

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y FACTORES DE IMPUTACION DE DAÑOS: APUNTES PARA UNA RELECTURA EN CLAVE OBJETIVA¹

Jorge Baraona González

Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

SUMARIO

1. Hacia una mayor objetivación de la responsabilidad contractual; 2. Pretensión de cumplimiento e indemnización por daños y perjuicios; 2.1. Función resarcitoria compatible con el cumplimiento de la obligación; 2.2. Perjuicios moratorios distintos a otros daños complementarios al cumplimiento mismo; 2.3. La *aestimatio rei* como subrogación de la prestación que se ha hecho imposible; 3. Factores de imputación; 3.1. Pérdida de la cosa debida; 3.1.1. Más allá de la culpa-negligencia; 3.1.2. La custodia/conservación de la cosa debida; 3.2. La imputación de responsabilidad por daños y perjuicios causados por lesión del interés prestacional; 3.2.1. Funciones de la diligencia y negligencia en los distintos tipos de obligaciones; 3.2.2. La importancia del origen de los daños; 3.2.3. La constitución del deudor en mora; 3.2.4. La negligencia como factor de imputación; 3.2.5. El dolo; 3.3. Caso fortuito como circunstancia exoneradora de responsabilidad; 3.4. Daños a intereses extraobligacionales; 4. Principales conclusiones.

1. HACIA UNA MAYOR OBJETIVACION DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El debate contemporáneo sobre la responsabilidad contractual se caracteriza por un serio replanteamiento sobre la centralidad de la culpa (negligencia) como gozne sobre el cual hacer girar el tema, buscándose nuevos factores de imputación, que permitan desligar al intérprete de un juicio de reprochabilidad central necesariamente en el comportamiento del deudor, indagando criterios de vinculación más objetivos². En el Derecho chileno lamentablemente las obras recientes tienden a seguir ancladas en las antiguas perspectivas³.

¹ Asumo como presupuesto, que no pruebo en este trabajo, que la responsabilidad contractual (obligacional) tiene un especificidad propia respecto de la responsabilidad civil por daños y perjuicios de naturaleza extracontractual. Al respecto véase VINEY, en *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Ghestin. *Introduction à la responsabilité*, 2^a ed., LGDJ., Paris, 1995, pp. 281-422; para un análisis actual de la situación dogmática de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Derecho italiano. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e Responsabilità extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1993, *passim*; para el derecho español es útil el trabajo reciente de Miquel GONZÁLEZ, "La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Responsabilidad Civil*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993 (pp. 61-78).

² Cfr. JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*. Civitas, Madrid, 1987, *passim*.

³ Cfr. FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2^a ed., Santiago de Chile, 1992, pp. 380-425. Afirma este autor que "como conclusión de mayor proyección, debemos recalcar que nuestro Código reconoce un sistema de *responsabilidad*

Me propongo en este trabajo hacer un relectura de las principales normas sobre responsabilidad contractual por pérdida de la cosa debida y por indemnización por daños y perjuicios recogidas en el Código Civil chileno⁴, y contrastarlas con la interpretación que hasta ahora ha sido común en la civilística nacional, sometiendo a juicio crítico sus principales conclusiones, intentando demostrar que, pese a los casi 150 años de su entrada en vigor, el sistema de responsabilidad contractual que se contempla admite un lectura en clave más objetiva. No se pretende agotar ni mucho menos el tema, sino ofrecer una línea de argumentación que demuestre que la solución culpabilista está lejos de ser una doctrina que emane con fluidez de nuestro principal Cuerpo Civil, al menos en todos los extremos que hasta ahora se ha pretendido.

El cuestionamiento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad contractual fue hecho en Italia por Osti⁵ a principios de siglo, quien sostuvo que no podía ser sino la propia prestación la fuente generadora de la misma, en tanto y cuanto no se hiciera sobrevenidamente imposible por causa no imputable al deudor. Con el material normativo que le ofrecía el antiguo *Codice* de 1865, que *mutatis mutandi* seguía el modelo del *Code* francés, el autor entendió que una comprensión objetiva de la responsabilidad contractual obligaba a admitir que en tanto no sobreviniera la imposibilidad no había necesidad de indagar otra fuente de responsabilidad que no fuera la misma obligación, y concurriendo tal imposibilidad por causa no imputable al deudor, se extinguía la obligación quedando el deudor liberado. La imposibilidad debía comprometer a la prestación en sí considerada. despojándola de todo juicio que no se fundara en la prestación misma. Por ello no era necesaria –a menos que la prestación supusiera un comportamiento personalísimo del deudor– indagar por impedimentos que hicieran referencia a la persona misma del obligado, o que no pudieran ser superados sino recurriendo a un grado de esfuerzo superior al impuesto por la diligencia del cual el deudor debía responder. Así, la imposibilidad sólo es tal frente a un impedimento *objetivo* –vinculado a la dirección del impedimento–, es decir, inherente a la intrínseca entidad del contenido de la prestación, un impedimento que se oponga al cumplimiento de la prestación en sí y por sí considerado, abstracción hecha de todo elemento extrínseco a la misma, en particular a toda elemento que se funde en la persona del deudor (excepto el caso en que el deber es personalísimo), y *absoluto* –como intensidad del mismo–, insuperable cualquiera fuere el grado de diligencia del que se responda. Mientras no fuere así, la obligación subsiste y con ello la responsabilidad del deudor. Sobrevenida la imposibilidad, en los términos que se ha descrito, si tal impedimento no puede imputarse a culpa o dolo del deudor, se produce un doble efecto: extintivo de la obligación y liberatorio de responsabilidad⁶. En tal sentido, la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al

subjetiva, esto es, basada en la conducta culposa o dolosa del sujeto o agente. Esto se observa tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual" (p. 382). Una inclinación subjetivista también muestra ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, t. II, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 667 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, *La obligación como deber de conducta típica*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1992, *passim*.

⁴ En lo sucesivo Código se abreviará como CC.

⁵ Cfr. OSTI, "Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione", *Rivista di Diritto Civile*, t. X, 1918, pp. 207-259 y 313-360.

⁶ *Ibid.*

deudor –no hay duda alguna– sigue siendo hasta el día de hoy un límite claro de la responsabilidad contractual.

Este primer objetivismo, que abrió el camino en el Derecho italiano para un replanteamiento de la culpa como factor de responsabilidad contractual, tuvo gran influencia en la doctrina y –lo que es más importante– fue decisivo en la redacción del nuevo Código Civil italiano de 1942, en cuya *Relazione al Codice Civile* N° 571-577 se afirmó que el artículo 1.218, lógicamente conectado con el 1.256, pone en evidencia que debe tratarse de una imposibilidad de la prestación en sí y por sí considerada⁷, haciéndose directa referencia a la doctrina Osti. No obstante ello, el nuevo *Codice* dispuso, en su artículo 1.176. 1°, que en el cumplimiento de su obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia, lo que permitió a un importante sector doctrinal no dispuesto a desterrar la culpa como eje central de responsabilidad, postular que las proposiciones de los artículos 1.218 y 1.176 debían ser armonizadas, resultando que el concepto de imposibilidad debía teñirse de diligencia debida *ex* artículo 1.176, volviéndose a la interpretación tradicional⁸.

La reacción no se hizo esperar. Así, Mengoni publicó su célebre trabajo sobre las obligaciones de medios y de resultado⁹, inspirado en la lúcida intuición que ya Osti insinuara en su artículo de 1918 y particularmente en la distinción que había sugerido Demogue en Francia unos treinta años antes y profundizada por algunos autores franceses¹⁰. Para el autor italiano, si se investigaba en torno al objeto de la prestación pronto podría confirmarse que la diligencia no cumplía en las obligaciones la misma función, pues en determinadas obligaciones –las de medios– la diligencia tenía una papel integrador del objeto de la prestación, pues el resultado que se perseguía con ella quedaba afuera de lo debido. Por el contrario, en las obligaciones de resultado el bien esperado por el acreedor se incorpora en el contenido de la prestación y la diligencia no puede tener la función de fundamento ni extensión de responsabilidad, sino en el límite de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, entendida como factor de imputación antitética al *casus*, en razón de que la verdadera extensión de la obligación viene impuesta por el deber de actuar de buena fe, y esto supone que el deudor debe comportarse de tal manera de ejecutar los actos necesarios para obtener el resultado debido, como un buen padre de familia, a fin de mantenerse en situación de cumplir. Por ello, si el juicio de diligencia le resulta favorable al deudor, frente a un supuesto de imposibilidad, la obligación se extingue y no hay lugar a responsabilidad. El fundamento directo de exención de responsabilidad, en este caso, es la extinción de la obligación¹¹.

⁷ Cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*. Jovene, Napoli, 1979, p. 38.

⁸ Cfr. BARASSI, *La teoria generale de la obbligazione*, 2ª ed., t. III, Giuffrè, Milano, 1964; BETTI, Emilio, *Teoria general de las obligaciones*, t. II, traducción De Los Mozos, Edersa, 1969; GIORGIANNI, *L'inadempimento*. Giuffrè, Milano, 1959.

⁹ Cfr. MENGONI, "Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzo'", en *Rivista del Diritto Commerciale*, P. Prima, t. LII, 1954, pp. 185-209 y 280-320.

¹⁰ Cfr. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925; MAZEAUD, H. "Essai de classification des obligations de moyen et de résultat", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1936, pp. 4 y 22 y ss.; TUNC, "La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence", en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, 1947-48, I, pp. 126 y ss.

¹¹ Cfr. MENGONI, "Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzo'", en *Rivista del Diritto Commerciale*, P. Prima, t. LII, 1954, pp. 185-209 y 280-320.

Por su parte Osti también insistió en su postura inicial, advirtiendo la desviación que se estaba produciendo en contra del texto expreso de la ley, reiterando que la culpa sólo podía tener fundamento de responsabilidad cuando sobreviniera una imposibilidad objetiva y absoluta de la prestación¹².

Los últimos cuarenta años han sido muy fructíferos en nuevos planteamientos en la doctrina italiana, en donde se advierte un esfuerzo por construir una segunda objetivación, no ya en la línea ostiana, sino más bien intentando alejar del juicio de imputabilidad del deudor a los factores subjetivos, incluso frente al supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación. El esfuerzo integral más notable es el que ha hecho la escuela de análisis económico del Derecho, que en Italia comenzó a hacerse espacio por la pluma de Trimarchi, sobre la base del concepto de riesgo¹³. Por otro lado, la revitalización de la noción de buena fe ha permitido objetivar la idea de prestación, racionalizando la idea de cumplimiento, superando la rigidez que supone atenerse a un estrecho esquema textual. consolidándose en un importante sector doctrinal la idea de *inexigibilidad*, como la noción básica en la que fundar la responsabilidad contractual¹⁴. Con todo, aún subsisten doctrinas ancladas en la culpa como factor de imputación agregada a la idea de imposibilidad, pero con intentos serios por darle un mayor carácter objetivo¹⁵.

