecho, por el solo vencimiento del término. No sería justo que el deudor estuviera expuesto a sufrir los efectos de la mora, cuando no le es imputable el retardo, sin el cual no puede aquélla existir. Es el acreedor quien debe imputarse a sí mismo su falta de diligencia. No tiene el deudor por qué soportar las consecuencias de la culpa ajena. De manera, entonces, que cuando el acreedor pretenda que el deudor de una obligación a plazo, que debía cumplirse en el domicilio de éste o en otro lugar distinto del domicilio del acreedor, deba ser condenado a indemnizarle los perjuicios de la mora, tendrá que probar que él, personalmente o por medio de mandatario general o especial, se ha presentado en el lugar en que debía verificarse el pago una vez que la obligación se hizo exigible. Sin esta circunstancia, el deudor no ha podido incurrir en mora y no será procedente la demanda de indemnización. Tomando en consideración estos casos, parece más aceptable la presunción general de la ley civil francesa, de que el acreedor no sufre perjuicio por el retardo, cuando, vencido el término, no interpela al deudor para exigirle el cumplimiento de su compromiso. Pues si la determinación de la época del pago, por medio del plazo, puede estimarse como una interpelación hecha de antemano, por otra parte, el acreedor que no ejercita el medio de que dispone para conseguir el cum-

plimiento y que es el único modo como éste puede ser obtenido del deudor, da base para pensar que tolera el retardo, o bien que la dilación no le perjudica.

Obligación que contiene un plazo tácito

Consideraremos en esta parte la situación que se plantea en el número 2 del Art. 1551. Se trata de la constitución en mora en las obligaciones afectas a un plazo tácito y constituye la segunda excepción a la regla del requerimiento judicial, como medio de interpelación adecuado a tal fin.

Ha establecido el Código que, sin necesidad de reconvención, el deudor incurre en mora cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo que el deudor ha dejado trascurrir sin darle cumplimiento.

Podemos tomar como ejemplo aquellas obligaciones que tienen por objeto la entrega de elementos que hayan de emplearse en faenas agrícolas, o que consisten en suministrar materiales que tengan que ser sometidos a elaboraciones industriales, para cuya realización haya que aprovechar épocas determinadas. Todas ellas quedarían comprendidas en el N.º 2 del Art. 1551.

No hay que olvidar, sin embargo, que es opinión generalmente aceptada la de que es necesario que el deudor conozca la circunstancia de no poderse cumplir la obligación dentro de cierto tiempo, para que pueda ser responsable si, trascurrido éste, no la cumple. Dicho conocimiento puede resultar de la naturaleza del contrato, o por mención ex-

presa de las partes, o, en fin, por otras circunstancias que quedarán sometidas a la apreciación del juez. Si, por el contrario, el deudor hubiera inculpablemente ignorado que la ejecución no podría tener lugar con provecho para el acreedor, sino dentro de cierto tiempo, no incurriría en mora por el solo hecho de dejarlo trascurrir sin cumplirla.

Como estas obligaciones están afectas a un verdadero plazo, aunque tácito, pues está determinado por la naturaleza de las cosas o del hecho que debe prestarse, es aplicable a ellas la misma observación que hemos formulado respecto de aquellas en que se contiene un término expreso. Hacemos, pues, referencia a lo que queda dicho en cuanto a la constitución de la mora; cuando la obligación a plazo ha debido cumplirse en lugar distinto del domicilio del acreedor. Aunque la obligación no pueda ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que trascurre sin ejecutarse, el deudor no incurrirá en mora si para su cumplimiento ha sido necesario la presencia o intimación del acreedor en persona o por intermedio de procurador.

Obligaciones que necesitan de requerimiento judicial para constituír en mora al deudor

Nos referimos al N.º 3 del Art. 1551 que constituye la regla general. Están comprendidas en él las obligaciones puras y simples, las obligaciones que tienen un plazo legal, las obligaciones testamentarias, las obligaciones derivadas de un contrato bilateral cuando ninguna de las partes las ha cumplido oportunamente, porque con arreglo al

Art. 1552 «En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos». Si el comprador tiene un plazo para pagar, y el vendedor otro para entregar, y ambos dejan pasar sus plazos, ninguno de los dos está en mora. Quedan incluídos también en este número los casos de excepción a que se refiere el N.º 1 del Art. 1551, y, en general, toda obligación que no pueda ser incluída dentro de los Nos. 1 y 2 del citado artículo.

En todas estas obligaciones, para que el deudor pueda constituírse en mora, es menester que el acreedor lo reconvenga judicialmente.

El N.º 3 del Art. 1551 del C. Civil dice, como ya hemos visto, que el deudor queda constituído en mora «En los demás casos cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor». Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio y según el uso general y corriente de las mismas palabras. Reconvenir significa hacer cargos a una persona, y como la reconvención, en el caso del N.º 3, debe ser judicial, es necesario que el acreedor formule los cargos judicialmente, es decir, exija al deudor el cumplimiento de la obligación por medio de una demanda interpuesta en forma.

Nos resta aún examinar algunas cuestiones que pueden presentarse en lo referente al requerimiento judicial.

I

En primer lugar, surge una duda respecto de la eficacia del requerimiento, cuando por él se exige que el deudor pague más de lo debido. En tal situación ¿se considerará al deudor incurso en mora si no realiza el pago por no conformarse con las exigencias del acreedor? Se ha dicho que nó, y en apoyo de tal opinión se arguye que la interpelación del acreedor es ineficaz, cuando por sus desmedidas pretensiones ha puesto al deudor en la incertidumbre de conocer qué es lo que realmente debe pagar, lo cual nos parece muy justo y aceptable. Por nuestra parte agregaremos que en presencia del requerimiento de un pago mayor que lo debido, el deudor, que reconoce su obligación, pero limitada a sus justas proporciones, se verá en la alternativa de conformarse con las exigencias del acreedor y pagar más de lo que realmente debe, lo que es una injusticia, o no someterse a ellas; si se decide por lo último, tendrá que postergar el cumplimiento de su prestación.

El dilema es, pues, o una injusticia o la mora. Pensar que la ley haya querido autorizar semejante iniquidad, es una aberración. Una vez más reconocemos que es cierto que el deudor tiene en tal supuesto el medio de liberarse, a pesar de la negativa del acreedor, valiéndose del pago por consignación, hecho en la forma establecida por el Código. Pero, nuevamente repetiremos que la consignación de la cosa debida no es más que una facultad del deudor, nó una obligación. De manera que

si el deudor no está dispuesto a emplearla, ningún cargo puede hacérsele, mucho menos llegar hasta considerar que incurre en mora y agravar, por consiguiente, su situación jurídica, si no se ha resignado a ser la víctima de una injusticia.

En resumen, nuestra opinión es que la mora no puede resultar de un requerimiento mediante el cual el acreedor exige del deudor más de lo que realmente debe.

II

Conviene examinar ahora de quién debe proceder la reconvención y a quién debe ser dirigida para que produzca sus efectos.

No cabe duda de que la interpelación debe proceder del acreedor, de su mandatario o de la persona diputada para el cobro.

A la inversa, lo que ocurre ordinariamente es que la notificación se dirige al deudor mismo de la obligación; pero, como puede suceder que sea requerido su mandatario, cabe preguntar si se considerará al deudor constituído en mora desde ese mismo instante, o será preciso que tome conocimiento de la intimación para que corran contra él los efectos de la mora.

Es necesario distinguir si en el mandato se contenía o nó la facultad de pagar por el deudor. Si lo primero, es indudable que no pagando el procurador, el deudor incurre en mora; pero si el representante no estaba autorizado expresamente para pagar por el deudor, no podrá considerarse a éste en mora, sino una vez que ha tomado cono-

cimiento de las intenciones del acreedor de exigir la ejecución de la obligación. No parece claro, sin embargo, que pueda la reconvención proceder del gestor de negocios del acreedor, ni que pueda ser dirigida contra el gestor de negocios del deudor.

En efecto, el gestor del acreedor no tiene facultad para exigir el pago, puesto que el deudor puede rehusarlo a cualquiera que no sea el propio acreedor, su representante o la persona diputada por él para el cobro; quedando, en consecuencia, excluído el que administra los negocios del acreedor sin su conocimiento o contra su expresa prohibición. Igualmente, el gestor de negocios del deudor, puede negarse a hacer el pago que por parte del acreedor se le exija, puesto que, en realidad, no es obligado a pagar sino el deudor o la persona encargada por él para este objeto. Es verdad que cualquiera persona puede pagar por el deudor, a su nombre, aún sin su conocimiento o contra su voluntad; pero nadie que no sea él o su representante autorizado tiene la obligación de hacerlo, lo que es muy distinto.

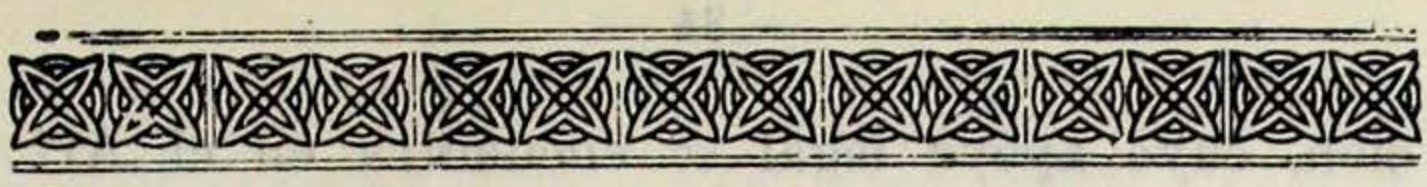
III

Aunque no tenga existencia legal en nuestro país, queremos recordar en este punto el principio consagrado por el Código Civil Italiano en el Art. 1223. Según él, no basta que la obligación sea a plazo para que, aplicando la máxima «dies interpellat pro homine», se produzca la mora de pleno derecho, cuando ocurre que el deudor falle-

ce antes de cumplirse el término estipulado. Exige, en tal situación, para hacer incurrir en mora al heredero, que se le dé noticia de ella por medio de una intimación u otro acto equivalente.

Parece ocioso poner de relieve el fundamento de justicia que tiene el precepto anotado, puesto que aparece de un modo manifiesto. A nadie se oculta, en efecto, que lo que ocurre ordinariamente es que el heredero del deudor ignora la existencia de las obligaciones contraídas por su causante, o, por lo menos, que desconoce las modalidades a que estaban afectas, y sin que su ignorancia pueda ser atribuída a culpa de su parte. Justo es, entonces, que el acreedor le notifique su crédito, aún cuando esté vencido el plazo para su cancelación. Sólo de este modo podrá el heredero del deudor ser constituído en mora, si no cumple el compromiso contraído por la persona en cuyo patrimonio ha venido a suceder.

Nada de esto encontramos en nuestra legislación. Dentro de la rigidez de sus principios, no es admisible esta distinción. Y estableciendo el acreedor la existencia de la obligación en su favor, y la circunstancia de haber trascurrido el término estipulado, sin que se le haya dado cumplimiento, el juez deberá declarar la mora del deudor y el efecto de ella será el mismo, ya que el pago haya sido exigible en vida del deudor o después de su muerte, a su heredero. Es, sin duda alguna, un progreso de la legislación italiana; pero que aún no tiene cabida en la nuestra.



CAPITULO II

EFECTOS DE LA MORA

Son las consecuencias jurídicas que produce.

I

El más importante de los efectos, consiste en la obligación del deudor de indemnizar al acreedor de todos los perjuicios que le ha ocasionado el cumplimiento tardío e irregular. Es un principio uniforme y constante en la legislación universal. Su razón de ser se deduce del concepto mismo de la mora. Para que ésta exista, queda dicho, es necesario que el deudor retarde culpablemente el cumplimiento de su obligación; por consiguiente, debe responder de su culpa, ya que dicho retardo significa para el acreedor la privación de un bien a que tenía derecho y del cual habría podido disfrutar si el deudor hubiera cumplido oportunamente. Es evidente la necesidad de una repara-

ción, cuyo apoyo legal se encuentra en el Art. 1557 del Código Civil, que dispone: «Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.»

II

En virtud de la mora, el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, es de cargo del deudor (Art. 1550 del Código Civil). El principio general en materia de responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa debida, es que las cosas perecen para su dueño; pero el Art. 1550 consagra, en lo relativo a los contratos, el principio especial de que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, es de cargo del acreedor, principio que repite el Código al tratar de la compra-venta en el Art. 1820. En caso de mora, la ley establece que el riesgo de la cosa debida es de cargo del deudor, y lo hace porque la mora agrava la responsabilidad del deudor que indebidamente retarda la entrega de la cosa.

III

La mora hace responsable al deudor del caso fortuito o fuerza mayor, cuando el caso fortuito es de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida si hubiera sido entregada al acreedor. Esta es una excepción a la regla general que establece el inc. 1.° del Art. 1547, según la cual el deudor no es responsable del caso fortuito o fuerza mayor.