En la doctrina francesa el debate durante este siglo también ha intentado superar la dificultad interpretativa que ofrecen el artículo 1.147 del *Code*, que pone como principio de exclusión de la responsabilidad contractual que el hecho provenga de una causa extraña del deudor, y el artículo 1.137 del mismo Cuerpo, que impone al deudor de una cosa el deber de custodia conforme a la diligencia de un buen padre de familia, sea que el contrato le beneficie individualmente o a ambos contratantes. Frente a estas normas, se cuestionó la interpretación tradicional que las leía en óptica culpabilística, entendiendo que lo central para eximirse de responsabilidad era que el deudor actuara de tal manera que su conducta pudiera calificarse como ejerciendo la diligencia debida. Demogue propuso resolver el conflicto recurriendo a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, y así entender que para el caso de las obligaciones de medios debía ser el acreedor quien había de dar la prueba del incumplimiento, demostrando que el deudor no había cumplido con la diligencia debida; por el contrario, en el supuesto de obligaciones de resultado, debe ser el

¹² OSTI, "Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, t. VIII, 1954 (pp. 593-622), *passim*.

¹³ Cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, *passim*; para la responsabilidad contractual, el trabajo "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, t. XXVI, 1970, pp. 512-531, asumiendo que las normas sobre responsabilidad contractual pueden ayudar a buscar una distribución óptima de los recursos en la economía general, y en general permitir una distribución de riesgos que aseguren la mejor asignación de costos.

¹⁴ Cfr. VISINTINI, *La responsabilità...*, cit., pp. 81-118; también "L'inadempimento delle obbligazioni", en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, v. 9, Utet, Torino, 1984, ristampa 1992, pp. 168-172; en una aproximación más económica a la determinación del contenido de la prestación, se postula que la buena fe permite compatibilizar el cumplimiento con las circunstancias concretas en que debe ejecutarse, en función de la economía contractual cfr. BESSONE, *Adempimento e Rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 343 y ss.

¹⁵ Cfr. BIANCA, *Dell'Inadempimento Delle Obbligazioni*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, 2ª ed., Bologna-Roma, 1979, pp. 98-151.

deudor quien ha de dar la prueba de su diligencia. Aunque la distinción no recibió la confirmación unánime de la doctrina, el apoyo de los hermanos Mazeaud, del profesor Tunc, y en general de la jurisprudencia, ha hecho que ella sea admitida en el Derecho francés, y que el eje de la discusión se desplazase no ya a la admisión de las figuras, sino hacia las modalidades de su aplicación¹⁶. Esto ha llevado a una parte importante de la doctrina francesa a admitir dos regímenes distintos de responsabilidad, el de la obligación de medios, que supone acreditar la infracción contractual ofreciendo la prueba de la negligencia del deudor, y de las obligaciones de resultado, que permiten presumir tal infracción con la sola ausencia del resultado, pudiendo siempre el deudor exonerarse de responsabilidad dando la prueba de la causa extraña que le impidió cumplir¹⁷ (caso fortuito). Por lo expuesto, puede afirmarse que la *faute* francesa, elemento indispensable para que proceda la responsabilidad civil de naturaleza contractual, no tiene en todos los casos el sentido de culpa-negligencia.

Pero el tema de la responsabilidad civil de carácter contractual no sólo ha sido repensado frente a la centralidad de la culpa como elemento de atribución, también ha sufrido cuestionamiento la noción misma de diligencia, en términos de no admitirse, por un influyente sector doctrinal, la idea de negligencia como indagación por el ánimo o especial disposición del carácter –psicológica al fin–, para desplegarla como un idea objetiva, basada más bien en comportamientos que vienen dados conforme al modelo y grado de diligencia del que se responde (*diligens pater familias*, perito o profesional, etc).

Por otra parte, la noción misma de dolo en materia de incumplimiento contractual ha sido replanteada, y hoy no existe consenso en torno a la clásica idea de voluntariedad de la acción, conocimiento de la ilicitud e intención dañosa, para fundar la responsabilidad por este factor, y muchos piensan que en materia contractual es más bien la voluntaria inejecución del deber de prestación, sin ser precisa la intención dañosa, bastando la deliberada decisión de no cumplir aunque sea motivada por un beneficio propio. Incluso la conciencia de la ilicitud es puesta en duda, pues se estima, con fuerte influencia de la reflexión del dolo penal, que debe estar teñida más que de antijuricidad, de conocimiento de los elementos fácticos que la ley califica como incumplimiento, sin importar la conciencia que ellos sean efectivamente antijurídicos.

El caso fortuito, causa tradicional de exoneración de responsabilidad, que para muchos sigue siendo el quicio sobre el cual asentar los factores de exclusión de responsabilidad, se ha ido objetivando y combinando con elementos de tipo económico, afirmándose que lo central parece estar en la idea de extrañidad del evento respecto de la esfera de influencia del sujeto obligado, y de la mayor o menor previsibilidad del mismo en función del acuerdo contractual. La idea de riesgo aparece en muchas presentaciones como básica a la hora de establecer la distribución de cargas y beneficios en el contrato, determinado por los costes pagados.

¹⁶ VINEY, en *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, *Las obligaciones. La responsabilité: Conditions*, Paris, LGJ, 1982, pp. 630-665; CARBONNIER, *Droit Civil. Les obligations*, 18ª ed., PUF, Paris, 1994, pp. 280-289; SERIAUX, *Droit des Obligations*, PUF, Paris, 1992, pp. 217-227; BENAVENT, *Droit Civil. Les Obligations*, 3ª ed., Paris, 1991, pp. 158-166; MALAURIE y AYNÉS, *Droit Civil. Les Obligations*, 6ª ed., Cujas, Paris, 1995, pp. 463-469.

¹⁷ Cfr. VINEY, *Traité... La responsabilité: conditions*, cit., pp. 628-629.

Por último, la forma de determinar la relación de causalidad material entre el hecho dañoso y el sujeto responsable también ha sido repensada, pues ya no satisface la tradicional doctrina afirmadora de que la causa fáctica de un hecho se explica por medio del principio de la equivalencia de las prestaciones.

Expuestas así las cosas, parece justo hacer una revisión de nuestras principales disposiciones sobre responsabilidad contractual, para verificar el exacto contenido de la voz *culpa* que ocupa el Código en muchas de ellas, si es o no equivalente a negligencia (ausencia de diligencia debida) y de los elementos o factores de atribución de daños y perjuicios que en el Código se puede encontrar. No me haré cargo de los problemas que presenta la imputación material de los daños.

2. PRETENSION DE CUMPLIMIENTO E INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS

2.1. *Función resarcitoria compatible con el cumplimiento de la obligación*

El problema del *id quod interest* ha supuesto una gran dificultad para los autores en todos los tiempos, pues siempre ha sido difícil determinar, frente a una falta de cumplimiento, cuáles son los perjuicios que se han causado al acreedor¹⁸. La evolución de las normas desde el Derecho romano clásico hasta hoy es interesantísima, y puede concluirse que como mínimo son dos los conceptos a tener presente: el valor de la prestación en sí considerado, que en el Código Civil muchas veces se representa con el precio de la cosa, y los perjuicios propiamente tales¹⁹. El Código Civil chileno prescribe como uno de los efectos que derivan de las obligaciones de fuente contractual, y antes de tratar las diferentes causas de extinguir la obligación, el derecho del acreedor a ser indemnizado de los daños y perjuicios que el incumplimiento le puede originar. Estos perjuicios no constituyen necesariamente la vía de cumplimiento por equivalente de la obligación, como tradicionalmente se le ha querido presentar —el *id quod interest*—, sino un derecho complementario del acreedor a ser resarcido cada vez que la infracción de la obligación le suponga un daño, conforme a las normas de imputación y extensión que el mismo Cuerpo establece (cfr. artículos 1556 a 1559)²⁰.

Insisto que se trata de daños que son complementarios a la prestación misma, ya sea que provengan del incumplimiento definitivo de la obligación, de una mala ejecución, o sólo del hecho de haberse retardado, por ello susceptibles

¹⁸ Cfr. BADOSA COLL. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 1 y ss.

¹⁹ Sobre tal evolución el mismo BADOSA. *Ibid.*; GRAMUNT FOMBUENA, *La mora del deudor en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 190 y ss.

²⁰ En contra FUEYO, *Cumplimiento...*, cit., p. 354, para quien en tanto no haya imposibilidad de coacción, o el agotamiento de los medios para obtenerla, no hay derecho a cobrar indemnización por los daños y perjuicios. En lo que no puedo estar de acuerdo, pues lo que el Código exige es que se haya producido un daño como consecuencia de la infracción de la obligación. Poner como requisito de la pretensión de daños y perjuicios que la obligación no pueda cumplirse *in natura*, sencillamente comporta entender que, aparte de los daños por mora, no se producen otras consecuencias perjudiciales para el deudor, mientras el cumplimiento en especie sea posible, negando la alternativa de daños al acreedor, complementarios a la prestación misma.

de ser agregados a la pretensión de cumplimiento. No es correcto hablar en este terreno de cumplimiento por el equivalente²¹, pues da la idea que la indemnización reemplaza a la prestación, los que sólo podría admitirse cuando se está frente a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Existe derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios en otros supuestos distintos a la pérdida de la cosa debida y su función es indemnizar los daños causados por la infracción contractual, con abstracción de lo que haya ocurrido con la prestación misma. El artículo 1553 CC, sobre obligaciones de hacer, es claro a este respecto, al permitir al acreedor cuyo deudor se ha constituido en mora de cumplir, tres opciones alternativas: 1) apremio para que el mismo deudor cumpla con el hecho convenido (compulsión personal al cumplimiento); 2) autorización para ser ejecutado por un tercero a expensas del deudor (cumplimiento por equivalente); y 3) ser indemnizado de todo perjuicio resultante de la infracción, aparte del resarcimiento moratorio.

2.2. *Perjuicios moratorios distintos a otros daños complementarios al cumplimiento mismo*

El mismo artículo 1553 CC podría llevar a pensar que los únicos perjuicios complementarios al cumplimiento son los que se causan como consecuencia del retraso (mora)²², lo que me parece un error, pues supone desconocer que en el incumplimiento de la obligación puede acarrear consecuencias en contra del acreedor que superan la mera ausencia de la prestación debida, repercutiendo en su patrimonio, incluso más pueden causarse daños aunque el deudor haya cumplido con el deber central a que estaba obligado (la violación positiva del crédito²³).

En el artículo 1555 CC se presenta a la función resarcitoria como distinta a la de cumplimiento, y la posibilidad de indemnizar perjuicios como complementaria a la pretensión de ejecución forzosa, al permitirse al acreedor, frente a la contravención de una obligación de no hacer, pedir o la destrucción de lo hecho si aún ello es posible —comportamiento a que puede ser obligado el deudor—, o autorizado el acreedor a hacerlo ejecutar por un tercero a expensas de su deudor, prescribiendo que “el acreedor quedará de todos modos indemne”. Ello confirma que para el Código una cosa es la pretensión de cumplimiento, y otra distinta los daños ocasionados con motivo del cumplimiento/incumplimiento de la obligación.

Si se revisa el contenido de los daños y perjuicios a que puede ser condenado el deudor, puede concluirse que no necesariamente coinciden con lo que podría denominarse el valor de la prestación, pues el artículo 1556 CC se refiere al daño emergente y al lucro cesante, y por mucho que se quiera hacer coincidir la expresión daño emergente con el valor de la prestación, el lucro cesante no

²¹ FUEYO. *Cumplimiento...* cit., p. 333, intitula el Cap. IV, de la Segunda Parte, “Reparación de daños (cumplimiento por equivalencia o indemnización de daños y perjuicios). (también denominada ejecución indirecta).

²² Es la idea que se desprende de ABELUCK. *Las obligaciones*, II, pp. 670-673.

²³ Sobre esta noción véase MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, t. I, ed. española y traducción de A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 191-196. En síntesis, se postula que el deudor no sólo debe cumplir sino que debe hacerlo sin dañar otros intereses del acreedor (persona física o patrimonio).

puede ser reconducido a esa idea. Por otra parte, tal contenido de los daños no sólo es aplicable a los perjuicios que se originan con la infracción por ausencia total de cumplimiento, sino también para el defectuoso y la ejecución retrasada, lo que permite concluir que las expresiones son universales a cualquier pretensión de daños de origen contractual.

Si hubiera duda sobre lo que se afirma, nada mejor que conocer la extensión de tales daños. El Código distingue entre infracción dolosa o no. Si es dolosa, se responde de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. De lo contrario se responde de los perjuicios que se previeron o pudieron prever al tiempo del contrato (cfr. artículo 1558 CC). Admitiendo que la fijación de estas proposiciones tiene una historia nada de sencilla, debe reconocerse que, en todo caso, la norma siempre está mirando más allá del valor en sí, de cara a la repercusión que el incumplimiento causa en el patrimonio y persona del acreedor. El centro de la tutela resarcitoria es el daño causado que es un elemento nuevo en la prestación y, por ello, tiene autonomía de fuente. No es la infracción en sí lo que da derecho a pedirla sino la posibilidad de imputarle al deudor el daño causado, más allá del deber de prestación, lo que supone existencia y prueba del mismo. Por ello, es razonable admitir que no siempre ni necesariamente toda infracción contractual da lugar a la indemnización de perjuicios *ex* artículos 1556 a 1558²⁴, lo que parecería un contrasentido si se pretendiera negar que la falta de cumplimiento no supone la ausencia de un beneficio mínimo: el deber de prestación, que, en el ámbito del derecho patrimonial, parece siempre debe tener valor pecuniario.

El Código admite esta distinción, en materia de resolución contractual, pues el artículo 1489 inc. 2° permite al acreedor ejercer a su elección la resolución o la pretensión de cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios, lo que autoriza a sostener que son complementarios a la prestación. Y aquí no se habla de daños moratorios.

Como confirmación de lo que se sostiene, aparte de estos daños que complementan a la ejecución/inejecución misma de la prestación, el Código trata, en sede de extinción de las obligaciones, de la pérdida de la cosa debida, que en otras legislaciones la doctrina la estudia como la imposibilidad sobrevenida de la prestación²⁵. Aunque se habla de la pérdida de la cosa debida para las obligaciones de dar cosas determinadas y específicas, según la doctrina común, también puede configurarse la imposibilidad de cumplimiento para las obligaciones de hacer. Admito serias dudas, en cambio, para las negativas.

Si lo anterior es como se expone, en tanto no se configure la pérdida de la cosa debida la obligación subsiste, y el deudor está obligado a cumplir con ella, deber de prestar primitivo al que puede agregarse uno complementario de carácter resarcitorio, fundado en la imputación de daños que se hayan causado, ya sea por un retraso en el cumplimiento –infracción meramente cronológica– o por una inadecuada forma de cumplir. Sólo en el evento que se haya producido la

²⁴ FUEYO, *Cumplimiento...* cit. p. 360. "no es necesidad que una infracción de la obligación ocasione siempre perjuicios. Es, sin embargo, lo corriente"; en el mismo sentido ABELIUK, *Las obligaciones*, II, cit., pp. 673-674.

²⁵ De imposibilidad de cumplimiento habla ABELIUK, *Las obligaciones*, II, cit., pp. 973 y ss.

pérdida de la cosa debida se produce un hito que obliga a determinar las consecuencias que de ello se derivan²⁶.

2.3. *La aestimatio rei como subrogación de la prestación que se ha hecho imposible*

Para el Código, cada vez que la cosa perece por causa no imputable al deudor, se produce el doble efecto: extintivo de la obligación y liberatorio del deudor, con la consiguiente insatisfacción del acreedor, solución por lo demás tradicional y que viene desde el Derecho romano. Sólo cuando la pérdida (imposibilidad de cumplimiento) puede ser imputada al deudor, el artículo 1672 CC entendiendo que el efecto extintivo no se produce sino que la obligación subsiste variando de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor, lo que se denomina tradicionalmente la *perpetuatio obligationis*, por la cual se supone subsistente una obligación, no obstante la imposibilidad de cumplimiento *in natura*. Esta norma es coherente con la solución que el Código ofrece, entre otras materias, para las obligaciones condicionales (artículo 1486), alternativas (artículo 1504 inc. 1º), facultativas (artículo 1506), solidarias (artículo 1521), indivisibles (artículos 1526 N° 3º, 1533 inciso 2º), emanadas de la compraventa (artículo 1820), etc. De estas disposiciones puede concluirse que la imposibilidad sobrevenida de la prestación puede dar lugar a un doble efecto opuesto, según si es o no imputable al deudor: perpetuador o extintivo/liberatorio.

Deteniéndome en el efecto perpetuador, debe afirmarse que las normas del Código aparecen todas consistentes en la misma idea: cuando hay *perpetuatio obligationis*, dado que la cosa determinada ha perecido (o es de incumplimiento imposible), se la sustituye por el precio de la misma, que viene a subrogarla a todos los efectos²⁷. Por ello no creo que tal precio pueda ser considerado verdadera indemnización y, por lo mismo, no se rige por la normas de los artículos 1556 a 1559 CC. La pretensión del acreedor cuando persigue sólo el precio es acción de cumplimiento²⁸. Tanto así que el artículo 438 N° 2 del CPC permite

²⁶ Por eso es que tanto FUEYO, *Cumplimiento...* cit., pp. 338 y ss., como ABELIUK, *Las obligaciones*, II. cit., p. 671, entienden que no hay derecho a los daños y perjuicios complementarios en tanto no se haya producido la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Pero no puedo estar de acuerdo con este criterio, pues conceptualmente, como se ha dicho, los daños y perjuicios están referidos a la repercusión que se produce en el patrimonio o la persona del acreedor, por lo que pueden causarse incluso en el supuesto que el cumplimiento sea posible, y no provengan de mero incumplimiento temporal (perjuicios moratorios).

²⁷ Cfr. ABELIUK, *Las obligaciones*, II. cit., pp. 669-670, explica que las alternativas pueden ser tres: mirarla como una nueva obligación, o la misma que cambia de objeto, y por último entender que existe una nueva obligación que subroga a la anterior. Opta por la última, pero con un error, en mi concepto, pues el autor la plantea para todo caso de indemnización compensatoria, y ya se ha dicho que estimo que en este caso no hay propiamente una indemnización.

²⁸ Para ABELIUK, *Las obligaciones...* II. cit., pp. 659, conforme al art. 438 N° 2 del C.P.C., cuando la cosa a ejecutarse no se encuentre en poder del deudor, puede recaer sobre el valor de la especie debida, y la incluye dentro del cumplimiento forzado de las obligaciones de dar: sin embargo, FUEYO, *Cumplimiento...* cit., pp. 275-276, explica que en estos casos el acreedor tiene derecho al precio, como indemnización de daños y perjuicios. Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 17 de mayo de 1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCI, Sección 2ª, 1994, admite la ejecución por el precio de la cosa, en un juicio contra el Fisco, en que el ejecutado estaba obligado a restituir y no podía hacerlo en especie.

que la ejecución de dar no sólo recaiga sobre la cosa misma sino sobre “el valor de la especie debida y que no exista en poder del deudor, haciéndose su evaluación por un perito que nombrará el Tribunal”²⁹.

Las razones para abonar esta conclusión son múltiples. He aquí algunas de ellas.

Desde un punto de vista lógico, si el Código ha establecido que en tal caso la obligación no se extingue, quiere decir que subsiste, y para evitar las dificultades obvias que podrían surgir en la determinación del nuevo contenido de la obligación, se fija directamente la *aestimatio rei* o el precio de la cosa, quedando así plenamente establecido el nuevo contenido. Sería absolutamente contradictorio con este efecto perpetuador y con la forma de concretar el contenido del nuevo objeto, considerársela como indemnización, pues supondría acreditación de daños conforme a las normas de los artículos 1556 a 1559, en un juicio que de suyo parece ser de lato conocimiento.

① La solución que el Código prescribe en determinado tipo de obligaciones ilumina con perfecta claridad la solución aquí propugnada. El caso más nítido —en mi opinión— está dado por las obligaciones sujetas a solidaridad pasiva, en donde la base de la misma es una garantía (aumentar el número de personas y por tanto de patrimonios obligados), por ello, cada vez que la obligación perece por culpa de alguno de los solidariamente obligados, la obligación subsiste respecto de todos únicamente en relación al precio, y personalmente en el deudor causante de los daños, por la indemnización (cfr. artículo 1521). La norma ha suscitado dificultades de comprensión, pues para muchos autores no es fácil encontrarle coherencia lógica, no obstante tener raigambre histórica³⁰; sin embargo, despojados del énfasis culpabilista, puede admitirse su razonabilidad si se acepta que el precio (valor de la prestación) representa el ámbito de lo debido más allá del juicio de culpabilidad. Si se quiere dar verdadero contenido a la solidaridad, debe hacerse responder a todos los deudores por el precio, aun cuando la imputación por la pérdida de la cosa sea atribuible a sólo uno de ellos, en coherencia con lo que aquí se expone sobre la *perpetatio obligationis*. Si el precio de la cosa fuere indemnización, la solución del Código debía ser distinta: hacer sólo responsable de ella a quien puede imputársele culpa. La diferencia se basa en la distinta naturaleza del contenido de uno y otro aspecto: la prestación misma y la indemnización.

② Para el supuesto de obligaciones indivisibles, la proposición es distinta, pues en tal caso sólo se hace responsable al deudor que le es imputable la pérdida de la cosa, y el resto se libera de responsabilidad, por extinguirse para ellos la obligación (cfr. artículos 1526 N° 3°, y 1533 CC), sin perjuicio de dividirse la obligación resarcitoria y generarse una suerte de indivisibilidad de pago, cuando hay más de un responsable. Al no haber solidaridad, no existe unidad de prestación, por lo que al hacerse divisible la obligación, por la causa que sea, se vuelve a las reglas generales.

③ Los efectos que el Código prescribe para las obligaciones de hacer y no hacer se inspiran en la idea que aquí se sostiene, pues el artículo 1553 autoriza,

²⁹ La excepción de pérdida de la cosa debida (cfr. artículo 464 N° 15 CPC), sólo puede oponerse cuando ella no ha sido imputable al deudor.