Indemnización de perjuicios

Es la indemnización pecuniaria que el deudor debe dar al acreedor, como equivalente del daño que le ha causado el retardo en el cumplimiento o la inejecución absoluta de su obligación. La primera, esto es, el resarcimiento de los daños causados por la mora, recibe el nombre de «indemnización moratoria»; la segunda, o sea la debida en razón del total incumplimiento, se denomina «indemnización compensatoria». Esta última no dice relación con nuestro estudio, pues la idea de mora supone que el cumplimiento de la obligación es todavía posible. En caso contrario, la mora no puede existir.

La determinación o avaluación de los perjuicios puede ser convencional, legal o judicial. La primera es la que hacen las partes en el contrato, fijando ellas mismas el monto de su cuantía. El objeto de la liquidación convencional, es evitar los inconvenientes a que da origen la avaluación de los perjuicios por el juez. Se conoce en el derecho con el nombre de cláusula penal.

La regla general, en materia de indemnización de perjuicios, es que, ante todo, se vea si en el contrato se ha estipulado o nó al respecto, porque el Art. 1545 dice que: «Todo contrato celebrado legalmente es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.» A falta de estipulación de las partes, se aplican las disposiciones de la ley que rigen la indemnización de perjuicios,

y sólo en defecto de disposiciones legales, el juez procede a su avaluación o determinación.

Cabe advertir que tanto en la liquidación legal como en la liquidación convencional, el papel del juez es meramente pasivo, porque se limita a aplicar lo preceptuado por la ley o por la convención de las partes. El papel del juez es activo cuando no se ha fijado el monto de la cuantía ni por las partes ni por la ley.

La cláusula penal se rige por el Título XI del Libro IV del Código Civil; la liquidación legal, por el Art. 1559, y la liquidación judicial, por los Arts. 1556 y 1558 del citado código.

Liquidación judicial

En la práctica, la liquidación que hace el juez es la que tiene mayor aplicación.

Determinar el monto de los perjuicios sufridos por un individuo en su patrimonio, es una tarea por demás compleja. Es humano que el acreedor tenga la tendencia a exagerar los perjuicios por él experimentados, y el deudor, por el contrario, se vea inclinado a reducirlos, aún por debajo de su límite efectivo. Entre ambos intereses antagónicos, se encuentra el poder moderador del juez, quien deberá avaluarlos en sus justas proporciones, tomando en cuenta para ello todas las circunstancias del hecho.

Establece la extensión de la indemnización, el Art. 1556 del Código Civil, el cual dispone que: «La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de

no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.»

Los elementos constitutivos de toda indemnización de perjuicios, son el daño emergente y el lucro cesante. En el Código Civil hay casos en que la ley limita los perjuicios al daño emergente y no autoriza la indemnización del lucro cesante, como pasa en los Arts. 1930 y 1933, contenidos en el Título «Del Contrato de Arrendamiento».

Por daño emergente se entiende la pérdida efectiva que el acreedor experimenta en su patrimonio; y se distingue del lucro cesante en que éste se aplica a lo que el acreedor ha dejado de ganar por causa del retardo.

De estos dos elementos, sin duda alguna, el más importante es el daño emergente, y lo es porque supone una pérdida real, efectiva y manifiesta en el patrimonio del acreedor. Por eso es que siempre se indemniza, por eso en ninguna indemnización puede faltar, y, como se trata de una pérdida real, manifiesta, efectiva, es fácil probarlo y establecerlo. No sucede lo mismo con el lucro cesante, que es algo hipotético, que anda en el terreno de las suposiciones; por esta causa hay gran dificultad en la práctica para establecerlo.

Los perjuicios se dividen en directos e indirectos, en previstos e imprevistos. Perjuicios directos son aquellos que constituyen una consecuencia natural e inmediata del incumplimiento, los que no se habrían producido si éste no hubiera existido: constituyen el efecto necesario y lógico del in-

cumplimiento. Perjuicios indirectos son los perjuicios excepcionales o extraordinarios, que, si bien se han producido con ocasión del quebrantamiento de la obligación, no han tenido por causa directa e inmediata ese incumplimiento, sino hechos posteriores y extraños. Los indirectos no se abonan nunca, ni aún en el caso de dolo del deudor, salvo que las partes expresamente lo hubiesan convenido. Determinar en la práctica si un perjuicio es directo o indirecto, es, en realidad, una cuestión de hecho sobre la cual no se puede dar sino reglas generales; queda sometida al criterio del juez su apreciación. Los perjuicios directos, como dijimos hace poco, se dividen en previstos e imprevistos. Previstos son los que las partes tuvieron o pudieron tener en vista al celebrar el contrato. Por ejemplo, un individuo está obligado a entregar cierta cantidad de mercaderías a un comerciante, y no se las entrega oportunamente. Sería un perjuicio previsto, el mayor precio que el comerciante habría obtenido con la negociación de las mercaderías. Perjuicio imprevisto es aquel que las partes no han podido prever en el momento de contratar, aquel que no entra en el cálculo de los contratantes, sino que proviene de algo que no imaginaron jamás. Por ejemplo, un individuo ha prestado dinero a otro, quien no se lo devuelve en momento oportuno, y a consecuencia de ésto su dueño pierde la oportunidad de comprar acciones, acciones que después suben considerablemente, y que si el prestamista las hubiera tenido y vendido, habría ganado una suma respetable de dinero.

En la obra de Ricci se señala como fallado por

los Tribunales Italianos un caso de aplicación de estas reglas. Un comerciante de Turín había contratado la compra de una partida considerable de castañas con el objeto de venderlas en el Cairo, donde obtendría un precio fabuloso. El vendedor no entregó oportunamente las castañas y, por esto, el comprador no pudo obtener la utilidad que pensaba. Promovió demanda y exigió el mayor precio que las castañas habrían tenido en la plaza comercial en que pensaba venderlas. Los Tribunales acogieron la demanda, pero sólo condenaron al demandado a pagar el mayor precio que las castañas habrían tenido en Turín, porque no estaba dentro de la previsión del vendedor suponer que las castañas se venderían a una distancia tan considerable.

La regla general, a este respecto, es que sólo se deben los perjuicios previstos (Art. 1558, inc. 1.º). Por excepción se indemnizan los imprevistos, cuando el deudor es doloso. Según el Art. 1558, para determinar de qué perjuicios responde el deudor en caso de infracción de la obligación, es menester distinguir si hay culpa o dolo de su parte. Dice este Art.: «Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero, si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento, etc.»

De aquí resulta que si hay culpa leve o levísima el deudor sólo responde de los perjuicios directos

previstos. Cuando hay dolo, el deudor responde de todos los perjuicios directos, sean previstos o imprevistos. Lo mismo en caso de culpa lata, porque el Art. 44 dispone que la culpa lata, en materia civil, equivale al dolo.

El inc. final del Art. 1558, dispone que las estipulaciones de las partes podrán modificar las reglas anteriores, de manera que pueden alterar la responsabilidad que normalmente corresponda al deudor. Así, pueden convenir en que, aún en caso de culpa leve o levísima, responda éste de los perjuicios imprevistos; las partes no tienen más limitación en este sentido que la disposición del Art. 1645, que establece que la renuncia del dolo futuro no vale.

La procedencia y determinación de los perjuicios que se cobran, se determinará en juicio ordinario, porque se trata de un derecho que invoca el acreedor, y el juicio ordinario tiene por objeto obtener la declaración de un derecho; conforme al Art. 196 del C. de P. Civil, la cuantía de los perjuicios puede determinarse en el mismo juicio, en la ejecución de la sentencia o en juicio separado.

Liquidación legal

La liquidación legal es la que hace la ley, fijando ella misma el monto de los perjuicios que el deudor debe abonar al acreedor. Es de esta naturaleza la liquidación que ordena el Art. 1559, cuando la obligación es de pagar una cantidad de dinero y el deudor se constituye en mora. Dice este artículo: «Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero,

la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1.º Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. 2.º El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho de retardo. 3.º Los intereses atrasados no producen interés. 4.º La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.» El Art. 1559 introduce tres derogaciones al derecho común, en materia de indemnización de perjuicios: 1.º En cuanto a la naturaleza de la indemnización; 2.º en cuanto a la exoneración de prueba de los perjuicios, y 3.º en cuanto al monto de la indemnización. Lo dicho evidencia que nos encontramos ante una disposición especial o excepcional y, por tanto, debe ser interpretada restrictivamente. El Código se refiere únicamente a las obligaciones que, desde su formación u origen, consisten en el pago de una cantidad líquida de dinero; ya que, en cierto sentido, toda obligación es susceptible de convertirse en otra de dinero, desde que todo se puede vender o avaluar en cierta suma.

La primera modificación que el Art. 1559 nos presenta, es la referente a la naturaleza de la indemnización que el deudor debe abonar al acreedor. Hemos visto que la indemnización puede ser compensatoria y moratoria. La regla del Art. 1559 sólo se refiere a la indemnización moratoria, es decir, a la que tiene por objeto resarcir los perjuicios cau-

sados por la mora. Sabemos que la indemnización compensatoria es la cantidad de dinero que reemplaza al objeto de la obligación, cuando ésta no se cumple; luego, en esta clase de obligación en que el objeto es precisamente el pago de una cantidad de dinero, no cabe indemnización compensatoria, pues se conoce desde el momento de la celebración del contrato cuál es la cantidad que el deudor debe abonar al acreedor.

La segunda excepción al derecho común que contiene este precepto, consiste en la exoneración de la prueba de perjuicios. La ley presume que todo capital, que toda cantidad de dinero es productiva de interés, y que el solo hecho de que el acreedor no haya recibido oportunamente lo que el deudor le debía, le ha privado de invertir útilmente su dinero. Por eso el acreedor no necesita probar perjuicios. Basta el hecho del «retardo» dice el Código. Aquí se hace necesario una explicación. Ha quedado bien en claro que retardo y mora son dos cosas diferentes; que el primero no es más que un elemento de la mora y que es preciso no incurrir en confusiones. Puede suceder, hemos advertido, que un deudor haya retardado el cumplimiento de su obligación y no esté, sin embargo, constituído en mora. Ahora bien, resulta que en el Art. 1559, N.º 2, se dice que para que el acreedor tenga derecho a la indemnización de perjuicios, no necesita acreditarlos; basta el hecho del retardo. ¿Será, pues, que la ley, tratándose de estas obligaciones de dar una suma, reduce sus exigencias y considera suficiente el mero retardo, en el sentido propio que la palabra tiene en el Derecho? Si, por ejemplo, he comprado algo en la suma

líquida de $ 5,000, que me es actualmente exigible ¿estaré afecto a las consecuencias de la mora, es decir, correrán en mi contra los intereses, si legalmente no he incurrido en ella por no haberme reconvenido mi acreedor, y tratarse de una obligación pura y simple, cuyo cumplimiento no está afecto a condición ni plazo alguno? Es evidente que nó. Si la ley sólo habla en este Art. 1559 de «retardo», es, en nuestra opinión, con el exclusivo objeto de evitar repeticiones. Reconocemos, pues, que lo correcto hubiera sido decir que «basta el hecho de la mora». Nos fundamos en las razones que siguen:

En la primera parte del Art. en estudio, se dice de un modo general: «Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:..... «Luego, las normas que después establece, se refieren a la indemnización de los perjuicios por la mora. Y la existencia de la mora se rige por las reglas que ya se han expuesto y según las cuales es necesario el requerimiento judicial, siempre que no se trate de una obligación a término, sea éste expreso o tácito. Si en el caso propuesto no hay plazo y no se ha practicado judicialmente una reconvención al deudor, no puede éste ser considerado en mora, y, de consiguiente, no corren en su contra los intereses de la suma debida, aunque haya retardado su entrega.

Además, la claridad del Art. 1557, que determina el momento desde el cual se debe la indemnización, salva toda duda, ya que dispone que la indemnización de perjuicios es debida desde que el deudor se constituye en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Por último, la conveniencia de dar a la ley el sentido en que la entendemos, es manifiesta. El acrecentamiento de una deuda por el aumento de los intereses, es un hecho grave y constituye precisamente una ventaja para el acreedor. Ahora bien, si el mero retardo fuera suficiente para hacer correr los intereses, estaría el deudor expuesto a la mala fe de su acreedor; no sería raro, por ejemplo, que siendo el deudor solvente, el acreedor lo indujera a una falsa confianza, con el exclusivo objeto de aumentar la suma de los intereses que tendría derecho a reclamar más tarde, por el retardo en cancelarle su crédito. La ley ha prevenido este posible abuso y exige que el deudor sea préviamente constituído en mora, para que corran contra él los intereses respectivos.