³⁰ CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, t. X. Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, pp. 429-433.

frente al incumplimiento de la obligación, a hacerla ejecutar por un tercero a expensas del deudor, pretensión que claramente no es indemnización (a ella se refiere el N° 3), pero tampoco es satisfacción por el deudor: es entonces cumplimiento por un tercero. La ejecución supone obtener una cantidad de dinero del deudor para satisfacer el pago al tercero, lo que indica que para el Código si hay obligaciones de hacer, siempre es posible que el acreedor alcance el cumplimiento, pues basta intentar la satisfacción a expensas del deudor, lo que significa que éste deberá financiar su ejecución.

En las obligaciones negativas las cosas no son diferentes: el Código claramente ha distinguido entre las modalidades de cumplimiento de la cosa destinada a obtener la satisfacción del interés del acreedor y la indemnización de daños y perjuicios. Algunos de dichos supuestos, como es el caso de deshacer lo hecho a costa del deudor, comportan un verdadero pago por el equivalente pecuniario.

Que el Código suponga que en el supuesto de pérdida de la cosa debida imputable al deudor, el pago del precio deba entenderse cumplimiento, es coherente con la regulación de lo que en Chile tradicionalmente se denomina el derecho de prenda general de los acreedores o, con más propiedad, la responsabilidad patrimonial universal. Pues si toda obligación personal da derecho al acreedor a perseguir su ejecución sobre todos los bienes del deudor (cfr. artículo 2465 CC), quiere decir que siempre, en toda relación obligatoria de carácter personal, se admite una modalidad de cumplimiento por el equivalente económico, sin tener que pasar por el tamiz de la indemnización de daños y perjuicios. Por ello, cada vez que se persigue el precio de la cosa, en consistencia con la doctrina comentada, simplemente se está ejerciendo la responsabilidad patrimonial para obtener el cumplimiento, voluntario o forzoso, por el equivalente pecuniario de la obligación.

⊗ En materia de acción reivindicatoria y en general del derecho restitutorio, existen normas que aclaran lo que se viene diciendo. En esta sede el Código permite al propietario de una cosa determinada reivindicarla contra un tercero que poseía de mala fe, y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, como si actualmente poseyese (cfr. artículo 900 inc. 1°). Es decir, en razón del comportamiento del deudor se permite que la cosa determinada sea subrogada por el precio a efectos de la tutela dominical (acción real cuyo contenido lo fija la relación cosa-propietario), confirmando entonces que el precio puede subrogar la prestación misma, no sólo en los créditos personales sino también en las relaciones jurídico-reales; lo propio puede decirse de las proposiciones contenidas en el artículo 898 CC. En sede de cobro de lo no debido, aparte de sujetar al *accipiens* de mala fe a las reglas del poseedor que dolosamente ha dejado de poseer (cfr. artículo 2302 inc. 2°), al de buena fe, si ha vendido la cosa, lo obliga al pago del precio (cfr. artículo 2302 CC), que, una vez más, subroga la cosa.

⊗ En sede de garantías —especialmente prenda, hipoteca y fianza—, que recaigan sobre obligaciones de cosas determinadas o en general infungibles, se puede confirmar que sólo una interpretación que suponga que el interés por la *aestimatio rei* es pretensión de cumplimiento y no indemnización, da lugar a una operación razonable de las mismas. En efecto, si no se admite que las obligaciones de dar una cosa determinada autorizan la ejecución por el equivalente económico, pretensión que es de cumplimiento y no de indemnización, debiera rechazarse la posibilidad de que las cauciones más tradicionales puedan ser constituidas sobre ellas o concluirse que sólo dan lugar a una garantía por la indemnización consiguiente al definitivo incumplimiento. Que las obligaciones

de dar una cosa determinada o de hacer puedan ser afianzadas, no debe ser puesto en duda, pues el Código lo admite explícitamente (cfr. artículo 775). Me parece un despropósito pensar que el objeto garantizado es la indemnización, si en todos los casos las cauciones operan con prescindencia de la previa determinación de la indemnización³¹.

En el fondo de la cuestión que aquí se ha planteado late un asunto que me parece esencial en la comprensión de la naturaleza del deber de prestación. Creo que en ella debe reconocerse un sustrato básico de carácter patrimonial, y que debe existir más allá del comportamiento de las partes. Por ello, la extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida sólo es una forma de distribuir los riesgos, que opera objetivamente. De aquí que este extremo no concorra cuando la obligación es infungible, genérica o pecuniaria, o cuando las partes hayan pactado una particular forma de distribución de los mismos (cfr. artículos 1447 y 1558 CC). En estos últimos casos se está frente a obligaciones que no están expuestas a tal contingencia. Cuando sólo se persigue el precio de la cosa por efecto de la *perpetuatio*, el deudor no está obligado por una razón ni fuente distinta a la original, por ello no puede someterse a los principios del Derecho de daños.

3. FACTORES DE IMPUTACION

Aclarado el problema de la distinción entre *aestimatio rei* y la indemnización por daños y perjuicios, queda por analizar un segundo elemento: el factor de imputación que en la doctrina nacional se ha vinculado al dolo o la culpa del deudor.

3.1. Pérdida de la cosa debida

3.1.1. Más allá de la culpa-negligencia

Estimo que la distinción entre daños y perjuicios y *aestimatio rei* también debe mantenerse al juzgar los factores imputación de responsabilidad.

En cuanto a la pretensión por el precio de la cosa, reconozco que no aparece sencillo establecer cuál es elemento en que se hace descansar el juicio de imputación. Tradicionalmente se afirma que la pérdida de la cosa debida es imputable al deudor cuando proviene de un hecho o culpa del deudor, lo que permite sostener que para la doctrina común el factor de imputación trasciende la pérdida culpable (ausencia de diligencia debida)³².

³¹ Es cierto que en materia de fianza el artículo 2343 inc. 3° CC. puede llevar a otra conclusión, pues admite que afianzándose un hecho de un tercero (obligación de hacer o no hacer), "se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuleva"; pero la explicación está en que la norma asume que el hecho es personalísimo, por ello habla de un "hecho ajeno", y no simplemente "un hecho", en cuyo caso creo que es aplicable el artículo 1555 en toda su extensión. De otra manera existiría incoherencia entre ambas disposiciones.

³² Cfr. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, t. XII. Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, 1939, p. 561, afirma "hay que distinguir el hecho, la acción del deudor, de la culpa que es omisión del cuidado que el deudor debe emplear en la conservación de

Personalmente no creo que la imputación por pérdida de la cosa debida, a efectos de la pretensión por el valor pecuniario de la prestación, deba fundarse en un juicio subjetivo que explore la presencia/ausencia de la diligencia debida. Pues si se revisa el sistema de imputación de responsabilidad en esta sede, se puede confirmar que la reprochabilidad por "culpa" (negligencia) es excepcional. En efecto, no puede hablarse de pérdida de la cosa debida para las obligaciones de pagar una cantidad de dinero (cfr. artículos 1559, 2153, 2221 CC), las fungibles (cfr. artículos 789, 2196, 2198 CC), ni genéricas, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que se debe (cfr. artículos 1510, 1821CC). Respecto de este tipo de obligaciones, hay responsabilidad objetiva en lo que se refiere a la pérdida efectiva de la cosa debida, pues el acreedor mantendrá su derecho a recibir una cosa de la calidad a la que se ha obligado, más allá si el deudor ha sido diligente, ha actuado con dolo o le ha sobrevenido un caso fortuito.

Aparte de lo anterior, el mismo Código entiende que en la imputación de la pérdida de la cosa debida al deudor debe incluirse no sólo el hecho o culpa del deudor, sino también el de las personas por quienes fuere responsable (cfr. artículo 1679), dando cuenta de una responsabilidad absolutamente objetiva, pues en este extremo el deudor responde por el hecho o culpa de terceros, sin tener que imputársele una personal ausencia de diligencia. Basta el vínculo entre autor del daño y deudor. Lo anterior sin perjuicio del derecho de repetir por parte del deudor en contra del personalmente responsable.

la cosa, para entregarla en la época señalada en el contrato. El hecho del deudor puede no ser culpable; pero lo coloca en la situación de imposibilidad de cumplir la obligación"; ALESSANDRI RODRIGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil* (redactado y puesto al día por A. Vodanovic), t. III, Nascimento, Santiago, 1941, pp. 433-434, entienden que excluye de responsabilidad al deudor la cosa que se pierde por caso fortuito, o bien cuando después de ofrecida al acreedor y durante el retardo de éste a recibirla, salvo caso de culpa grave o dolo. Hay responsabilidad, por el contrario, entre otros casos, cuando la cosa perece por culpa del deudor, en la que incluyen el hecho propio del deudor, que entienden como culpa *in comitendo*: FUEYO LANERI, *Derecho Civil*, t. IV, Imp. y Lit. Universo, Valparaíso, 1958, p. 200, "a mi juicio debe incluirse o entenderse dentro del concepto culpa, el hecho propio del deudor, como si enajena voluntariamente la especie mientras la debe, y también el dolo, forma más intensa de culpa (...) La inclusión del hecho propio del deudor dentro de la culpa, no es cosa que pueda llamar la atención, desde que el primer requisito de la figura eximente, el caso fortuito, es precisamente el tratarse de un hecho ajeno o extraño al deudor": MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil, De las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 482, "el hecho del deudor puede no ser culpable. Supóngase que el deudor ejecuta un acto, empleando la diligencia o cuidado que de acuerdo con la naturaleza del contrato corresponde, y, no obstante, causa la pérdida de la cosa". En contra parece estar RODRIGUEZ GREZ, *La obligación...* cit., pp. 193 y ss., quien pone el límite del deber de prestación en la diligencia debida conforme al artículo 1547 del CC; ABELIUK, *Las obligaciones*, II, cit., p. 974, entiende que la imposibilidad para extinguir la obligación debe provenir de un hecho no imputable al deudor "porque si ha habido dolo o culpa suyos, la obligación no podrá cumplirse en la forma establecida, pero en su lugar queda la obligación del deudor de indemnizar los perjuicios causados. En consecuencia, la imposibilidad extingue la obligación cuando se debe a fuerza mayor o caso fortuito". Si se tiene presente que para el autor la "ausencia de culpa" (p. 694), aunque no se logre probar caso fortuito, también exonera de responsabilidad, puede concluirse que en sede de imposibilidad plantea una forma de imputación más estricta: presencia de caso fortuito; pero también la frase puede dar para colegir que sostiene una noción relativa de caso fortuito para configurar la imputación de la imposibilidad de cumplimiento: como de incumplimiento no culpable (¿ausencia de culpa?).

En tercer lugar, el Código establece un sistema de imputación por pérdida de la cosa debida que va más allá de la mera culpabilidad del obligado, pues habla que al deudor le será reprochable la pérdida no sólo cuando haya culpa suya, sino también en caso que tenga su origen en un hecho del mismo obligado. Pues bien, en aplicación de este supuesto calificado como hecho del deudor, el artículo 1678 establece que debe responder del precio, no así de la indemnización, cuando haya destruido voluntariamente la cosa, aunque ignorase inculpablemente la obligación.

Por último, como principio general, nada obsta a que el deudor se haga responsable de todos o algún caso fortuito en particular (cfr. artículos 1447, 1558 CC).

Todas las indicaciones que se han hecho permiten concluir que el supuesto de imputación subjetiva de responsabilidad por el precio de la cosa, lejos de ser un criterio único y de regla general, sólo puede admitirse —en el mejor de los casos— en carácter dispositivo y excepcional: para el supuesto de un omisión debida en obligaciones de dar cosas específicas infungibles.

Pues bien, si todo lo anterior es como se expone, hay suficiente razón de texto para cuestionar que la “culpa” a que alude el artículo 1672 CC sea la culpa debida del artículo 1547 CC. Desde luego, porque en la culpa a que se refiere la norma, como lo hacen las otras, debe incluir no sólo la falta de diligencia debida (negligencia), sino también el dolo, y los casos fortuitos de que se responde. Es legítimo concluir, entonces, que el término no está siendo utilizado en su sentido técnico de negligencia, conforme a la definición legal (cfr. artículo 44 CC), sino en su sentido más amplio, como sinónimo de *imputación*.

Me parece descartable que la responsabilidad del deudor por la pérdida de la cosa debida se excluya cuando se acredite que ha cumplido con la diligencia prestable, porque tal conclusión supondría sostener que la pérdida de la cosa debida extingue la obligación y libera al deudor de toda responsabilidad, cuando ella ha sido causada por un hecho que no ha podido ser impedido por el deudor empleando la diligencia que le correspondía conforme al artículo 1547 CC, y con ello afirmar que toda obligación de dar cosa específica sólo impone un deber de esfuerzo al deudor, en la línea sostenida en Chile por el profesor Rodríguez Grez³³.

La razón de fondo para rechazar tal conclusión está en que la *perpetuatio obligationis* sólo da lugar al precio de la cosa, que no es pretensión de indemnización sino de cumplimiento, según se ha explicado. Por ello, para generar tal efecto, debe ser suficiente mantener el nivel de responsabilidad que el deudor tenía, es decir, que se produzca el riesgo a que la cosa estaba expuesta (su pérdida), y no se logre acreditar un caso fortuito. Si antes de la pérdida de la cosa debida el deudor estaba expuesto a pagarla, incluso con todos sus bienes, el mero hecho de la pérdida no debe llevar a un juicio del comportamiento del deudor de cara a detectar su negligencia. Me parece natural que la imputación sea más flexible en función del propósito que se busca: mantener la obligación. La fuente misma, unida a la responsabilidad patrimonial universal, dan sustento racional a la perpetuación. En otros términos, la imputación necesaria para

³³ Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, *La obligación*.... cit., pp. 199-206.

generar la *perpetuatio* debe ser suficiente para excluir todo factor de exoneración, permitiendo la subsistencia de la misma, en razón de la preexistencia del deber de prestación.

3.1.2. La custodia/conservación de la cosa debida

Es cierto que la interpretación que aquí se defiende choca con la norma que impone al deudor el debido cuidado (cfr. artículos 1549, 1590 CC), y en general, con las disposiciones establecidas en la regulación de los contratos (cfr. artículos 1939, 2178 CC), o derechos reales (cfr. artículo 774 CC), que se refieren a la responsabilidad por deterioros en clave de ausencia de diligencia que debe emplearse.

El problema puede ser solucionado mirando sistemáticamente la regulación del Código. Se advierte que siempre se distingue entre deterioros y menoscabos, y pérdida como tal, y se tiende a incluir como factor de imputación, aparte de la culpa, el hecho del deudor (cfr. artículo 1590 CC). La custodia como prestación de hacer se integra con el deber de actuar diligentemente, a los efectos de distribuir riesgos por daños y deterioros, por lo que su presencia exonera de responsabilidad, no por ausencia de imputación, sino de infracción obligacional. En otros términos, el Código ordena al deudor emplear la custodia debida, y, si no obstante ello se causan deterioros, tales daños se cargan objetivamente como riesgos al acreedor hasta el límite del perecimiento de la cosa. En este último extremo, la indagación por el cumplimiento/incumplimiento de la obligación de custodia desaparece, pues es la pérdida de la cosa —nuevo riesgo— el elemento central, cambiando también las reglas de distribución/atribución de responsabilidad. Sería extraño que la extinción de la prestación principal quedara sujeta al cumplimiento o incumplimiento de un mero deber accesorio: conservar/custodiar. Entiendo que la distribución del riesgo general absorbe la particular de los daños en la conservación.

La doctrina contraria hace contradictoria la imputación de responsabilidad de la cosa debida en los casos de los artículos 1678 y 1679 CC, y no da una correcta respuesta dogmática a la cuestión del porqué el Código habla de culpa, en circunstancias de que al menos debía también contener el dolo y los casos fortuitos de que se responde.

Podría argumentarse, en contra de la doctrina que se viene sosteniendo, que el artículo 1680 CC demostraría que se imputa al deudor en términos de diligencia debida la pérdida de la cosa, pues como el efecto de la mora del acreedor en recibir es hacer disminuir la responsabilidad a la culpa grave o dolo, con lo cual se rebaja la culpa que antes tendría (leve o levísima). Admitiendo que el Código no es suficientemente claro en este punto, entiendo que es una norma que también me parece aplicable a los daños en la conservación, y por ello es legítimo la rebaja en el deber de diligencia prestable. Creo desprender del artículo 1.680 CC que la *mora creditoris* altera las normas de riesgo por pérdida de la cosa debida, así el deudor sólo se hará responsable de las pérdidas dolosas (o provenientes de culpa grave), que aparecen como un límite institucional de la relación obligatoria. No es posible estar obligado y no responder por dolo o culpa grave, que a efectos civiles es su equivalente jurídico (cfr. artículo 44 CC).

3.2. *La imputación de responsabilidad por daños y perjuicios causados por lesión del interés prestacional*³⁴

Sólo una vez que se ha despejado el punto sobre la naturaleza jurídica de la *aestimatio rei* (pretensión de cumplimiento) y el factor de imputación que, agregado a la pérdida de la cosa debida, causa la *perpetuatio obligationis*, es posible analizar la naturaleza de la imputación en materia de daños y perjuicios que en este trabajo hemos admitido como complementarios. Como ya se ha dicho, tales perjuicios pueden provenir sea de la falta de cumplimiento de la obligación (ausencia de cumplimiento por decisión del deudor de no cumplir, de la pérdida de la cosa debida, o se frustra el fin del contrato), del cumplimiento imperfecto (es decir: o bien el deudor cumple pero lo hace mal, ya sea porque la prestación pagada es cualitativa o cuantitativamente distinta a la que se debía, o bien el deudor causa perjuicios en otros intereses del deudor), o del retraso (aquí los daños compensan la falta de cumplimiento oportuno). Insisto que no es razonable denominar a los perjuicios complementarios como moratorios, pues no necesariamente responden a lesiones que deban vincularse a una falta de cumplimiento de carácter cronológico, que es sólo uno de los aspectos a que pueden estar referidos³⁵.

3.2.1. Funciones de la diligencia y negligencia en los distintos tipos de obligaciones

Para comprender mejor la imputación en la pretensión por daños y perjuicios, parece conveniente acoger la distinción de funciones tanto de la diligencia como de la negligencia. Así la diligencia debida puede detectarse cumpliendo dos funciones al menos:

1) *Promoviendo el cumplimiento*; pues toda prestación precisa que el deudor actúe personalmente, en razón que la prestación por esencia es un comportamiento contingente que supone la actuación voluntaria del deudor. Siempre debe existir un margen de actuación necesario para cumplir, no descrito en la prescripción de conducta que ella comporta, pero que es debido. A esta actuación básica para cumplir la prestación, que se traduce en comportamientos determinados, es posible llamarla diligencia promotora del cumplimiento. Su función material es dar lugar al cumplimiento.

³⁴ Se sigue la tesis de DE CUPIS, *El daño, teoría general de la responsabilidad civil* (traducción 2ª ed. italiana por A. Martínez Sarrión), Bosch, Barcelona, 1975, p. 107, quien afirma "El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y por consiguiente es siempre un interés humano", y más adelante "lo que el derecho tutela el daño vulnera". Sobre la distinción entre la tutela del interés estrictamente prestacional y de otros intereses extraprestacionales (obligacionales), en el ámbito de la propia relación obligacional, véase por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, con LACRUZ BERDEJO, y Otros, en *Elementos de Derecho Civil*, v. II, *Derecho de Obligaciones*, t. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, pp. 280-281; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 682. En general debe admitirse que es la naturaleza del interés protegido la que permite sustentar dogmáticamente una distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual; GIARDINA, *Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 177-180.

³⁵ FUEYO, *Cumplimiento...*, cit., pp. 353-354, y ABELIUK, *Las obligaciones*, II, cit., pp. 671-762, hablan de perjuicios complementarios porque para ellos, por regla general, es requisito de procedencia que la obligación se haya hecho imposible en su cumplimiento.

2) *Integrando el deber de prestación.* Se descubre en determinadas prestaciones en las cuales, por su particular configuración, el deber de actuar diligentemente se integra en la prestación, dándole contenido. Esta función de la diligencia queda bien aislada en la doctrina que distingue entre obligaciones de actividad y de resultado, que, como se ha dicho, ha encontrado importante acogida en el Derecho contemporáneo³⁶.

Se concluye que existe un determinado tipo de obligaciones en que el cumplimiento de la misma sólo se integra con un hacer diligente (prudente, perito) del deudor, sin que, además, el objeto de la prestación suponga la garantía de un determinado resultado, que ha de entenderse excluido del deber prestacional.

Esta segunda función hace que el despliegue de la diligencia debida no tenga como función exonerar de daños y perjuicios, sino permitir al deudor alegar que no ha infringido la obligación. Cada vez que el deudor, en una prestación que se integra por un hacer diligente, cumple con la diligencia debida, no obstante no alcanzarse el resultado esperado, es innecesario un juicio de responsabilidad porque no ha existido incumplimiento y, por tanto, se descarta el supuesto inicial de toda indagación por daños y perjuicios: la infracción de la obligación (cfr. artículo 1556 CC).

No resulta sencillo establecer cuáles son los casos de obligaciones de medios y cuáles los de resultado, y se han propuesto muchos factores: como el acuerdo de las partes, el álea, la naturaleza de la prestación, etc. Si se toma la distinción básica entre obligaciones de dar, hacer o no hacer, puede concluirse que la obligación de dar es como regla, de resultado, pues el deber de prestación no se integra con un puro hacer diligente; lo que el acreedor espera es recibir el dominio o la tenencia material de la cosa, y mientras así no suceda, es imposible entender que el deudor ha cumplido con su obligación.

A las obligaciones de no hacer, o negativas, tradicionalmente se les considera también como de resultado, pues su contenido es objetivo: la ausencia de determinada actuación por parte del deudor, que en otras circunstancias le habría sido lícito desplegar. Tal configuración del cumplimiento o incumplimiento lo determina el hecho estricto que el deudor haya actuado o no contra la prohibición. En el Código podría sostenerse la calidad de obligación de resultado de este tipo de obligaciones, en razón de que, conforme a los artículos 1555 y 1557, el incumplimiento se produce por el hecho de la contravención, sin más. Sin embargo creo que las partes bien podrían convenir que la obligación negativa sea de actividad.