La tercera derogación al derecho común, dice relación con el monto de la indemnización. Tratándose de la liquidación judicial, vimos que el monto de los perjuicios es cantidad variable, que determina el juez según los antecedentes acumulados por las partes. Tratándose de la liquidación por la ley, el monto de los perjuicios es una cantidad fija, establecida anticipadamente, de un modo soberano, y que, a falta de estipulación, produce en la práctica las mismas ventajas que lleva consigo la avaluación de ellos en una cláusula penal. En el N.° 1 del Art. 1559 se encuentran las reglas aplicables en estos casos: 1.° cuando se ha pactado un interés superior al legal, y 2.° cuando se ha estipulado un interés igual o inferior al establecido por la ley. En el primer supuesto, la ley prescribe que se continuará debiendo el interés convenido en el contrato, mien-

tras dure la mora del deudor; en el segundo, se empiezan a deber los intereses legales desde la fecha de la constitución en mora. Esto, sin perjuicio que se cobren los intereses corrientes en los casos especiales que autoriza la ley.

Ahora ¿cuál es el interés convencional, cuál el legal y cuáles aquellos casos en que la ley autoriza el cobro de los intereses corrientes?

Interés convencional es el estipulado expresamente por las partes. Respecto de él dice la ley 4694 de 22 de Noviembre de 1929, que no podrá exceder en más de una mitad al término medio, del interés corriente bancario del semestre anterior. La Superintendencia de Bancos dará a conocer ese término medio, por publicaciones en el *Diario Oficial* en las primeras quincenas de Enero y Julio de cada año (El término medio del interés corriente en el segundo semestre de 1929 fué el 9,4%).

Interés legal es, como se sabe, el que determina la ley y que se entiende estipulado siempre que las partes hayan pactado, en general, intereses, sin determinar la tasa de ellos. El Art. 2207 del C. Civil establece que «El interés legal, mientras la ley no estableciere otro, es el de seis por ciento.»

Por interés corriente se entiende el que se fija en una plaza determinada, en el curso de los negocios. Por lo mismo, no responde a un tipo fijo; su tasa es variable y se regula por las diversas circunstancias que influyen en la modificación de los valores.

Como lo expresa el Art. 1559 en el N.º 1, hay casos en que la ley autoriza el cobro de los intereses corrientes. Tales son, por ejemplo, los contempla-

dos en el Art. 424 del C. Civil, que dispone: «El tutor o curador pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quedase cerrada o haya habido mora en exhibirla», y el Art. 2156 en que el mandatario debe al mandante los intereses corrientes de dineros de éste que haya empleado en utilidad propia (737 C. de Comercio y 801 del mismo Código). Tampoco se aplican las reglas del N.° 1 del Art. 1559, en aquellos casos en que las leyes especiales hayan autorizado el cobro de intereses penales superiores al máximum que la ley permite estipular. Así la ley de la Caja de Crédito Hipotecario, autoriza para cobrar el dieciocho por ciento; la ley de Asociación de Canalistas, hasta el dos por ciento mensual. Todas estas leyes, por ser especiales, prevalecen sobre las disposiciones de carácter general del C. Civil.

La regla general es, como se ha visto, que se siguen debiendo los intereses convencionales cuando el tipo de ellos es superior al legal; o empieza a deberse éste en caso contrario. De modo que en el silencio de las partes, la ley determina los perjuicios de la mora, reduciéndolos a una medida fija. La causa del interés legal es la privación que el acreedor sufre de su capital y el riesgo que corre de perderlo, mientras el deudor es moroso. Sin embargo, lo lógico hubiera sido que la ley hubiera admitido al acreedor la prueba de los perjuicios que le ha irrogado el retardo del deudor en hacer el pago. Pero la ley ha tomado en cuenta motivos muy poderosos para avaluar de antemano los perjuicios por la mora en la obligación de una suma de dinero, estableciendo una medida común para todos los

casos. En efecto, los perjuicios que la mora puede ocasionar en dichas obligaciones, son infinitamente variados y difíciles de prever y justificar, debido a que el dinero es adecuado a todos los usos imaginables, y es punto algo menos que imposible precisar a cuál de ellos lo hubiera destinado el acreedor al habérsele efectuado el pago. Es por eso que, cuando se examinan esas circunstancias, puede apreciarse con exactitud la ventaja enorme que tiene el sistema seguido por el Código, al precisar de un modo absoluto, que excluye discusiones y conflictos, la cuantía de la indemnización que el acreedor tiene derecho a exigir de su deudor moroso.

Nos resta una cuestión que dilucidar. Dice el Art. 1559 que los intereses atrasados no producen intereses, y en el número siguiente se agrega que la misma regla se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas. En el mutuo encontramos el Art. 2210, concebido en términos semejantes.... «Se prohibe estipular intereses de intereses».

Las disposiciones de los Arts. que nos ocupan, se refieren a aplicaciones distintas: la contenida en el Art. 2210 se refiere única y exclusivamente al contrato de mutuo; por el contrario, la del N.º 3 del Art. 1559 tiene una mayor amplitud y lo que dispone es, sin lugar a dudas, que los intereses atrasados no producen de pleno derecho nuevos intereses; no quiere decir que se prohiba a las partes estipular intereses por los intereses devengados. La capitalización de los intereses lleva el nombre de «anatocismo». Nuestro Código Civil lo prohibe en las obligaciones que tienen por objeto préstamos de dinero (mutuo); pero nuestro Derecho Comercial, en el

Art. 804 del Código respectivo, lo autoriza en forma restringida.

El anatocismo fué proscrito en la antigüedad, nó porque se le negase su justicia, sino porque se temió su abuso; ya que se convirtió en arma poderosa y terrible en manos de los usureros, cuya insaciable codicia arruinaba a los deudores. Hoy día el Código Francés y el Italiano lo aceptan, siempre que los intereses se capitalicen por años vencidos.

De la liquidación convencional o cláusula penal

Los inconvenientes que presenta la avaluación de perjuicios por el juez, se subsanan si las partes determinan en el contrato el monto de lo que el deudor debe pagar al acreedor, en el caso de incumplimiento de la obligación. Este pacto se conoce en Derecho con el nombre de cláusula penal, y puede definirse como la avaluación anticipada, que las partes hacen en el contrato, de los perjuicios que puede experimentar el acreedor con el incumplimiento de la obligación, o con el cumplimiento imperfecto o tardío.

El Art. 1535 define la cláusula penal diciendo que: «Es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal.» La definición del Art. 1535 coincide en el fondo con la que acabamos de dar, y agrega que también tiene por objeto servir de garantía al cumplimiento de una obligación. Se trata aquí de una estipulación emanada de la voluntad de las partes,

que, con arreglo al Art. 1445, es ley para los contratantes, razón por la cual la liquidación convencional debe prevalecer sobre toda otra liquidación. La ley no ha dicho en qué momento puede pactarse; pero de su naturaleza se desprende que puede convenirse al tiempo de celebrar el contrato o con posterioridad, eso sí que en todo caso antes que la obligación se viole o se cumpla imperfecta o tardíamente, ya que tiende a asegurar su cumplimiento.

Esta institución presenta las siguientes ventajas: 1) Evita la determinación de los perjuicios por el juez, que en la mayoría de los casos no corresponde a la realidad. 2) Exonera del peso de la prueba al acreedor; pues, comprobada la existencia de la obligación y el hecho de su incumplimiento por parte del deudor, el juez deberá condenar al pago de los perjuicios estipulados, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no le ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio (Art. 1542). 3) La cláusula penal sirve de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación. Es una de las especies de caución a que se refiere la ley, porque mediante ella se arbitran los medios necesarios para hacer efectivo lo establecido por el contrato. En cierto modo se asimila a la fianza, a la prenda y a la hipoteca, porque, como ellas, sirve de garantía, si bien difiere esencialmente en la constitución jurídica de estas obligaciones. 4) Por último, la cláusula penal da al acreedor en ciertas obligaciones, una acción que sin ella no tendría. Sabemos que la obligación natural no da acción al acreedor para exigir el pago; pero si se cauciona su cumplimiento mediante una cláu-

sula penal constituída por un tercero, con arreglo al Art. 1472, puede exigir la ejecución de ésta aunque no tenga acción para reclamar el cumplimiento de la prestación.

Caracteres de la cláusula penal

Es una obligación accesoria, según se desprende de la definición misma del Código. De este carácter de la cláusula penal se derivan dos circunstancias: la nulidad de la obligación principal trae consigo la de la cláusula penal, y la pena será divisible o indivisible, según lo sea la obligación principal.

La primera consecuencia está expresamente consignada en el inc. 1.º del Art. 1536. Constituyen excepción a esta regla los incs. 2.º y 3.º del Art. 1536, que dicen: «Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona. Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.»

La segunda consecuencia que se deriva del hecho de ser la cláusula penal una obligación accesoria, es la que dice relación con la divisibilidad o indivisibilidad de la pena, materia a la cual se refiere el Art. 1540. La regla a este respecto es muy sencilla: si la obligación principal es de cosa divisible, la pena es divisible entre todos los herederos del deudor, a prorrata de sus cuotas hereditarias; de modo que

si uno de los deudores infringe el compromiso, debe indemnizar o pagar la parte que le corresponde, y el acreedor no tiene derecho sino a exigir su cuota. Pero este principio cambia radicalmente cuando la obligación principal es de cosa indivisible, o cuando la cláusula penal se ha puesto con la intención expresa de que no pueda efectuarse parcialmente el pago, casos que están regidos por una misma regla, la de los incs. 2.° y 3.° del Art. 1540, que dicen: «Exceptúase el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total; podrá, entonces, exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor». «Lo mismo se observará, dice el inc. 3.°, cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible.»

Como resulta de estas disposiciones, es menester que la cláusula penal se haya pactado expresamente con intención de que no pueda efectuarse el pago por partes. Si alguno de los herederos contraviene la obligación, el acreedor tiene dos derechos: o exige toda la pena al deudor infractor, o exige de cada uno de los deudores la cuota que a cada uno corresponde, sin perjuicio, naturalmente, del derecho de éstos para obtener el reembolso de lo que por aquél han pagado. Pero, se dirá ¿por qué razón la ley da derecho al acreedor para exigir a cada heredero su respectiva cuota? Porque la ley considera que todos los deudores han debido tomar las precauciones necesarias para evitar que uno de ellos deje la obligación incumplida, y esta responsabilidad, que

afecta a cada uno en presencia del acreedor, es lo que sanciona la ley, autorizando a éste para exigir de cada uno de ellos la cuota que en la pena les corresponde.

Si la cláusula penal ha sido garantizada por una hipoteca, rige lo dispuesto en el Art. 1541: «Si a la pena estuviese afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.» La acción hipotecaria es indivible; toda la finca hipotecada y cada una de sus partes, por pequeñas que sean, quedan afectas al pago de la obligación que la hipoteca garantiza; de modo que, aunque la pena admita división, puede perseguirse toda en el inmueble.

Otra característica que presenta la cláusula penal, es la de ser una obligación condicional, por que su cumplimiento está sujeto al evento de que no se ejecute o se retarde la obligación principal.

Por último, constituye una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios. Es una liquidación convencional porque el monto de los perjuicios se fija por la voluntad de las partes, quienes lo determinan según su conciencia; su celebración importa, en realidad, un verdadero contrato, y, por lo mismo, deben reunirse en ella todos los requisitos que la ley señala para el perfeccionamiento de estos actos.

Es una liquidación anticipada, porque las partes avalúan el daño con anterioridad al día en que se ha de producir. El hecho de ser la cláusula penal una liquidación anticipada y convencional de los perjuicios, le da el carácter de ser una indemniza-

ción sui generis, ya que en lugar de estar determinada por la ley o por el juez, está fijada y avaluada de antemano por las partes, haciendo uso de la libertad de contratar que les reconoce la ley. Esta característica, de ser la cláusula penal una verdadera indemnización de perjuicios, tiene una enorme importancia jurídica, porque de ella se derivan las consecuencias siguientes:

1.º Cuando hay cláusula penal, no puede exigirse conjuntamente la pena y la indemnización de perjuicios ordinaria, salvo el caso de excepción del Art. 1543, porque de otra manera habría un doble resarcimiento del daño causado.

2.º La pena es exigible desde que el deudor se ha constituído en mora, si la obligación es positiva, y, si la obligación es negativa, desde el momento de la contravención. (Art. 1538 del C. Civil).

3.º La cláusula penal, como la indemnización de perjuicios, es compensatoria cuando tiene por objeto reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación, y moratoria cuando indemniza el daño proveniente de la mora. Por regla general la pena es compensatoria, según se desprende del Art. 1537 que establece que la pena reemplaza al objeto mismo de la obligación, ya que el acreedor no puede exigir conjuntamente la pena y la prestación de lo debido, a menos que aparezca haberse estipulado la pena en el carácter de moratoria o que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

Sin embargo, entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios ordinaria, hay las siguientes diferencias que conviene señalar:

1.º En la indemnización ordinaria es el juez o la ley, en ciertos casos, quienes hacen la avaluación de los perjuicios; mientras que en la cláusula penal la hacen las partes, siendo permitido al tribunal sólo en casos muy calificados, alterar su extensión, moderándola, cuando, atendidas las circunstancias, pareciera enorme (inc. final del Art. 1544).

2.º Toda indemnización de perjuicios se paga en dinero. La cláusula penal constituye una excepción, porque la pena puede consistir en dinero o en cualquiera otra cosa, y aún en la ejecución de un hecho por parte del deudor. Para convencerse de ello basta leer el Art. 1535 que define la cláusula penal.

3.º En que deben probarse los perjuicios en la indemnización ordinaria; mientras que en la cláusula penal, nó; ya que ésta, como se ha dicho, debe satisfacerse en todo caso, haya o no perjuicios.

4.º En que la estimación de los perjuicios se hace en la cláusula penal con anticipación, y en la indemnización ordinaria con posterioridad al hecho que los ocasiona. ¿Desde cuándo se debe la pena? ¿Desde qué momento la cláusula penal es exigible? Para ello tenemos que distinguir, según resulta de los Arts. 1557 y 1538, entre el retardo y la mora, materia que ya hemos estudiado.

Si hay retardo y la obligación es solamente exigible, pero el deudor no ha sido constituído en mora, el acreedor no puede exigir sino la obligación principal. «Antes de constituírse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, etc.» (Art. 1537, 1.ª parte). ¿Por qué? Porque la cláusula penal es una indemnización de perjuicios, y toda indemnización

de perjuicios se debe desde que el deudor está constituído en mora. Por eso, si la obligación es simplemente exigible; si estamos en presencia de una obligación pura y simple; si estamos en presencia de una obligación condicional, de condición suspensiva; o si estamos en presencia de una obligación de plazo vencido, en aquellos casos en que el solo vencimiento del plazo no constituye al deudor en mora, el acreedor puede sólo exigir el cumplimiento de la obligación principal.

Pero constituído el deudor en mora, la situación cambia y se hace exigible la pena. Si la obligación es positiva, la pena se debe desde que el deudor incurre en mora; si es negativa, desde el momento que el deudor contravenga la obligación; porque, tratándose de esta clase de obligaciones, no hay mora. El Art. 1538 no es sino la repetición del principio del Art. 1537, que dice a este respecto: «ni constituído el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio (2.ª parte).» Este es el hecho, entonces, que hace exigible la pena, y de ahí que si la pena es líquida y consta de un título ejecutivo, podrá ella exigirse por vía ejecutiva, porque concurren todos los requisitos necesarios para el mandamiento de embargo.

Los principios expuestos nos permiten afirmar lo siguiente: 1.° Que la estipulación de una cláusula penal en un contrato, no priva al acreedor de exigir la ejecución forzada de la obligación; por el contrario, la ley lo reconoce expresamente en el Art. 1537, cuando dispone que el acreedor tiene derecho de

exigir a su arbitrio la pena o la obligación principal. 2.º El deudor no podría exonerarse de la obligación principal ofreciendo la pena, porque la ley concede solamente al acreedor el derecho de opción. 3.º El acreedor puede decidirse por la pena o por la obligación principal, sin necesidad de que tenga que demandar primero ésta y sólo después aquélla, porque la ley le da un derecho alternativo. 4.º El acreedor no puede pedir las dos cosas a la vez, sino una de ellas, salvo los casos de excepción que admiten la acumulación.

Si la pena es compensatoria, por regla general no procede su acumulación con la obligación principal. Así se desprende del Art. 1537 que dice que, constituído el deudor en mora, no puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio. Esta regla en el Derecho Francés no tiene excepciones; el Derecho Chileno contiene dos, a saber: 1.º Cuando la ley expresamente autoriza la acumulación, como sucede en el caso del Art. 2463 contenido en el Título de la Transacción, que establece: «Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes». 2.º Cuando se ha estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal, caso contemplado en la parte final del Art. 1537, que dice: «a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal». Procede aquí la acumulación,

porque la pena es también una especie de castigo o de sanción, impuesta al deudor por el incumplimiento de la obligación. Fuera de estos dos casos de excepción, no hay otros en que proceda la acumulación, y recupera su aplicación la regla general de que no hay acumulación de la pena compensatoria con la obligación a que accede. Tratándose de la pena moratoria, la situación es distinta, y ella se acumula con la obligación principal. Así lo establece el Art. 1537, que señala como uno de los casos en que es posible exigir la acumulación, aquél en que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo. En este caso no es necesaria una estipulación expresa de las partes, para que proceda la acumulación de la pena moratoria con la obligación principal; basta que en el contrato aparezca haberse estipulado la pena por la mora.

Cuando se refiere a la pena compensatoria, la ley exige «que se haya estipulado»; cuando se refiere a la pena moratoria, exige que «aparezca haberse estipulado». En el primer caso ordena una estipulación expresa, formal, que no deja lugar a dudas; en el segundo caso basta que aparezca haberse estipulado la pena, que puede deducirse de los términos o formas del contrato, o de diversos antecedentes que hagan presumir la voluntad de las partes.

Siendo la pena, por regla general, compensatoria, no pudiendo acumularse con la obligación principal, ha sido lógico el Art. 1539 al establecer que: «Si el deudor cumple una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pe-

na estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal.» Que se rebaje proporcionalmente la pena, quiere decir que se rebaje en la proporción que corresponde a la porción cumplida de la obligación.

Este derecho del deudor para pedir que se rebaje proporcionalmente la pena, tiene lugar cuando el acreedor ha aceptado el pago parcial, porque la regla general en Derecho es que el acreedor no está obligado a recibir el pago parcial de la obligación, ni compete al deudor el derecho de pagar por fracciones. La ley ha necesitado consignar el precepto del Art. 1539 para evitar que se pueda acumular la pena con la obligación principal, cuando la obligación está cumplida en parte. La disposición del Art. citado no se refiere al caso de la pena moratoria. Si el deudor retarda parcialmente el cumplimiento de la obligación, no tiene derecho a la rebaja de la pena, porque el Art. 1539 se refiere sólo a la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. Luego, la rebaja de la pena procede cuando es compensatoria y nó cuando es moratoria.

La cláusula penal enorme

Para terminar la materia sobre la cláusula penal, tenemos que referirnos a la reducción de ella cuando es enorme. Una de las ventajas que ofrece la cláusula penal, tal vez la principal, es la que quita al juez toda intervención en materia de perjuicios. La cláusula penal sustrae de la apreciación del magistrado la avaluación y monto de los

perjuicios que el acreedor ha experimentado con el incumplimiento de la obligación, o con el cumplimiento imperfecto o tardío. El papel del juez, en presencia de una cláusula penal, es meramente pasivo; se limita a hacer ejecutar la voluntad de las partes. En el Derecho Francés esta regla no tiene excepciones. Cada vez que los Tribunales Franceses se encuentran en presencia de una cláusula penal, su papel no es otro que hacer cumplir la voluntad de las partes. Entre nosotros no sucede lo mismo y, no obstante que la cláusula penal emana de la voluntad de las partes, y, como tal, es ley para los contratantes, se le ha dado al juez, en ciertos casos, un papel activo y se le ha autorizado para supeditar la voluntad de aquéllos y rebajar la cuantía de la pena cuando ésta le pareciere enorme. Es lo que dice el Art. 1544 del C. Civil, que constituye una modificación fundamental al principio general consignado en el Art. 1545, de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. *Se dice que la pena es enorme cuando excede del límite fijado por la ley o por el juez, según los casos;* cuando entre la pena y la obligación principal hay una desproporción considerable, en concepto de la ley o en concepto del juez. Se comprende que determinar si la pena es o no enorme, es materia de apreciación; por esto la ley ha preferido hacer una distinción acerca de la naturaleza de la obligación, y esto es lo que ha hecho en el Art. 1544, que ha distinguido tres casos: el de mutuo, el de las obligaciones de valor inapreciable e indeterminado, y el de las obligaciones en que una de las partes se compromete a dar una

cantidad determinada, que se mira como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse.

El inc. 1.º del Art. 1544 dice: «Cuando por el pacto brincipal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.»

¿Qué significa esta disposición? Este Art. se refiere al caso siguiente: que se trate de un contrato conmutativo en que una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, que se mira como equivalente de lo que la otra parte debe dar y la pena consista también en el pago de una cantidad determinada. Ejemplo típico es la compraventa. Un individuo vende una casa en cien mil pesos; el precio se mira como equivalente de la casa que el vendedor debe entregar, y se estipula una pena de doscientos mil pesos para el caso que el deudor no cumpla su obligación. Para que tenga lugar lo dispuesto en el Art. 1544, inc. 1.º, es necesario que concurran los tres requisitos siguientes: que una de las partes se obligue a pagar una cantidad determinada; que esta cantidad se mire como equivalente de lo que la otra parte debe dar, y que la pena consista también en una cantidad determinada. Luego, si la pena consiste en la ejecución de un hecho, no se aplica el inc. 1.º del Art. 1544. Si para el caso de mora del comprador o del vendedor se estipulare por pena que el contratante debe pagar un reloj de oro, no se aplicaría tam-

poco el Art. 1544; lo mismo si se tratara de un contrato a título gratuito en que una de las partes diera una cantidad determinada.

Concurriendo los tres requisitos antedichos, la ley otorga al deudor el derecho de pedir que se rebaje la pena en todo lo que exceda al duplo de la obligación principal, incluyendo ésta en ese duplo. Traduciendo esto a un lenguaje más sencillo, diremos que el deudor tiene derecho a pedir que se reduzca la pena a una cantidad igual al doble de la obligación principal.

La regla del inc. 1.º del Art. 1544 no se aplica, en conformidad al inciso 2.º, al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, los cuales se rigen respectivamente por las reglas de los incs. 3.º y 4.º del mismo Art.

Cuando se trata de un mutuo y se establecen intereses penales moratorios que excedan al máximum de los que la ley permite estipular, se podrán rebajar a dicho máximum. El Art. 3.º del Art. 1544 debe estudiarse relacionado con la ley 4694. Hay una diferencia que conviene tener presente, entre el interés que se fija por el servicio que el mutuante presta al mutuario y el interés penal que fijan las partes para el caso de mora. Pues bien, si por la remuneración del servicio en el mutuo se estipula un interés superior al máximum que la ley permite, se reduce el interés convenido al interés legal; el Art. 2.º de la ley 4694 establece que este derecho es irrenunciable y que es nula toda estipulación en contrario. Y si para sancionar la morosidad del deudor se fija un interés penal superior al máximum que tolera la ley, se rebaja solamente en lo

que exceda a dicho máximum (Art. 1544 del C. Civil).

Finalmente, tratándose de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, no ha podido la ley fijar el límite hasta el cual pueda llegar la pena, y por esto ha dejado a la prudencia del juez su determinación, cuando, atendidas las circunstancias, aparezca enorme. Aquí el juez tiene un poder discrecional; la ley le entrega en forma exclusiva la reducción que debe experimentar la pena, en conformidad al inc. final del Art. 1544, que dispone: «En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme».

Pongamos un ejemplo en que tenga aplicación el inc. final del Art. 1544. Un empresario contrata un actor para que dé representaciones en un teatro determinado, con prohibición de representar en otro. En caso de violar la prohibición, se estipula una multa de cien mil pesos. El actor ganará, según el contrato, tres mil pesos mensuales. Si se infringe el contrato por parte del actor y el perjudicado entabla reclamación judicial, el juez rebajará la pena, porque un actor que gana tres mil pesos mensuales no podrá pagar cien mil pesos; habrá que tomar en consideración la solvencia del deudor y los antecedentes que han influído en la violación del contrato.

Las disposiciones del Art. 1544 no se aplican en el caso de penas señaladas por leyes especiales, porque éstas deben prevalecer sobre las reglas generales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y 13 del C. Civil.

Así, la ley de Patentes Profesionales, Industriales y Comerciales, autoriza a la Municipalidad para cobrar intereses del 2% mensual al contribuyente que no pagare la patente en el plazo que le corresponda, y, a solicitud del representante de esta corporación, se despachará mandamiento de embargo en su contra. El juez podrá ordenar la suspensión del giro o profesión del contribuyente moroso, a más de las medidas precautorias que estimare necesarias para garantizar el pago de la contribución.

La ley de Asociación de Canalistas autoriza al directorio de la Asociación para sancionar la falta de pago de las cuotas, con intereses penales hasta de 2% mensual y con la privación del agua durante la mora, sin perjuicio de la vía ejecutiva y del embargo y enajenación de los regadores u otros bienes del deudor.