Por lo que cuenta a las de hacer, pueden ser tanto de medios como de resultado, según la naturaleza de la prestación, los acuerdos de las partes, etc. Sin embargo, existe un cierto consenso en la doctrina en admitir que determinadas obligaciones de hacer, en principio, son de actividad. Tal es el caso de las

³⁶ Cfr. MENGONI, "*Obbligazioni 'di risultato...'*", cit. pp. 204 y ss.; DEMOGUE, *Traité...*, V, que recurre a la distinción únicamente para admitir una diferente distribución en la carga de la prueba; MAZEAUD, "*Essai de classification des obligations de moyen et de résultat*", cit., pp. 4 y 22 y ss.; TUNC, "*La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*", cit., pp. 126 y ss.; FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, LGDJ, París, 1965. *passim*; VINEY, *Traité... Les obligations, La responsabilité: Conditions*, cit., pp. 634-639; BADOSA COLL, *La diligencia...*, cit., pp. 169 y ss., y 493 y ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 100 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 123 y ss.

obligaciones del mandatario y en general de todos aquellos que administran bienes ajenos. En efecto, la configuración del cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones del mandatario no puede venir determinada por el hecho de que se haya producido o no un concreto resultado, sino básicamente en función de la actividad desplegada por el deudor. En este sentido parece razonable admitir que el mandatario cumple con su obligación cuando ejecuta diligentemente el encargo recibido, más allá de si se alcanzó o no el resultado buscado; esta característica se aprecia particularmente en los mandatos generales o de administración. Por ello el Código ha podido prescribir que el mandatario "responde de hasta culpa leve", y todas las normas del Párr. 2 del Título 29 del L. IV, sobre la administración del mandato, permite concluir que la obligación es formal: de mera actividad.

Un segundo tipo de deberes caracterizados por un cumplimiento configurado como un hacer diligente, es el que se produce, como regla, con las obligaciones cuya fuente es un contrato de prestación de servicios profesionales, en particular de médicos, abogados, notarios, ingenieros, etc.

Es punto interesante determinar qué naturaleza tiene la obligación de custodia y conservación de la cosa en las de dar (entregar-restituir). Ya se sabe que en la doctrina extranjera se ha discutido mucho y no poca confusión se ha producido con ella. El punto es si la diligencia aquí es norma de cumplimiento (la diligencia debida sería prestación) o de responsabilidad.

Como se ha dicho, el Código prescribe la custodia de la cosa debida no sólo a quien debe dar una cosa (cfr. artículos 1549, 1827 CC), sino también para quien la recibe con deber de restituir (cfr. artículos 775-787, 1939, 2178), y creo que está implícita para el poseedor de mala fe (cfr. artículo 906). Estimo que el deber de conservación y custodia es una obligación autónoma a la de dar, aunque accesoria a ella, con entidad suficiente como para tener una configuración distinta. La razón básica es que la obligación de dar o entregar se orienta a una cuestión material: la entrega de la cosa al acreedor, con el resultado práctico de convertirlo en propietario o al menos legítimo tenedor de la misma. Por lo mismo, no tiene suficiente virtualidad jurídica para incluir por sí el contenido de la conservación, pues si la proposición sobre diligencia no estuviera, tal vez el acreedor podría legítimamente rechazar los daños que se produjeran en la cosa, particularmente cuando no responde por la pérdida de la cosa debida. Era necesario atribuir de alguna manera los daños que la cosa hubiera sufrido durante el período de conservación.

Pero no debe confundirse la infracción del deber de conservación con la presencia de un daño, ni menos con el deber de no hacer imposible el cumplimiento de la obligación, en razón que la presencia del deber de conservar impone al deudor la atención y cuidado de la cosa debida, como acción formal, prescindiendo de las lesiones que se produzcan, cargándole los costos de dicha tarea, lo que supone que el acreedor puede entenderlo infringido por el solo hecho de contravenir el modelo de conducta del cual se responde, más allá de si se han causado daños o no en la cosa; puede incluso solicitar medidas precautorias e intentar la resolución contractual. Todas estas pretensiones no encuentran causa de pedir en el daño causado sino en la negligencia en la conservación.

Si lo anterior es correcto, significa que la indagación por los factores de imputación sólo tiene sentido en las obligaciones de resultado, frente a un incumplimiento que se presente por la ausencia del bien esperado, y en las de

medios o actividad, cuando el deudor no despliegue las conductas debidas, conforme al nivel de diligencia que le es exigible. La presencia del resultado o de la diligencia prestable tiene –insisto– como función probar el cumplimiento de la obligación, lo que no impide intentar el resarcimiento de daños complementarios al cumplimiento mismo.

3.2.2. La importancia del origen de los daños

En cuanto al origen de los daños, creo que no tienen la misma naturaleza los que se causan al acreedor como efecto o consecuencia de la infracción de la obligación, de aquellos otros daños que se producen al lesionar intereses extraobligacionales. Mientras los primeros están vinculados a prestación en sí considerada y sólo indirectamente al comportamiento del deudor, los segundos se causan por una imprudente forma de comportarse el deudor en el cumplimiento y, por lo mismo, están directamente conectados a la actuación del deudor (o por quienes éste responde), bajo el principio general del *alterum non laedere*. Aunque el Código no formula de manera explícita esta distinción, pues su “descubrimiento” como tal es sólo de este siglo, pienso que encuentra fundamento positivo en el deber de diligencia que impone toda obligación, incluso las de resultado, conforme al artículo 1547 CC³⁷.

3.2.3. La constitución del deudor en mora

No puede hacerse un estudio de los factores de imputación de daños y perjuicios en materia contractual si no se analiza el sentido que debe dársele a la constitución en mora, en lo que respecta a las obligaciones positivas, pues el artículo 1557 CC dispone que la indemnización de perjuicios se debe para este tipo de obligaciones “desde que el deudor se ha constituido en mora”. Siempre se ha sostenido en Chile que para que exista derecho a la indemnización por daños y perjuicios, si se trata de obligaciones positivas, el deudor debe estar constituido en mora³⁸.

El punto no deja de ser difícil de elucidar, pues supone determinar si la *mora debitoris* es elemento imprescindible para que nazca la responsabilidad, o sólo se trata de una exigencia de temporalidad que únicamente obsta a la pretensión resarcitoria por los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento oportuno, sin prejuzgar sobre el momento en que se infringe la obligación³⁹.

³⁷ Me parece que el fundamento de la pretensión por la indemnización de daños morales en materia de infracción contractual, se encuentra en este deber del deudor de no lesionar intereses extraobligacionales, amparados por el deber de prestación a que está sujeto. Sobre la resarcibilidad del daño moral en materia contractual, aparte de la obra de TOMASELLO, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1969, *passim*; FUEYO, *Cumplimiento...* cit., pp. 362-380; DOMÍNGUEZ B., Ramón y DOMÍNGUEZ A., “Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de norma excluyente de su reparación”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 196, Año LXII, Jul.-Dic. 1994 (pp. 155-160), *passim*.

³⁸ Cfr. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. XI, Imprenta Nascimento, 1937, p. 730; MEZA BARROS, *Manual de...* cit., p. 281; ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de...*, IV, cit., pp. 206-207.

³⁹ FUEYO, *Cumplimiento...* cit., pp. 430-431, entiende que no puede interpretarse la disposición como impeditiva del cobro de perjuicios anteriores a la constitución en mora del deudor; YÁÑEZ GONZÁLEZ, *La culpa y la mora: un solo criterio de responsabilidad*, Ed. Jurídica “La Ley”.

Estoy con la última alternativa, pues estimo que el sentido de la disposición es privar de eficacia indemnizatoria, como regla, al simple retraso en el cumplimiento. No es razonable pensar que la norma consagra el principio que sin mora no hay deber de pagar daños y perjuicios, pues va en contra de todo el sentido de la obligación que impera en el Código.

Efectivamente, el artículo comentado, siguiendo la tradición del Derecho continental, consagra la categoría de la mora como forma de configurar un hito calificado en el retraso de la obligación, a partir del cual se suceden al menos dos efectos: 1) la indemnización de perjuicios (cfr. artículos 1556, 1557, 1559 CC), y la *perpetuatio obligationis* (cfr. artículos 1550, 1672 CC). Aunque la mora del deudor encuentra difusos antecedentes en el Derecho romano, y se ha discutido si la interpelación como tal tiene origen clásico, lo que no puede estar en duda es que el deber de prestación existe, antes de la mora, de manera actualizada. Es decir, aunque el Código formalmente no permite cobrar perjuicios de carácter contractual antes que el deudor esté en mora, y establece como regla su interpelación personal (cfr. artículo 1551 CC), creo que no hay mayor razón para negar que es la exigibilidad de la obligación el instante preciso en que se actualiza el deber de prestación⁴⁰.

Sólo por reseñar las normas que parecen incompatibles con la comprensión de una obligación no actualmente prestable antes de la constitución en mora del deudor siendo ella exigible, puede indicarse el comienzo de la prescripción extintiva conforme al artículo 2514 CC, lo que supone que el plazo corre antes de la mora del deudor, dando a entender que desde la exigibilidad ya ha podido el acreedor cobrar, lo que no encuentra otro fundamento sino en que el deudor ha debido pagar. Por otra parte, si no hubiera deber actual de cumplir desde que la obligación es exigible, no tendría sentido que el Código permitiera la compensación legal, reuniéndose las demás calidades que se exigen en el artículo 1656. Tampoco es posible admitir la ejecución forzosa de las obligaciones previo a la constitución en mora del deudor, pues el fundamento de la misma no puede ser otro que el incumplimiento. Además, aparte de los daños y perjuicios, existen otras consecuencias que pueden derivarse de la infracción obligacional, y que no están sujetas a la mora: la resolución contractual *ex* artículo 1489 CC, el derecho legal de retención que se consagra en una serie de disposiciones del Código (cfr. artículos 754, 756, 800, 890, 914, 1826, 1872, 1937, 1942, 2162, 2183, 2234, 2392, 2396, 2401), entre otros efectos.

Se concluye que el sentido de la norma es simplemente impedir el cobro de perjuicios por el retraso antes de la mora⁴¹. Sin embargo, cuando con antelación

Santiago de Chile, 1992, pp. 33-107. estima que mora es sinónimo de responsabilidad, por lo que no puede haber daños y perjuicios sin mora, pero es de la opinión que no siempre el deudor incurre en mora por interpelación del acreedor, más allá de las excepciones que aparecen en el artículo 1551 CC. Niega la existencia de un retardo no moroso que dé lugar a daños y perjuicios.

⁴⁰ Para YÁÑEZ GONZÁLEZ, *La culpa y...*, cit., pp. 77 y ss., no puede haber exigibilidad sin que a su vez el deudor esté en mora, pues la mora por interpelación tiene por función hacer cierta la exigibilidad de la obligación, en los casos que sea ello necesario. Por ello niega la existencia de retraso relevante a los efectos indemnizatorios que no sea a su vez moratorio.