CAPITULO III

DE LA PERDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE

Los demás efectos de la mora deben ser estudiados en relación con la clase especial de obligaciones a que son peculiares. Con este fin tomaremos en cuenta la división universalmente aceptada de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Respecto de estas últimas, hemos dado las razones que hacen incompatible con su naturaleza la idea de mora. En cuanto a las obligaciones de dar, será preciso todavía distinguir entre las que consisten en la entrega de una especie o cuerpo cierto y las que se reducen al pago de cierta suma de dinero. De estas últimas ya hemos tratado al hablar de la liquidación legal.

Obligación de dar una especie o cuerpo cierto

Además de dar origen al derecho del acreedor para ser indemnizado de los perjuicios que le resultan del cumplimiento tardío, la mora produce

efectos especiales, relativos a los riesgos de la cosa que se debe. Esto está de acuerdo con lo que ya hemos dicho: la mora, como supone cierta culpa, produce una agravación en la responsabilidad del deudor.

El principio general de nuestro Derecho, es que la obligación de entregar un cuerpo cierto contiene la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituído en mora de recibir. Hasta dicho momento dura sólo la responsabilidad del deudor, en condiciones normales. Verificada la tradición, pasa el dominio de la cosa a la persona del acreedor, y mientras ella no se verifique, debe el deudor emplear en su custodia el debido cuidado (Arts. 1548 y 1549). El cuidado que se debe emplear varía según la naturaleza del contrato de que la obligación emana, conforme a la norma que da el Art. 1547 respecto de la prestación de los diferentes grados de culpa contractual. Esto en cuanto a la conservación de la cosa. Pero, a pesar de que el deudor observe en su custodia toda la diligencia que debe emplear, puede ocurrir que la cosa perezca antes de verificarse la entrega, y, en tal caso, es necesario establecer a quién afecta la pérdida o deterioro de la cosa, o sea quién debe soportar los riesgos.

La palabra riesgo en el derecho tiene dos acepciones. En un sentido, puede decirse que el riesgo es el peligro especial que puede correr una cosa a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, y que coloca a una persona en la necesidad de soportar *la pérdida o deterioro* que de él provenga. En otra acepción, puede definirse el riesgo en un

contrato como el peligro de perder el derecho que del contrato resulta.

Pero cualquiera que sea la definición que se adopte, para que pueda hablarse de riesgo en el derecho, es menester que la pérdida o deterioro que la cosa experimenta provenga de un caso fortuito o fuerza mayor. Sólo entonces puede hablarse de riesgo y puede tener interés averiguar quién debe soportar esa pérdida o deterioro, porque si la una o el otro provienen de culpa del deudor, ya estaríamos fuera de la teoría de los riesgos. No hay, entonces, riesgo en el Derecho sino bajo la condición indispensable de que la pérdida provenga de un caso fortuito o fuerza mayor.

Las dos definiciones que se acaban de dar coinciden, en realidad, en el fondo; sólo difieren en cuanto a los elementos que la una o la otra toman para definir el riesgo. La primera definición se hace tomando en consideración lo que el riesgo es materialmente, ya que nos dice que es el peligro especial que puede correr una cosa a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, y que coloca a una persona en la necesidad de soportar la pérdida o deterioro que de él provenga. La otra definición no nos dice en qué consisten los riesgos, pero nos señala el efecto que el riesgo produce y que consiste en hacer perder el derecho que resulta de un contrato; más no indica tampoco esta definición cuál es la persona llamada a soportarlo, sino que da los antecedentes necesarios para poder determinarla, ya que indica la causa por la cual esa persona debe soportarlo. Esa causa es la circunstancia de tener derecho sobre la cosa que perece o

se deteriora. En realidad, como decíamos anteriormente, ambas definiciones coinciden y se complementan, y, tomándolas en conjunto, podríamos definir el riesgo en un contrato como «la pérdida o deterioro que experimenta una cosa, materia de un contrato, a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor y que tiene por resultado la extinción total o parcial del derecho que con respecto a la cosa se ejerce, extinción que coloca a la persona a quien ese derecho pertenece, en la necesidad de soportar esa pérdida o deterioro.»

De los antecedentes expuestos, resulta que el problema de los riesgos no se presenta cuando la cosa no es objeto de un contrato. Cuando no hay sino un derecho que se ejerce sobre la cosa, el del propietario, no cabe averiguar a cargo de quién corre el riesgo; pues el dueño debe soportar la pérdida o deterioro de la cosa, así como serán para él los aumentos o mejoras que la cosa experimente por producción de frutos o cualquiera otra causa.

En los contratos unilaterales no tiene cabida esta teoría de los riesgos, porque hay una sola obligación, y, en consecuencia, si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación del deudor se extingue y la cosa perece para el acreedor, a la vez propietario de ella. Pero en el contrato bilateral, como hay obligaciones recíprocas para ambos contratantes, es necesario averiguar para quién es el riesgo, porque hay dos derechos que se ejercen con respecto a la cosa, materia del contrato: uno el del propietario de la cosa que pasa a ser deudor de la misma, y otro el del acreedor para exigir la entrega de esa cosa. En los contra-

tos bilaterales se plantea la cuestión del riesgo en la siguiente forma: si hay dos obligaciones recíprocas emanadas de un mismo contrato y una de ellas se extingue por la pérdida fortuita de la cosa, de tal modo que esa obligación es imposible cumplirla ¿se extingue la obligación correlativa de la otra parte, o subsiste esta obligación? Considerado este asunto en el contrato de venta, se enunciaría de la siguiente manera: Extinguida la obligación del vendedor por la pérdida fortuita de la cosa debida ¿se extingue la obligación del comprador de pagar el precio? Si se resuelve que el comprador debe pagar el precio, aun cuando se haya extinguido la obligación del vendedor de entregar la cosa por pérdida fortuita de ésta, habrá que deducir que el primero está obligado a soportar el riesgo, y, a la inversa, si se resuelve que la obligación del comprador se extingue, y que no está obligado a pagar el precio en presencia de la extinción de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, los riesgos serían de cargo del vendedor. Pero, por otra parte, no en todo contrato bilateral se presenta el problema de los riesgos; es menester que el contrato recaiga sobre una especie o cuerpo cierto, porque sólo las obligaciones de esta naturaleza se extinguen por la pérdida de la cosa debida. Si las obligaciones que el contrato engendra son de género, no tiene lugar el estudio de esta materia, porque el género no perece, y aunque se destruya la cosa, la obligación siempre subsiste. Finalmente, para que pueda hablarse de la teoría de los riesgos, es necesario que la cosa perezca fortuitamente y que perezca entre la celebración del contrato y su cumplimiento.

Podemos, pues, decir que es necesario que concurran las circunstancias siguientes para que tenga cabida la cuestión de los riesgos: 1.° Que la cosa sea objeto de una obligación. 2.° Que el contrato que engendra la obligación sea bilateral. 3.° Que la cosa debida sea una especie o cuerpo cierto. 4.° Que la especie o cuerpo cierto perezca fortuitamente entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la obligación.

Supuestas estas cuatro condiciones, que concurren de lleno en el contrato de compra-venta, cabe preguntar quién debe soportar los riesgos, es decir, si el deudor o el acreedor. El Art. 1550 esclarece esta cuestión: «El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega.» De manera que si nos encontramos en presencia de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, y éste perece por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación del deudor se extingue (Art. 1670); no sufre las consecuencias de la destrucción de la cosa: es el acreedor quien debe soportarlas.

Se deduce, pues, que en un contrato bilateral la obligación de la otra parte subsiste, ya que el Art. 1550 dice que el riesgo es siempre a cargo del acreedor, y para que éste deba soportarlo es menester que experimente una pérdida, traducida para él en el hecho de tener que cumplir su obligación, no

obstante que la otra parte no esté obligada a cumplirla. En el contrato de compra-venta, la pérdida fortuita de la cosa debida, entre la celebración del contrato y la entrega, no exime al comprador de pagar el precio, porque la pérdida del cuerpo cierto cuya entrega se debe es de cargo del acreedor.

Se trata de explicar esta regla del Art. 1550 del modo siguiente: El contrato bilateral engendra obligaciones recíprocas una vez que ha nacido a la vida del derecho. Estas obligaciones que genera son independientes y completamente desligadas entre sí. Cada una de ellas vive y muere independientemente, de manera que el accidente que pueda afectar a una de estas obligaciones no afecta a la otra. Y por esto, si la obligación del vendedor se extingue por la pérdida fortuita de la cosa debida, esa pérdida en nada afecta a la obligación del comprador, puesto que es independiente. Todas estas razones podrán ser lo jurídicas que se quiera, pero tendrán que estrellarse con la noción actual del contrato bilateral. Hoy día, en el contrato bilateral las dos obligaciones están íntimamente ligadas entre sí y el sentido lógico nos dice que cada parte se obliga, porque la otra parte está también obligada a cumplir lo pactado, y tanto es así que en el Derecho Moderno la causa de la obligación de una de las partes, en el contrato bilateral, es la obligación de la otra, y el incumplimiento de una de ellas da derecho para pedir la resolución del contrato, lo que prueba la relación que existe entre ambas obligaciones. Si una parte se obliga con el bien entendido de que la otra debe cumplir su obligación, nadie puede desconocer la manifiesta

injusticia del Art. 1550, cuyo principio se halla corroborado en el Art. 1820 del C. Civil cuando dice: «La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición; pues, entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.» Los códigos modernos han evolucionado a este respecto y han establecido que la pérdida de la cosa debida, por caso fortuito, extingue la otra obligación; de modo que si una de las partes no la cumple por haberse perdido la cosa fortuitamente, la otra parte tampoco está obligada a cumplir la suya.

El Art. 1550 parece constituír la regla general en el Derecho Chileno. Sin embargo, un examen atento de las diversas disposiciones de nuestro Código Civil, nos permite llegar a la conclusión de que la regla general es que la cosa perece para su dueño, y que la regla del Art. 1550 constituye un principio de carácter excepcional, aplicable únicamente a los contratos de venta y permuta.

En el contrato de arrendamiento el riesgo es para el arrendador, puesto que el Art. 1950, relativo a la expiración del arrendamiento de cosas, dispone al respecto: «El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos y especialmente:

1.° Por la destrucción total de la cosa arrendada;

2.º Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo;

3. Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán;

4.º Por sentencia de juez en los casos que la ley ha previsto.»

En el contrato de confección de obra material, la pérdida de la materia es para el dueño. Así lo establece el Art. 1996 que consigna este principio: «Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por aprobación del que ordenó la obra. Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra, sino desde su aprobación, salvo que se haya constituído en mora de declarar si la aprueba o nó». El Art. 2000 agrega, por otra parte, «La pérdida de la materia recae sobre su dueño. Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.»

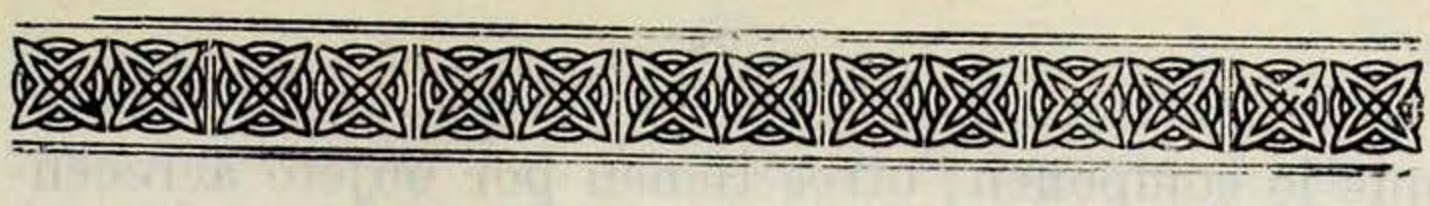
El contrato de sociedad dice en el Art. 2101: «Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta». Tenemos, pues, tres contratos bilaterales en los cuales la destrucción de la cosa debida pone fin a las obligaciones de las partes, sin que la otra esté obligada a prestación alguna. ¿Para quién es el riesgo en las obligaciones de género? Para el deudor, según el Art. 1510 del C. Civil; pues el género

no perece. De manera que si pasamos revista a las disposiciones del ya mencionado texto legal, encontraremos que la pérdida es para el deudor, porque las cosas perecen para su dueño y sólo por excepción para el acreedor. La regla del Art. 1550 tiene también excepciones: hay varios casos en los cuales el riesgo es de cargo del deudor. Así sucede: 1.º Cuando el deudor ha tomado sobre sí el riesgo del cuerpo cierto, estipulándose así expresamente (Art. 1547 del C. Civil, inc. final, y Art. 1672). 2.º Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor, en virtud de lo dispuesto en los Arts. 1547, inc. 2.º; 1590, inc. 1.º, y 1672. 3.º Cuando la ley ha puesto el riesgo a cargo del deudor, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1547, inc. último, y en el Art. 1676 sobre hurto o robo de un cuerpo cierto. 4.º Cuando el deudor se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas (Art. 1550); y 5.º Cuando el deudor está en mora, a menos que el caso fortuito hubiere dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor (inc. 2.º del Art. 1547, inc. 1.º del Art. 1590, y Arts. 1672 y 1550 del C. Civil). Según este último caso, el riesgo de la especie o cuerpo cierto que se debe es de cargo del deudor, siempre que éste se constituya en mora. Si antes de la época en que debe hacerse la entrega, la cosa se destruye, sea por un caso fortuito o por otro hecho que no le sea imputable, se extingue la obligación del deudor; pero, si esta misma cosa y por igual causa perece con posterioridad a la fecha en que debió ser entregada, o sea durante la mora del deudor, será éste responsable y su obligación sólo va-

ría de objeto: debe el precio de la cosa y la indemnziación de perjuicios correspondiente.