⁴¹ Cfr. ABELIUK, *Las obligaciones*, II, cit., p. 719. habla que la mora "suspende la exigibilidad de los perjuicios compensatorios, y da nacimiento a los moratorios"; YÁÑEZ GONZÁLEZ, *La culpa y...*, cit., pp. 77 y ss., es de la opinión contraria como se ha dicho, pues entiende que exigibilidad es sinónimo de retardo y éste de mora, por lo que no puede haber exigibilidad sin que el deudor no esté a su vez en mora. Rechazo esta última doctrina, pues el análisis del autor es

a la puesta en mora, el deudor ha infringido la obligación y como consecuencia se han causado perjuicios complementarios a la prestación misma, que no derivan del mero incumplimiento temporal, no parece razonable entender que su exigibilidad quede sujeta a la constitución en mora del deudor. Se piensa en los daños que se causan en la cosa misma, sin que importe su total destrucción, o los daños a intereses extraobligacionales, o las lesiones que se derivan de la imposibilidad de la prestación imputable al deudor. En todos ellos, qué duda cabe, hay derecho al cobro de perjuicios y ellos nacen desde que el daño se causa y no parece correcto entender que no hay derecho a ellos sin la previa constitución en mora del deudor. Tales daños, como no son estrictamente moratorios (no sea causa por el puro y solo hecho del retraso), pueden ser cobrados como actualmente exigibles, pues se rigen por las reglas generales del pago de toda obligación. Admito que es discutible si es necesario constituir al deudor en mora para que tales daños puedan causar a su vez perjuicios por el retraso en pagarlos, pero la tendencia actual, incluso en materia extracontractual, es a conceder una reparación integral. No hay razón para someter esa materia a la interpelación moratoria⁴².

3.2.4. La negligencia como factor de imputación

Respecto de los daños causados al interés que protege la obligación, no me parece que la mera ausencia de la diligencia debida pueda ser un factor atributivo de daños, pues la infracción contractual, que es el elemento directo de imputación de los mismos conforme al artículo 1556 CC, hace innecesario otro nuevo. El deudor que no quiere verse expuesto a ellos, debe dar la prueba del caso fortuito. Parece curioso conferir virtualidad atributiva de responsabilidad a un elemento que se entiende presumido en la infracción, lo que obligaría –al deudor– a ofrecer la prueba que efectivamente se ha empleado la diligencia debida. En estos casos, no creo que la diligencia debida pueda ser causa de exoneración de los mismos⁴³, pues de las normas del Código no parece inferirse la diligencia en función exonerante, sino como factor directo de imputación de daños, en cuanto actúe como elemento integrante de la obligación, y su ausencia –la negligencia–, como infracción de ella.

El artículo 1558 inc. 2º CC es iluminador a este respecto, prescribe que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de daños y perjuicios. Ello permite concluir que para el Código es el caso fortuito

unidimensional: sólo mira hacia los daños y perjuicios, en circunstancias que la obligación incumplida produce otros efectos que permiten sostener que puede haber incumplimiento, sin derecho al cobro de daños y perjuicios (no hay factor de imputación), y no obstante el acreedor acogerse a otros efectos en protección de su crédito: la ejecución forzosa de la obligación, la misma resolución contractual, etc. Por ello no parece razonable hacer coincidir responsabilidad y mora, pues rigidiza la protección del crédito, al obligar a hacer un juicio de imputación subjetivo para el ejercicio de toda acción en protección del crédito.

⁴² ABELIUK, *Las obligaciones*, II, cit., p. 712, afirma “doctrinariamente, sin embargo, parece mucho más lógico limitar la necesidad de interpelación al deudor por los perjuicios moratorios, los compensatorios existirán cuando haya incumplimiento total o parcial definitivo; no se ve qué tiene que hacer en este caso la actividad del acreedor”.

⁴³ En contra de lo que defiende RODRÍGUEZ GREZ, *La obligación...*, cit., pp. 199; y parcialmente ABELIUK, *Las obligaciones...*, II, cit., pp. 694-695, cuando admite que la ausencia de culpa es una forma de exoneración.

el factor exonerador de daños por excelencia. Por ello entiendo que todas las referencias a culpa que el Código hace, y que no sean de aquellas que se han calificado de diligencia integrante del deber prestacional, deben entenderse como exigiendo la presencia de un factor de imputación de responsabilidad.

De más está decir que ninguno de los artículos que regulan la indemnización de daños y perjuicios hablan de la diligencia como factor de exoneración de daños, y sólo se refieren al dolo, pero no como elemento de imputación, sino como agravante de responsabilidad (cfr. artículo 1558 CC).

Ya se ha dicho que la mora opera como una condición de exigencia temporal de los daños consecuenciales estrictamente provenientes del retraso. Por ello el acreedor no puede cobrar este tipo de daños mientras no constituya en mora al deudor.

3.2.5. El dolo

Pero si el acreedor logra probar que el retraso estuvo causado por un comportamiento doloso del deudor, no creo quede amparado en la legitimidad que le otorga al deudor la exoneración de daños y perjuicios *ex artículo 1551 CC*, pues el dolo autoriza incluso el cobro de perjuicios provenientes del retraso en el cumplimiento, y aunque no *medie mora debitoris*.

La tradición histórica indica que siempre el dolo fue considerado un delito civil⁴⁴ y el deudor se exponía a la máxima sanción⁴⁵, que en Roma era el *iusiurandum in litem*, por el cual se permitía al acreedor jurar el monto de los perjuicios, y la pena tenía carácter de infamante⁴⁶. Además, en sintonía con sus antecedentes históricos, para el artículo 1558 CC, cuando los perjuicios son causados por dolo, el deudor debe todos aquellos que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse “demorado su cumplimiento”, lo que indica que está más allá de la cuestión de si el deudor ha sido o no puesto en mora.

⁴⁴ Cfr. LUPOI, *Il dolo del debitore*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 19, afirma que el incumplimiento del contrato real era considerado delito ya en el derecho clásico, asimilado al hurto (D. 47.2.1.2); pone como casos de dolo en la Compilación, entre otros, el injustificado rechazo al cumplimiento (D. 19.5.5.3; D. 17.1.8.9.), o de cumplir el mandato (D. 17.1.44.)

⁴⁵ Cfr. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Casa Ed. A. Milano, Padova 1937, cit., p. 69.

⁴⁶ Cfr. ROBERTIS, DE, *La responsabilità contrattuale nel sistema della Grande Compilazione*, v. II, Cacucci, Bari, 1983, pp. 177-178; CAMERAS, “La problemática del dolo en el derecho romano clásico”, en *Derecho Romano de Obligaciones*, Homenaje al profesor José Luis Mura Gener, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1994 (pp. 945-975), p. 970, sostiene que “en relación con la cláusula arbitraria de la *actio de dolo* está la posibilidad de utilizar el *iusiurandum in litem* como medio de sanción del incumplimiento doloso del demandado, que se niega a restituir; la exclusión de la cláusula restitutoria supondría pues eliminar el *iusiurandum in litem* y, con ello, el incremento que daba contenido penal a la condena referida al *quanti interest*. Por tanto, este juramento tendría no sólo una función estimatoria, sino también sancionadora del incumplimiento de demandado. Un fragmento de Paulo conservado en D.12.3.2, a pesar de la reelaboración de que fue objeto, establece de modo claro la relación entre el *iusiurandum in litem* del actor y la sanción del dolo del demandado al no restituir. La inobservancia del *iusum de restituendo* se calificaría en época clásica de contumacia, por cuanto la orden del juez se ampara en la autorización que contiene la cláusula restitutoria”.

No creo que el dolo sea factor directo de imputación de este tipo de daños, porque tal elemento viene dado por la infracción de la obligación. El dolo sólo agrava la responsabilidad del deudor.

En cuanto a su noción misma, tradicionalmente se le entiende caracterizada por tres factores: 1) acción positiva de incumplir; 2) intención de causar daño, el *animus nocendi*, y 3) conciencia de la antijuricidad. Es la doctrina que Maynz postula para el Derecho romano⁴⁷ y que hasta hoy es sostenida por autores de la talla de Bianca en Italia⁴⁸. Pero hace más de cien años Giorgi reparó en lo inadecuado que era entender el dolo contractual conformado por una intención de causar daño, pues el acreedor podía dejar de cumplir con el propósito de beneficiarse⁴⁹.

En nuestra doctrina, tradicionalmente se viene entendiendo al dolo contractual como la voluntaria infracción del contrato, es decir, el incumplimiento que es querido por el deudor, en oposición del incumplimiento motivado por una falta de diligencia, pero el incumplimiento como tal no ha sido directamente querido por el deudor, y que, sin embargo, no ha hecho todo lo posible (¿debió?) por impedirlo.

El Código lo define como la "intención positiva de inferior injuria a la persona o propiedad de otro", y equipara la culpa grave al mismo (cfr. artículo 44 CC). Aunque el acento está puesto en la intención, se debe tratar de la misma manera los comportamientos calificados como gravemente negligentes. Combinando ambas ideas, creo que es lícito afirmar que el elemento psicológico o intencional del dolo, para nuestro Código sólo tiene importancia cuando la acción que materialmente constituye la infracción contractual no pueda ser calificada de culpa grave, pues, de serlo, basta tal calificación para beneficiarse de las consecuencias del dolo, con tal que se pruebe el hecho. No creo que sea admisible entender que el dolo deba probarse y la culpa grave se presuma, pues

⁴⁷ MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, traducido al español por Pou y Ordinas, t. II, Jaime Molina Editor, Barcelona, 1887, p. 7. "1 *Dolus*. Para que el daño que proviene de la inexecución de una obligación se pueda atribuir a dolo del deudor, es naturalmente necesario, en primer lugar, que la inexecución sea la consecuencia necesaria del hecho del deudor y además es igualmente necesario que este hecho pueda serle imputado como hecho perjudicial, es decir, que por su parte haya tenido intención de cometerlo y de causar un daño. Se sigue de aquí que no es posible la cuestión de dolo cuando se trata de una persona a la cual no se le puede, en general, imputar una acción (Por esta razón los dementes son incapaces de *dolus* y también de *culpa*). El dolo supone siempre necesariamente la intención positiva de causar un daño; pero esta intención se puede manifestar de una manera negativa o positiva..."

⁴⁸ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento...*, cit., pp. 375-377, asume que el dolo se encuadra en la categoría general del daño intencional: los requisitos específicos de la figura son: 1) voluntariedad del incumplimiento (libre determinación del sujeto al comportamiento lesivo del crédito); 2) conciencia de la ilicitud (de violar el vínculo obligatorio); 3) conciencia del daño (de producir un daño injusto). En lo que respecta a la conciencia del daño, emerge de la consideración que el incumplimiento no dañoso pierde comúnmente en la representación subjetiva del deudor el carácter de hecho lesivo del crédito.

⁴⁹ GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, v. II., Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1907, pp. 77-79. Un sentido amplio, mirando de cara al derecho del acreedor a ser resarcido del daño por incumplimiento, dice que dolo "significa mala fe y se opone a la culpa en sentido propio, esto es, a la negligencia que no va acompañada de mala fe: postula tres proposiciones para el dolo: 1) para constituirse en dolo el deudor, basta su conciencia de no cumplir la obligación; 2) el dolo somete siempre al deudor que falta al cumplimiento de su obligación, a resarcir el daño al acreedor y a soportar todas las consecuencias del incumplimiento imputable; 3) el dolo debe ser siempre probado por el acreedor.

el Código entiende que ambas nociones son equivalentes, y es razonable que así sea, pues se evita con ello la prueba de la intención y, por otra parte, no parece justo someter a consecuencias gravosísimas, como es la equiparación al dolo, a una conducta presumida.

El fundamento de fondo para asimilar la culpa grave con el dolo, aparte de la dificultad de prueba, está en que no parece compatible con una actitud de buena fe desplegar una conducta en términos que pueda ser calificada como de culpa grave, más aún si el artículo 1546 CC obliga a las partes de un contrato a ejecutarlo de buena fe, dándole un contenido más objetivo y menos psicológico a tal proposición, al afirmar que ello supone no sólo cumplir con lo que en el contrato "se expresa", sino además con las "cosas" que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre le pertenecen. La infracción es tan grosera que no puede afirmarse que tal deudor esté al mismo tiempo de buena fe y en culpa grave, pues la buena fe supone respetar un mínimo que es el no actuar con culpa grave o dolo. La mala fe se prueba con tal comportamiento.

Con todo, admito que una pura omisión de conducta, como sería el no cumplimiento oportuno de la obligación (el mero retraso), no puede ser calificado, de buenas a primeras, como gravemente culpable, pues ampara al deudor la exoneración de daños moratorios previos a la mora. Por ello, en este extremo, una simple omisión, para ser calificada de dolosa, exige que la mala fe se pruebe.

Si no hay culpa grave, porque los comportamientos no son consistentes con tal calificación, *v.gr.* el deudor desplegó un grado de diligencia acorde con la debida, pero no obstante se infringió la obligación y se causaron perjuicios, el dolo supone una prueba de tipo psicológico: la voluntad contraria al vínculo, o aceptando, aunque sea indirectamente, el hecho causante de los daños.

No es sencilla la prueba de la mala fe, que tradicionalmente se asocia a la intención de dañar con conocimiento de la infracción contractual⁵⁰. Me parece que no hace falta en esta sede intención de dañar⁵¹, sin embargo es razonable exigir un grado de conocimiento o conciencia, si no de la infracción obligacional y su repercusión dañosa, al menos de los hechos que el sistema califica como infracción.

⁵⁰ Lo cierto es que la doctrina nacional, como regla, no profundiza mayormente en el concepto de dolo como causa de agravación de responsabilidad del deudor, CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, t. XI, cit., p. 498, entiende dolo como "la intención positiva de dañar no cumpliendo voluntariamente, con este propósito, una de las partes, la obligación que el contrato le impone respecto de la otra, o recíprocamente", con lo cual queda de manifiesto que lo central para el autor parece ser la intención de dañar unida a una infracción voluntaria de la obligación; ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de...*, cit., pp. 198 y ss., lo caracterizan como la "la intención de producir un daño o perjuicio"; MEZA BARROS, *Manual de...*, cit., p. 265, habla de "toda maquinación fraudulenta destinada a eludir el cumplimiento de una obligación"; un estudio detenido realiza RODRÍGUEZ GREZ, *La obligación...*, pp. 32 y ss., 104-111, en donde concluye que el dolo es sólo representación del resultado dañoso, incluso sólo probable (dolo eventual), sin exigir intención dañosa; y ya lo advertía CORRAL TALCIANI, *De la ignorancia de la ley*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 223.

⁵¹ Cfr. en el mismo sentido FUEYO, *Cumplimiento...*, cit., p. 419, explica, "no se debe creer, pues, que hay dolo sólo porque existe un propósito deliberado de perjudicar al acreedor (*animus nocendi*), lo cual fuera de ser poco común puede ser hasta enfermizo; sino también, y en la práctica a sí ocurre, por la negativa consciente al cumplimiento, pensándose más que en el perjuicio a otro, en la ventaja pecuniaria que ello pueda reportar"; estima por lo mismo errónea la definición legal del artículo 44 del Código Civil.

3.3. Caso fortuito como circunstancia exoneradora de responsabilidad

Postulo que el caso fortuito en sede de indemnización de daños y perjuicios actúa como circunstancia que exonera al deudor de responder, no en cuanto elimina la "culpa" del deudor (falta de diligencia debida), sino porque, en principio, destruye la relación de causalidad que debe existir entre el hecho (infracción del contrato) y la persona del deudor. Es decir, si se prueba caso fortuito quiere decir que el acreedor no podrá, como regla, pretender la *aestimatio rei* o ser indemnizado, pues la falta de cumplimiento se ha producido por una causa no atribuible al obligado. Por ello, el caso fortuito parece ser siempre una circunstancia que excluye la imputación al deudor, en razón que lo básico para estar frente a él es la ruptura causal: el evento debe serle extraño.

El Código define el caso fortuito –asimilándolo conceptualmente a la idea de fuerza mayor– como el imprevisto a que no es posible resistir. Se suele sostener que tres son los elementos que integran su noción: extraneidad, irresistible e imprevisibilidad⁵². Para algunos, como es difícil fijar una noción abstractamente, la irresistible y la imprevisibilidad debieran estar teñidas de la idea de diligencia por la cual el deudor no responde⁵³. A mí me parece que la idea matriz está, como regla, en la extraneidad al deudor (en términos de quiebre causal), y en segundo lugar en la idea de lo imprevisible. Reconozco que esta última es una noción bastante difusa, como bien apunta el profesor Fueyo, supone un problema de cálculo de probabilidades⁵⁴. Creo que lo central está en la idea de riesgo previsto, es decir, lo que la obligación incluyó o no dentro de lo que razonablemente el deudor debía responder, y conforme al cual, dado su previsibilidad, se podía evitar. No parece que sea una noción *in abstracto*, pues creo que lo imprevisto supone un cálculo de riesgos probables y en función de la buena fe, una noción circunstanciada a la realidad concreta de la obligación. Quien asume una obligación debe evaluar su posibilidad de cumplimiento, en atención a los riesgos normales que se están calculando (previsibles por las partes). Pero no es justo que tal acción suponga que el deudor deba asumir todo riesgo futuro por el solo hecho de que era previsible, si las circunstancias de la obligación indican que se operaba en un nivel acotado. En otros términos, el nivel de lo previsible es un concepto normativo, y lo determina el concreto contenido de la obligación (previsibilidad abstracta y economía del contrato), y no la pura posibilidad estadística.

La noción de irresistible, que sólo tiene importancia cuando se trata de un fenómeno contractualmente imprevisible, supone también una funcionalización de las circunstancias concretas en que se actúa. Hoy la técnica informa que de los hechos que impiden el cumplimiento son muy pocos los verdaderamente irresistibles, sin embargo muchos lo son por la irracionalidad que supone su remoción, dado su costo. No puede pensarse que el deudor, cualquiera sea la economía del contrato, deba responder de todo tipo de riesgos, sin atender a sus costos internos. De nuevo creo que la información económica

⁵² Cfr. CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, XI, cit., pp. 537-538; ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de...*, IV, cit., pp. 184-185; MEZA BARRÓS, *Manual de...*, cit., pp. 257-258.

⁵³ FUEYO, *Cumplimiento...*, cit., pp. 386-393; RODRIGUEZ GREZ, *La obligación...*, cit., pp. 80-81.

⁵⁴ FUEYO, *Cumplimiento...*, cit., pp. 389-391.

puede ofrecer criterios a efectos de configurar un impedimento por irresistibilidad. El deudor no se hará responsable de cualquier impedimento, por el solo hecho que sea naturalmente controlable.

Por último creo importante hacer presente que caso fortuito y pérdida de la cosa debida (imposibilidad sobrevenida de la prestación) no son nociones que se reclamen necesariamente, pues es viable que el caso fortuito sólo cumpla una función exoneradora de daños y perjuicios, sin que a su vez se esté frente a la extinción de la obligación, en el evento que no concurren los supuestos propios de la pérdida de la cosa debida, que suponen la imposibilidad objetiva y absoluta de cumplimiento. En otros términos, puede ser que el deudor se exonere de los daños causados por el retraso en cumplir, por beneficiarle un caso fortuito y, no obstante, aún se mantenga en vigor el vínculo obligatorio, quedando expuesto a ser demandado de cumplimiento.

La regulación del Código puede darnos la razón, pues trata como causa de extinguir la obligación a la pérdida de la cosa debida no imputable al deudor, y por otro lado, como simple exoneración de daños la presencia de un caso fortuito frente a una infracción obligacional (cfr. artículos 1556 a 1558).

3.4. Daños a intereses extraobligacionales

En cuanto a los intereses extraobligacionales, es decir, aquellos que protege la relación obligacional indirectamente, en virtud del deber que el deudor tiene de actuar diligentemente de manera de no lesionar otros aspectos patrimoniales o personales del acreedor, más allá del deber de prestación, cuyo fundamento central se encuentran en el principio de ejecución de buena fe del contrato y en el del *alterum non laedere*, creo es posible engarzar la culpa-negligencia como factor de imputación, pues es razonable entender que todos los daños causados en el cumplimiento han de ser exonerados si el deudor demuestra que desplegó la diligencia debida, adquiriendo pleno sentido el artículo 1547 CC.

En esta sede el dolo y la negligencia, y el caso fortuito y la diligencia debida (presunción/prueba), encuentran un campo natural como factores de imputación de responsabilidad, y creo que la similitud con los esquemas de imputación de la responsabilidad extracontractual es intensa. También parece factible encontrar en estos casos un cúmulo de responsabilidad.

4. PRINCIPALES CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, es posible concluir que del sistema de responsabilidad contractual que se infiere del Código Civil chileno, existe base suficiente como para corregir la tradicional interpretación *culpabilista* que de sus normas se ha hecho, al menos en lo que se refiere la pretensión por el equivalente pecuniario, y por los daños causados a intereses propiamente obligacionales.

La pretensión por la *aestimatio rei* como acción de cumplimiento no indemnizatoria, y la distinción entre el valor de la prestación y los perjuicios causados en el cumplimiento, permiten separar dos conceptos básicos en materia de responsabilidad: lo que se debe porque se ha obligado (el valor económico de la obligación), y lo que se debe *ex novo*, porque se ha causado un daño con ocasión del cumplimiento/incumplimiento de la obligación (los daños y perjuicios propiamente obligacionales).

En materia de obligaciones de actividad o de medios, el cumplimiento de la diligencia debida no es causa de exoneración de daños, sino la prueba del cumplimiento de la prestación debida.

El dolo aparece como una forma de agravación de responsabilidad en razón de la particular reprochabilidad que comporta. Para legitimar la tutela resarcitoria se exige un daño causado unido a la voluntariedad del comportamiento dañoso, a menos que el comportamiento sea por sí una conducta gravemente culpable, que en todo caso debe probarse. En caso de ser una simple omisión del cumplimiento debido, es preciso acreditar la intención dolosa.

El caso fortuito es en ambos casos una forma de exoneración de responsabilidad, de carácter objetivante, vinculado a la economía obligacional y a la real posibilidad de prever y resistir el impedimento en función de la concreta economía de la obligación, y sin que su concurrencia suponga necesariamente la extinción de la obligación.

En materia de daños extraobligacionales, parece razonable hacer jugar los factores tradicionales de atribución de daños.