Como se ve, la disposición que contiene tal principio, tiene el carácter de cierta penalidad civil, cuya razón de ser está en el hecho no lícito que le sirve de fundamento. Esta excepción se justifica porque el daño debe ser indemnizado por la persona de cuya culpa proviene, y además porque sin la mora la cosa habría estado en poder del acreedor y la destrucción habría podido así evitarse.

Si el deudor prueba que el caso fortuito que ha destruído la cosa que debía entregar, habría ocurrido igualmente si hubiera estado en poder del acreedor, no tendrá éste derecho al precio y la obligación quedará del todo extinguida, debiendo únicamente pagar los perjuicios por la mora. En otros términos, semejante caso fortuito exime al deudor de responsabilidad en cuanto a la indemnización compensatoria y sólo queda obligado a la indemnización moratoria.



CAPITULO IV

DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

Todos los derechos concedidos al acreedor, sea para obtener la ejecución forzada de la obligación, sea para obtener una indemnización, no le servirían de nada si no se le dieran además, cuando la ocasión lo exige, los medios para conservar en el patrimonio del deudor los valores que forman la garantía de su crédito. Con este fin la ley le concede diversos derechos llamados auxiliares, que tienen por objeto conservar intacto el patrimonio del deudor; hacer que esta especie de prenda que el acreedor tiene con respecto a los bienes del deudor no se altere; que haya una materialidad sobre la cual puedan hacerse efectivas la obligación principal y la indemnización de perjuicios. Los derechos auxiliares persiguen una doble finalidad perfectamente bien diseñada. Unos tienen por objeto conservar intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan, se destruyan o se menoscaben los bienes

que lo componen; otros tienen por objeto acrecentarlo, haciendo ingresar a ese patrimonio valores que deben formar parte de él, y que el deudor no ha querido incorporar con el propósito de perjudicar a sus acreedores. En el primer caso, lo que se persigue es mantener la integridad del patrimonio, evitando que los diversos elementos que lo forman puedan salir o deteriorarse. En el segundo caso, se tiende a aumentarlo con los bienes que deben formar parte de él.

Los derechos auxiliares pueden clasificarse en cuatro categorías: 1.º Medidas conservativas o de precaución; 2.º Ejercicio por el acreedor de ciertas acciones o derechos del deudor; 3.º La acción Pauliana o Revocatoria, y 4.º El beneficio de separación.

Las medidas conservativas o de precaución

Son aquellas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan de su poder los bienes que lo forman, a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación. El nombre lo está indicando. Nuestro C. Civil no ha establecido al respecto un principio general que consigne este derecho del acreedor para impetrar medidas conservativas, ni ha establecido tampoco una regla general que señale los casos en que este derecho procede. Pero esto no significa que el acreedor no lo tenga, porque de diversas disposiciones del C. Civil, del C. de P. Civil y del de Comercio, aparece que el acreedor tiene el derecho de evitar que el patrimonio del deudor se menos-

cabe o dilapide. Así, después de la muerte del deudor, el acreedor tiene derecho para hacer poner sellos y confeccionar inventarios para evitar extravíos de títulos y objetos muebles (Arts. 1222, 1223 y 1766 del C. Civil). El Art. 1492 autoriza al acreedor para impetrar, mientras se cumple la condición, aquellas medidas conducentes a impedir que el patrimonio del deudor sufra algún menoscabo. El Art. 761, inc. 2.º da también derechos al fideicomisario para solicitar medidas precautorias de conservación, siempre que pueda temer fundadamente que la propiedad en manos del fiduciario se deteriore. El derecho legal de retención que la ley ha contemplado en el arrendamiento, en el mandato, en el depósito, etc., es otra manifestación de este derecho. En el C. de P. Civil encontramos también numerosas disposiciones que acuerdan a los acreedores el derecho de impetrar providencias conservativas o de precaución. El ejemplo típico es el Art. 280 que dice: «Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aún cuando no estuviere contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas: 1.º El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2.º El nombramiento de uno o más interventores; 3.º La retención de bienes determinados, y 4.º La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados».

Todas estas medidas que el demandante puede solicitar en caso de juicio y que el juez está autorizado para decretar, tienen por objeto mantener íntegro el patrimonio del deudor, evitando que salgan de sus manos los bienes que lo forman. El em-

bargo que procede en el juicio ejecutivo, es otro caso típico de una medida conservativa o de precaución, ya que su objeto es quitar al deudor la libre disposición y administración de ciertos bienes. En el caso de concurso y en el caso de quiebra, la ley autoriza también a los acreedores para que, por intermedio del síndico, tomen una serie de medidas conservativas. Todas estas disposiciones diseminadas en el Código Civil, en el de P. Civil y en el de Comercio, nos permiten entonces establecer que en la legislación chilena los acreedores tienen el derecho de impetrar medidas de conservación o de precaución, con el objeto de asegurar el ejercicio de los derechos que la ley les confiere.

Ejercicio por el acreedor de ciertas acciones o derechos del deudor

Es una consecuencia del principio que sienta el Art. 2465 del C. Civil. El derecho general de prenda sobre los bienes del deudor, que el citado Art. confiere al acreedor, sería ilusorio si éste no pudiera ejercer ciertas acciones que el deudor no puede o no quiere ejercer por sí mismo y que le pertenecen. Todas las acciones del deudor no son susceptibles de ser ejercitadas por los acreedores. No pueden éstos ejercer las acciones personales, empleando esta palabra, no en oposición a acción real, sino para designar las acciones afectas al individuo o personalísimas. Estas son de dos clases: 1.º todas las acciones extra-patrimoniales, es decir, las que garantizan el estado de las personas,

y 2.º ciertas acciones comprendidas en el patrimonio, como ser aquellas cuyo ejercicio impone la apreciación de cierto interés moral, tales como la revocación de una donación por ingratitud, la separación de bienes, etc. Estas acciones tienen un interés pecuniario, pues hacen entrar un valor en el patrimonio del deudor; pero el que las posee no se determina a emplearlas sino después de haber examinado motivos de índole moral.

Los acreedores, a quienes no afectaría este aspecto moral, sólo verían su propio interés y obrarían sin tomarlo en cuenta. Por esta razón, la ley, que quiere proteger esos intereses morales que serían amenazados por dichas acciones, las reserva únicamente al deudor.

En general, se requieren tres condiciones para que los acreedores puedan ejercitar las acciones del deudor; 1.º *Que el acreedor tenga interés en obrar.* Sin esta condición, su demanda debe ser desechada por inútil y vejatoria. Así, se rehusaría a un acreedor si el deudor fuera notoriamente solvente, ya que el pago no estaría amenazado o comprometido si el deudor no procediese por sí mismo a hacer uso de esas acciones. 2.º *Que su crédito sea exigible.* Un acreedor cuyo derecho está aún en suspenso por una condición o por un plazo, no está autorizado para obrar a nombre de su deudor; importaría una intromisión en sus negocios. 3.º *Que el deudor no proceda por sí mismo.* Si éste ha hecho valer ya su acción ante la justicia, el acreedor no tendrá para qué formularla nuevamente.

Expuestos estos principios generales, relativos al

derecho del acreedor para substituírse al deudor en el ejercicio de ciertas acciones, veamos en qué forma existe esta prerrogativa en el derecho civil. Nuestro código no contiene ninguna disposición general al respecto, sino que en varios casos y para determinadas circunstancias ha concedido este derecho al acreedor.

En el Código Francés este derecho está establecido de una manera general en el Art. 1166, que dispone que «los acreedores podrán ejercitar todos los derechos y acciones correspondientes a su deudor, con excepción de los exclusivamente personales». Ninguna disposición semejante a esta contiene nuestro C. Civil. Entre nosotros sólo hay disposiciones aisladas, que establecen que los acreedores pueden subrogarse o substituírse en ciertas y determinadas acciones del deudor, y son las siguientes: 1.° Con arreglo al Art. 2466 pueden subrogarse en los derechos reales de usufructo, de prenda, hipoteca y demás análogos. Escapan de esta regla los derechos de uso y habitación, porque ellos son inembargables, son derechos personalísimos que sólo pueden ser ejercidos por la persona en cuyo favor se han constituído. 2.° Pueden también los acreedores substituírse en el derecho de retención que al deudor corresponde en ciertos casos como arrendatario, depositario, etc. 3.° Procede, además, la subrogación en los derechos que el deudor tiene como arrendador o arrendatario con arreglo a los Arts. 1965 y 1968 del C. Civil. 4.° Otro caso de subrogación lo tenemos en el Art. 1677 que dispone: «Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el

acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquéllos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa». 5.º Finalmente, tiene lugar esta substitución en los derechos y acciones del deudor en el caso de la repudiación de una herencia, legado o donación, contemplado en los Arts. 1238 y 1394 del C. Civil, que disponen respectivamente: «Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste (1238)». «No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero. Los acreedores, con todo podrán ser autorizados por el juez para substituírse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos, y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero (Art. 1394)».

La acción Pauliana o Revocatoria

Un deudor que se siente amenazado por ejecuciones inminentes y que es de mala fe, trata naturalmente de ocultar su activo a sus acreedores; puede coludirse con un tercero que aparecería como comprador o donatario de sus bienes; puede reemplazar sus bienes por dinero o títulos fáciles de ocultar; puede, por malicia y sin provecho para él, consentir en actos que enriquecerían a sus parientes o amigos, empobreciéndolo a él. Además las

relaciones de negocios que existen entre los hombres y que son infinitamente variadas, ofrecen mil ocasiones para defraudar a los acreedores, bajo formas que no pueden ser previstas ni determinadas de antemano. La ley, que procura amparar la buena fe, no puede tolerar estas operaciones fraudulentas y, cada vez que es posible sorprenderlas, da a los acreedores una acción especial que les permite evitar las consecuencias de los fraudes. Esta acción lleva el nombre de acción pauliana o revocatoria y se puede definir diciendo: que es una *acción dada a los acreedores para obtener la revocación de los actos llevados a cabo por el deudor con el objeto de perjudicarlos.* Esta acción se remonta al Derecho Romano. Es una creación del derecho pretorio y lleva el nombre del pretor Paulo que la introdujo. En el Derecho Romano esta acción tenía un carácter colectivo y era ejercida por una especie de síndico o mandatario común de los acreedores, y sus resultados aprovechaban a la masa. Esta forma colectiva ha desaparecido, y la acción Pauliana es hoy una acción individual cuyo ejercicio corresponde aisladamente a cada acreedor.

En nuestro C. Civil no existe esta acción de un modo expreso y general para todos los casos de fraude del deudor, sino que la ha establecido para ciertos casos particulares. En el Derecho Francés, aunque no con el mismo carácter general que en el Derecho Romano, existe una forma más amplia que entre nosotros. Hablando de los derechos de los acreedores, dice el Art. 1167 del C. de Napoleón: «Podrán también impugnar (los acreedores) los actos de su deudor en fraude de sus derechos».

Los actos que pueden dar lugar a una revocación por la demanda de los acreedores, son aquellos por los cuales el deudor se ha empobrecido; si el deudor descuida solamente enriquecerse, la acción Pauliana no procede. En consecuencia, puede servir para reconstruír un patrimonio empobrecido, pero no para aumentarlo. Los romanos habían establecido con toda claridad este principio y rehusaban la acción cuando el deudor había fraudulentamente dejado de enriquecerse. Este principio del D. Romano se ha mantenido hasta hoy, sin que pueda considerarse como una excepción a él la disposición del Art. 1238 de nuestro C. Civil. Se estima que el que repudia una asignación, se ha empobrecido, ya que la cosa objeto de la herencia, ha entrado en el patrimonio del deudor en el momento de arbitrarse la sucesión de su causante. Todo acto, pues, que dé por resultado el empobrecimiento del deudor, puede dar lugar a la acción revocatoria.

A menudo esta acción se dirige contra una enajenación, por la cual el deudor ha procurado hacer desaparecer su activo. Como este género de fraude se presenta a menudo, siendo además muy cómodo usarlo como ejemplo para explicar la acción, es generalmente citado; pero, es necesario tener presente que no sólo procede contra las enajenaciones fraudulentas, sino contra cualquier acto fraudulento del deudor en perjuicio de sus acreedores. Existe una sola excepción, a saber: si un deudor, conociendo su insolvencia, en la víspera de un embargo, quiere favorecer a uno de sus acreedores y le paga íntegramente, este pago, aunque es perjudicial a los otros acreedores, es válido. Esta

es la regla conservada en el derecho civil, pero en derecho mercantil se sigue una muy diferente en los casos de quiebra, en que el acreedor es obligado a restituír a la masa lo que se le ha pagado, después de la cesación de pagos del deudor.

Cuando un acto es por su naturaleza susceptible de dar lugar a la acción Pauliana, bastan dos circunstancias para que la acción pueda ejercerse: 1.° que el acto o contrato haya causado perjuicio a los acreedores, y 2.° que haya sido otorgado fraudulentamente por el deudor, esto es, sabiendo el deudor mismo el mal estado de sus negocios, o teniendo éste y el tercero que contrató con él, conocimiento de esa situación.

En cuanto al «fraude», es menester no confundirlo con el «dolo» en los contratos. El dolo se emplea para engañar a la persona con quien se contrata e inducirla al error. El fraude no se emplea contra la persona con quien se contrata, a la cual no se desea perjudicar, sino contra terceros que son los acreedores a quienes se pretende burlar en sus créditos.

El acreedor que impugna un acto de su deudor, debe probar que su título es anterior al acto impugnado. En efecto, si ha contratado más tarde con el deudor ¿qué fraude puede haber? El acreedor no ha podido contar con un valor que ya ha salido de manos del deudor; ha contratado con una persona ya empobrecida. Los acreedores posteriores al acto fraudulento no son, pues, admitidos a atacarlo, o bien no gozan de la acción Pauliana.

Esta acción revocatoria se da contra los actos del deudor, pero se hace valer contra la persona que se ha beneficiado con el acto fraudulento, es

decir, contra terceros; solamente hay que distinguir si estos terceros han adquirido a título oneroso o gratuito. Cuando el tercero perseguido ha contratado a título oneroso con el deudor, el acreedor no puede obtener nada en su contra, sino probando que el tercero ha sido «cómplice del fraude cometido por el deudor». Si el tercero no ha conocido el carácter fraudulento del acto, está al abrigo de toda persecución. Si el tercero ha contratado a título gratuito con el deudor, la prueba de la condición de complicidad no es necesaria; el acreedor obtendrá la revocación del acto sin tener necesidad de probar que su adversario ha conocido la mala fe del deudor.

Los efectos de la acción Pauliana son dos: 1.º el acreedor obtiene la revocación del acto fraudulento; 2.º la revocación es parcial y pronunciada solamente en interés del acreedor. Del primero de los efectos nombrados surgen las siguientes consecuencias: El acreedor tiene derecho para tomar de manos del tercero los bienes enajenados por su deudor, como si estuviesen todavía en poder del último. Los acreedores personales del tercero adquirente no pueden concurrir con el acreedor perseguidor en los bienes restituídos a éste, porque se finge que han permanecido en el patrimonio del enajenante. Del segundo efecto de la acción Pauliana nacen las siguientes consecuencias: el valor restituído no vuelve al patrimonio del enajenante y no se convierte en garantía común de los acreedores; no puede ser distribuído sino entre los acreedores perseguidores. La razón de esta solución está en que la revocación tiene por objeto favorecer a los acreedores perseguidores.

La revocación no es pronuciada sino en relación al perjuicio sufrido por el acreedor o acreedores perseguidores; por consiguiente, si este perjuicio es menor que el bien reclamado, el tercero puede retener el bien, indemnizando al acreedor o acreedores. Estos no pueden rehusar el pago que se les ofrece, y, una vez pagados, nada pueden reclamar en contra del tercero; el acto fraudulento no se reputa anulado entre el tercero y el deudor. Con relación a éstos, el acto debe producir todos sus efectos; por tanto, si queda un exceso de valor libre después de indemnizado el acreedor, este exceso debe corresponder al tercero adquirente; asimismo se concede al tercero una acción contra el deudor por la suma de que ha sido privado a causa de la persecución del acreedor.

Esta es la doctrina filosófica de la acción Pauliana. Veamos en qué casos es permitida en nuestro derecho civil. Dice el Art. 803 del C. Civil: «Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con él hasta la concurrencia de su crédito, prestando la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda. Podrán, por consiguiente, oponerse a toda *cesión* o *renuncia* del usufructo hecha en fraude de su derecho».

El Art. 1238 dice que: «Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste». Pero el Art. que tiene una acción más am-

plia y, puede decirse, que es el que consagra la acción Pauliana entre nosotros, es el Art. 2468. Después de hablar el Art. 2467 de la nulidad de los actos del deudor que se refieren a los bienes de que ha hecho cesión, agrega el citado artículo 2468: «En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o de la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1.º Los acreedores tendrán derecho para que rescindan los contratos onerosos y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero. 2.º Los actos y contratos no comprendidos en el Art. precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles probando la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. 3.º Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

El beneficio de separación

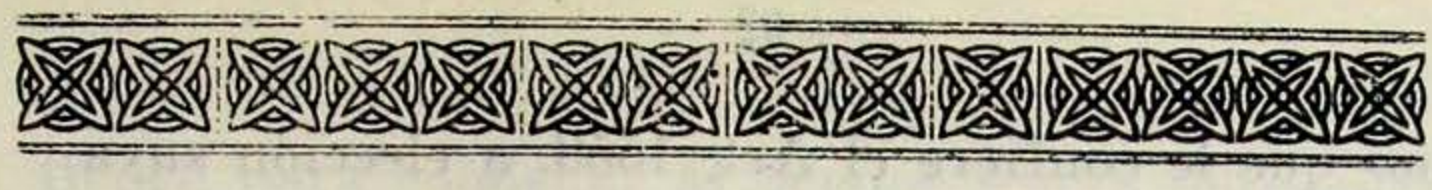
Consiste éste en el derecho que tienen los acreedores hereditarios y testamentarios para pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero, con el objeto de que se cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias en los bienes del difunto, con preferencia a las deudas propias del heredero. (Art. 1378).

Por regla general, sabemos ya que sólo las personas son susceptibles de tener patrimonio y que

toda persona no tiene sino uno solo. Sin embargo, esta regla tiene una excepción importante, que consiste en que en algunos casos especiales una misma persona puede tener dos patrimonios diversos. Tales son las consecuencias que se producen con el ejercicio de los derechos que conceden los beneficios de inventario y de separación.

El beneficio de separación, como lo indica su nombre, consiste en separar el patrimonio propio del deudor del de la persona a quien éste sucede como heredero.

Será del caso pedir esta separación cuando el patrimonio del deudor se encuentra demasiado gravado; y su objeto, como ya se ha dicho, no es otro que asegurar a los acreedores hereditarios y testamentarios el pago de sus créditos.



CAPITULO V

EFECTOS DE LA MORA EN LAS OBLIGACIONES DE HACER

Nos corresponde tratar de los efectos de la mora en las obligaciones de hacer. El Art. 1553 del C. Civil establece: «Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya:

1.º Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;

2.º Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;

3.º Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato».

El efecto general de la mora impone al deudor la obligación de indemnizar de todo perjuicio al acreedor; pero, cuando la obligación es de hacer, junto con la indemnización de los daños sufridos por la mora en cumplir lo pactado, el acreedor tiene acción para exigir cualquiera de los tres dere-

chos que le confiere el Art. 1553, a elección suya.

El apremio a que hace referencia el número primero, está reglamentado por el Art. 570 del C. de P. Civil, quedando en virtud de él autorizado el Tribunal para imponer arresto al deudor hasta por 15 días o multa proporcional, pudiendo repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación.

Nótese que el arresto es facultativo, y el Tribunal lo impondrá basándose en la equidad. El juez, a petición del acreedor, requerirá al deudor para que cumpla la obligación, fijándole un término prudencial para que dé principio al trabajo. Si a pesar de esto no da comienzo a la ejecución de la obra y no opone excepciones, podrá hacerse efectivo el apremio.

Entre el arresto actual y la prisión por deudas, abolida por ley del 23 de Junio de 1868, hay notables diferencias. La prisión se imponía por sentencia de término a toda clase de deudas y como una compensación por la falta de pago; el arresto se aplica a las obligaciones de «hacer» como una simple medida compulsiva.

Creemos que la medida de arresto que establece nuestra ley podría perfectamente suprimirse, no sólo para el caso de las obligaciones de hacer, sino en general para cualquier otro objeto que quiere perseguirse con ella, y reemplazarla por una multa variable y progresiva que obligara forzosamente al deudor a cumplir sus obligaciones.

En Francia, la Jurisprudencia admite ahora, sin excepción, un principio general llamado «astreinte», que consiste en el derecho que los Tribunales

tienen para condenar al deudor a una indemnización de perjuicios por cada día de atraso, sin distinguir si se trata de un simple retardo derivado de la ejecución misma de la obligación o de una negativa para ejecutarla. Una medida semejante podría implantarse fácilmente en nuestro Código en vez del arresto. Se podría, sin embargo, argumentar contra ella ¿qué podría hacerse contra un deudor insolvente que no quisiera cumplir sus obligaciones y no pudiera al mismo tiempo responder a las multas a que se le podría condenar? Puede contestarse a ello que con el arresto no se obtendría un resultado muy superior. Ningún provecho se produciría para el acreedor haciendo arrestar a un deudor insolvente, que en ninguna forma podría satisfacer sus obligaciones. La prisión vendría a ser un castigo contra su persona, lo que es contrario a las prácticas establecidas en todas las legislaciones.

El N.º 2 del Art. 1553 consigna el derecho del acreedor de pedir que se le autorice para hacer ejecutar por un tercero la obra prometida. Dicha acción concedida al acreedor, no puede cautelar sus intereses en mejor forma, ya que su objetivo se dirige a alcanzar la satisfacción que éste tuvo en vista al celebrar el contrato: la ejecución de la obra.

Para que este medio pueda ejercitarse, según el Art. 563 del Código de P. Civil, se necesitan los requisitos siguientes:

1) Que ello sea posible a juicio del acreedor. Hemos visto ya que queda completamente a su arbitrio elegir el medio que más le acomode para hacer cumplir su obligación al deudor, y, por tanto,

si él cree que en esta forma la obligación quedará satisfecha, el juez deberá ordenar que se siga este procedimiento;

2) Cuando no oponiendo excepciones el deudor se negare a cumplir el mandamiento de ejecución:

3) Cuando desobedezca la sentencia que deseche las excepciones opuestas;

4) Cuando el deudor dejare trascurrir el plazo a que se refiere el Art. 560 sin dar principio a los trabajos. Este plazo lo fija el Tribunal a su arbitrio.

5) Cuando comenzada la obra, se abandonare por el deudor sin causa justificada.

Estudiados los requisitos necesarios para que el acreedor pueda hacer uso de este derecho auxiliar, veamos ahora la forma de hacerlo cumplir de acuerdo con lo que determina la ley. El procedimiento a que debe sujetarse es el siguiente: tiene en primer término que presentar, junto con su solicitud, un presupuesto de lo que importe la ejecución de las obligaciones que reclama, el que será puesto en conocimiento del demandado para que, dentro de tres días, lo examine, considerándose aceptado si nada objetare dentro de dicho plazo. En el caso de hacerse objeciones al presupuesto, el juez deberá nombrar peritos, procediéndose en la forma que establecen los Arts. 508 y 509 para la estimación de los bienes en caso de remate. Aprobado el presupuesto, será obligado el deudor a consignar el valor dentro de tercero día, a la orden del Tribunal. Puede ocurrir que el deudor no cumpla con esta obligación, y entonces se procederá a embargarle y enajenarle bienes suficientes para

hacer la consignación, con arreglo a lo establecido para las obligaciones de dar.

Consignados los fondos, estos quedan a disposición del acreedor para que dé comienzo al trabajo. Si los fondos se agotaren, podrá el acreedor solicitar aumento de ellos, para lo cual deberá justificar que ha habido error en el presupuesto, o que han sobrevenido circunstancias imprevistas que aumentan el costo de la obra.

Del análisis anterior se puede deducir que el procedimiento que se sigue, cuando el acreedor quiere optar por el camino de hacer ejecutar la obra por medio de un tercero a expensas del deudor, es muy sencillo y, por tal motivo, es el más usado, especialmente en los casos de construcción de obras materiales, principalmente de edificios, en los cuales las aptitudes profesionales del deudor se extienden también a cierto número de individuos, que pueden ejecutar el hecho debido en iguales o mejores condiciones que el deudor mismo.

Es éste un procedimiento a la vez que lógico, el que más se adapta a las circunstancias que tuvieron en vista las partes al contraer la obligación, pues el acreedor no ve el peligro de que sea burlada la obligación contraída, como sería si su incumplimiento diere exclusivamente lugar a una simple indemnización de perjuicios.

Sin embargo, si el acreedor no quiere seguir este camino, la ley se encarga de señalarle cualquiera de los otros recursos que quiera escoger, establecidos en el Art. 1553 del C. Civil. A este respecto, el Art. 569 del Código de P. Civil, dispone: «Si el acreedor no pudiere o no quisiere hacerse cargo

de la ejecución de la obra debida, en conformidad a las disposiciones que preceden, podrá usar de los demás recursos que la ley le concede para el cumplimiento de las obligaciones de hacer, con tal que no haya el deudor consignado los fondos exigidos para la ejecución de la obra, ni se hayan rematado bienes para hacer la consignación, en el caso del Art. 567.»

Los otros recursos de que habla este artículo no pueden ser otros que el cumplimiento forzado de la obligación, o la indemnización de perjuicios que se establece en el N.º 3 del Art. 1553 del C. Civil.

La indemnización de perjuicios

Nos corresponde tratar aquí del efecto secundario en las obligaciones de hacer, cual es la indemnización de perjuicios, y de la manera de hacerla cumplir.

Cuando los perjuicios en estas obligaciones se encuentran determinados o liquidados, o se ha declarado judicialmente su cuantía y la obligación del deudor de cancelarlos, el procedimiento es muy sencillo, pues procede entonces la acción ejecutiva, ya que se trata de una obligación de dar, por cuyas reglas se rige. Pero en caso contrario, que será común cuando el acreedor haya optado previamente por otro camino sin obtener buen resultado, tendrá que recurrir al procedimiento ordinario común, para determinar el monto de los perjuicios.

De lo anterior se deduce que el procedimiento de la indemnización de perjuicios no es el más conveniente para sancionar el incumplimiento de las

obligaciones de hacer, ya que generalmente es indispensable recurrir al procedimiento ordinario.

Creemos que en este caso hay un vacío en la ley, pues no es posible que un acreedor que posee un título ejecutivo de obligación de hacer, y al cual no le queda más recurso que la indemnización de perjuicios, tenga que acogerse al procedimiento ordinario, que es largo y costoso, para obtener satisfacción en el cumplimiento de la obligación.

Tal omisión podría salvarse, a nuestro parecer, estableciendo un procedimiento sumario en el presente caso para la avaluación de los perjuicios, semejante al que existe en España en la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus Arts. 928 y siguientes.

Se establece ahí que, cuando se hubiere condenado a pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, el que haya obtenido la sentencia presentará con la solicitud que deduzca para su cumplimiento, una relación de los daños y perjuicios y de su valor, de lo cual se dará traslado al demandado. Si éste se conforma con el importe de los perjuicios, lo aprobará el juez sin ulterior recurso y se procederá a hacer efectiva la suma fijada en la forma establecida para el juicio ejecutivo de las obligaciones de dar. Cuando el deudor impugna la liquidación, si el Tribunal lo estima procedente podrá recibir a prueba la causa por un término breve, después de lo cual fallará sin más trámite el asunto.

Si se adoptara este procedimiento entre nosotros para que el deudor indemnizara al acreedor que posee en su contra un título ejecutivo de obliga-

ción de hacer, los distintos medios que otorga la ley para hacer efectiva estas obligaciones, serían relativamente análogos, y el acreedor podría optar por el que más pareciera convenirle, sin temor de que en uno o en otro fuera más durable o dificultosa la acción.

Este fué, por otra parte, el espíritu que predominó entre los miembros de la Comisión Revisora del Código de Procedimiento, al estudiar el proyecto elaborado por el señor Vargas Fontecilla sobre esta materia.

El Art. 202 de dicho proyecto estipulaba: «Si el acreedor en uso del derecho que le da el mismo Art. 1553 del C. Civil, pidiere indemnización de perjuicios resultantes de la inejecución del hecho, el valor de los perjuicios se liquidará en juicio ordinario». No obstante, en las actas respectivas hay constancia de que, en el debate del Art. citado, se acordó modificar su disposición en el sentido de que sólo la efectividad y naturaleza de los perjuicios sean materia de juicio ordinario, y que la liquidación de ellos se haga por el Tribunal, siempre que sea posible, y cuando no se nombre un liquidador que la practique.

Sobre este particular la Jurisprudencia no ha hecho otra cosa que seguir a la ley. Así ha fallado que no procede la acción ejecutiva para cobrar los perjuicios que pueda ocasionar la falta de cumplimiento de una obligación de hacer, si esos perjuicios no están determinados por sentencia ejecutoriada (Casación, Gaceta 1906. Tomo 2. Pág. 171. Sentencia 797).

El Art. 1554 de nuestro Código Civil, incluye

entre las obligaciones de hacer «las que consistan en la promesa de celebrar un contrato», indicándonos los requisitos que debe reunir toda promesa para que la obligación se considere válida. De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 558 del Código de P. Civil, el acreedor puede obtener el cumplimiento de lo prometido, procediendo el juez, a nombre del deudor, a suscribir el instrumento o a constituír la obligación, si requerido préviamente el deudor no lo hiciere dentro del plazo fijado por el Tribunal.

Con anterioridad al presente Código no existía ley que autorizara a los jueces para suscribir las escrituras por parte del deudor, en los casos a que se refiere este artículo.

CAPITULO VI

COMO SE PURGA LA MORA DEL DEUDOR

Cuando se trata de la purgación de la mora del deudor, debe entenderse que es la situación creada en su favor cuando la mora y sus efectos desaparecen.

En el antiguo Derecho Romano existían varios medios para obtener el objeto indicado. Consideraban que la mora podía extinguirse por la voluntad expresa o tácita del acreedor, en virtud de la cual éste *renunciaba* a los efectos que la mora producía en contra del deudor.

Desde el momento en que el acreedor dilata el plazo, manifiesta que la obligación puede cumplirse con utilidad para él en una época posterior, y que la obligación deja de ser *exigible* por el momento, no pudiendo el deudor continuar en el estado de mora. Sin embargo, hay que considerar dos situaciones diversas: el estado anterior a la manifestación de voluntad del acreedor que dilata

el plazo, y el estado posterior a dicha manifestación en que se opere la cesación de la mora.

No podrá presumirse que el acreedor, al ampliar el plazo, renuncia a los intereses moratorios devengados con anterioridad a la manifestación de voluntad que concede la prórroga.

Para determinar si el acreedor renuncia o nó a los intereses, habrá que analizar las circunstancias que en cada caso concreto pueden presentarse, teniendo siempre presente que las renuncias no se presumen; lo cual significa que quien quiera servirse de ellas deberá acreditarlas y probar la intención expresa o tácita de parte del acreedor en ese sentido.

Se señalaba, asimismo, como un medio de purgar la mora, *la extinción de la obligación*. Si desaparece ésta, no pueden presentarse los tres estados en que el sujeto pasivo de toda obligación puede encontrarse: cumplimiento, incumplimiento y retardo, elemento este último que es esencial en la institución jurídica que se llama mora. Por consiguiente, no pudiendo presentarse este elemento característico de ella, no podrá producirse el estado de mora.

Habiendo hecho una breve reseña de lo establecido en el Derecho Romano acerca de esta materia, entraremos a analizarla en nuestra legislación.

Nuestro Código no ha sentado en forma expresa reglas concernientes a la manera de extinguir la mora del deudor; pero ello se deduce de los principios generales que ese cuerpo de leyes sienta y de la interpretación que la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha dado a esos principios.

Puede extinguirse la mora:

1.º *Ejecutando la obligación,* lo cual tendrá lugar en todos aquellos casos en que el acreedor se avenga a recibir el pago, después que el deudor se haya constituído en mora, situación que no siempre se produce; pues hay casos en que el acreedor se niega a recibir lo debido. Es necesario, entonces, para que el deudor se exonere de la mora, hacer el pago por medio de la consignación de la cosa debida, incluyendo además los intereses devengados por el incumplimiento de la obligación en la época oportuna.

Hay, sin embargo, casos en que el deudor no puede eximirse de la obligación por este medio, cuando no cuenta con la libre aquiescencia de su acreedor para ejecutar la prestación. El deudor, constituído en mora en una obligación de hacer, debe esperar que el acreedor se decida por cualquiera de los derechos que el Art. 1553 del C. Civil le concede, ya que éste tiene facultad para pedir a su arbitrio la ejecución de la obligación o bien, en su reemplazo, la correspondiente indemnización de perjuicios. Otro tanto sucede cuando se ha estipulado una cláusula penal para garantizar el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso, de acuerdo con lo prescrito en el Art. 1537 de nuestro Código, una vez constituído el deudor en mora, dependerá del arbitrio del acreedor exigir la obligación principal o la pena. Por consiguiente, para que se pueda efectuar la consignación válidamente y hacer cesar los efectos de la mora, será necesario tomar en consideración las circunstancias que en cada caso se presenten.

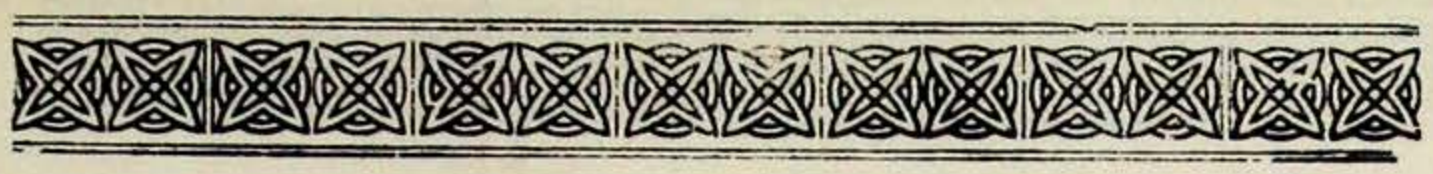
2.º Por la renuncia que el acreedor haga de la

mora y de sus efectos. Esta puede ser expresa o tácita. Se señala como una forma de renuncia tácita aquella que se opera por medio de la novación. El efecto de la novación es extinguir la obligación, la cual viene a ser reemplazada por una nueva; de modo que, desaparecida aquélla, desaparecerán también los efectos producidos a causa de no haberse cumplido la obligación oportunamente. En cuanto a los intereses devengados en el período comprendido entre el estado de mora y el momento en que se opera la novación, ellos *desaparecerán,* a menos que las partes acuerden lo contrario (Art. 1640 del C. Civil).

3.º Se extingue la mora del deudor y sus efectos, conjuntamente con la obligación que la produce, por la remisión, la confusión, la prescripción y la compensación de la deuda.

COMISION EXAMINADORA

Don Agustín Vigorena, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Don Juan Esteban Montero, Profesor de Derecho Civil.
Don Eduardo Erazo, Profesor de Derecho Procesal.
Don Samuel Gajardo, Profesor de Medicina Legal.
Don Alejandro Lira, Profesor de Minas.
Don Pedro Ortíz, Profesor de Derecho Penal, y
Don Federico Duncker Biggs, Profesor de Derecho Internacional Privado y Secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



CURRICULUM VITAE

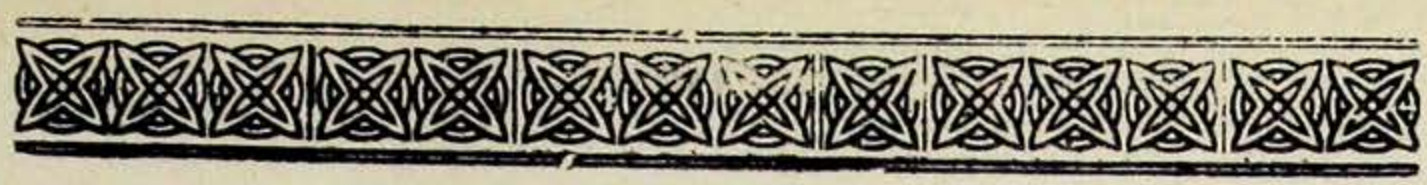
Nació en Los Angeles. Hija de don Tomás Córdova Silva y de la señora Rosario Sanhueza Ferreira.

Siendo profesora en los servicios del Estado, estudió privadamente humanidades (1920-1921 y 1922) y rindió sus exámenes en el Liceo de Hombres de su ciudad natal.

Recibió su título de Bachiller en Humanidades el 3 de Abril de 1923.

Hizo privadamente sus estudios de Derecho en los años 1923 a 1928.

Las nuevas orientaciones que se le imprimieron a los servicios educacionales en 1929, le quitaron el tiempo y tranquilidad necesarios para someterse a la prueba final. El 29 de Agosto de 1930 rindió el examen para optar al grado de Licenciado en Leyes, Ciencias Jurídicas y Sociales.



INDICE

CAPITULO II

Efectos de la Mora

CAPITULO III

De la pérdida de la cosa que se debe

CAPITULO IV

Derechos auxiliares del acreedor

CAPITULO V

Efectos de la Mora en las obligaciones de hacer

CAPITULO VI

Como se purga la Mora del Deudor