

TEORIA DE LAS OBLIGACIONES

I CONCEPTOS.

El patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero. Los derechos pueden ser reales o personales (576).

Una de las peculiaridades de los derechos personales consiste en que solo pueden reclamarse de las personas que han contraído la obligación correlativa (578).

Frente a todo derecho personal hay una obligación correlativa.

La obligación es un vínculo jurídico entre personas determinadas, en cuya virtud una se encuentra para con la otra en la necesidad de DAR, HACER o NO HACER una cosa.

La obligación es, pues, un vínculo de derecho que supone dos sujetos:

- uno activo, acreedor, investido de la facultad de exigir una prestación y
- uno pasivo, deudor puesto en la necesidad de ejecutarla-
- y un objeto debido.

Acreedor y deudor pueden ser una o muchas personas (el artículo 1438 establece que cada parte puede ser una o muchas personas).

La obligación, en tanto vínculo jurídico, supone para el acreedor, una situación jurídica activa, de crédito; y para el deudor, una situación jurídica pasiva, de deuda.

El objeto de la obligación es la prestación que puede ser positiva (dar o hacer) o negativa (no hacer).

A diferencia del derecho real, que es por regla general indefinido, la obligación y el derecho personal son esencialmente temporales, pues se contraen para extinguirse.

Además la obligación es EXCEPCIONAL, lo que significa que debe ser probada.

Las fuentes de las obligaciones son:

Contratos

Cuasicontratos

Delitos Civiles

Cuasidelitos Civiles

La Ley

Artículo 1437.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como los contratos y convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad.

Artículo 2284.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho del que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasi delito.

Otros consideran además:

- el enriquecimiento sin causa y
- la declaración unilateral de voluntad.

II CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

a) Desde el punto de vista del origen;

Pueden ser contractuales (emanadas de contratos) o extracontractuales (emanadas de cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, y la ley).

b) Desde el punto de vista de la eficiencia, civiles y naturales.

c) Desde el punto de vista del objeto pueden ser:

-De dar, hacer, o no hacer. Se agrega la de restituir.

-Positivas (dar, hacer, restituir) o negativas (no hacer).

-Principales, accesorias y dependientes.

-Ordinarias o reales.

-De objeto único o de objeto múltiple.

-Específicas y genéricas, según la determinación del objeto de la prestación.

Otras clasificaciones atendiendo a la naturaleza del objeto de la prestación (fungibles o no, consumibles o no, muebles o inmuebles,...)

d) Desde el punto de vista de los sujetos, puede ser de sujeto simple o de sujeto múltiple.

e) Desde el punto de vista de los efectos, puede ser de ejecución única (instantánea o postergada) o de tracto sucesivo. También pueden ser puras y simples o sujetas a modalidad.

f) Desde el punto de vista de la causa, pueden ser causales o abstractas. Las obligaciones abstractas tienen causa, solo que ella es inoponible al acreedor. Así, al que ha adquirido la letra de cambio por endoso, no le empece la convención en cuya virtud el librado acepto la letra de cambio. (artículo. 28 de la Ley 18.092).

III OBLIGACIONES NATURALES

Artículo 1470 y siguientes.

Este artículo define lo que son las obligaciones naturales. No dan acción pero sí dan excepción. A diferencia del deber moral, en la obligación natural hay un vínculo jurídico que es el que justifica la facultad del acreedor de retener.

El artículo 1470 enumera cuatro obligaciones, que pueden dividirse en dos subgrupos:

1.- Obligaciones nulas o rescindibles (1470 N° 1 y 3)

N°1 las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;

N°3 las que proceden de actos a que faltan solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como de pagar un legado, impuesto por testamento que no se ha otorgado en forma debida.

1470 N°1

Obligaciones contraídas por el menor adulto. Antes hablaba "como la mujer casada en los casos en que le es necesaria la autorización del marido o de los menores adultos".

Se presentaba el problema de que ocurría con los absolutamente incapaces, y era y es obvio que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales (1447 inciso.2).

Respecto al disipador declarado en interdicción, tampoco se aplicaba ni se aplica pues precisamente por carecer de suficiente juicio y discernimiento es que ha sido declarado en interdicción (Alessandri). Claro Solar cree que debe estar comprometido. Según Meza Barros, si la obligación es nula pero se ratifica o se valida por la prescripción de la acción rescisoria, la obligación, de natural se convierte en civil. Creo que eso es un error: la obligación natural por este concepto lo es sólo si está declarada la nulidad. Así cree Alessandri fundado en que la nulidad no produce efectos sino en virtud de sentencia firme (1684 y 1687). Antes, la obligación es civil. Y declarada la nulidad el acto no puede volver a ser válido por ratificación. Pero Claro Solar cree que la

obligación es natural desde la existencia del vicio que la hace rescindible, aunque no esté declarada judicialmente la nulidad. La sentencia en nada afectaría al carácter de natural de la obligación porque esta no dejaría de serlo por ser rechazada la acción contra el naturalmente obligado (el artículo 1471 establece que la sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra al naturalmente obligado, no extingue la obligación natural).

Tampoco exige otra cosa que el vicio el artículo 2375.

1470 N°3

Obligaciones que proceden de actos absolutamente nulos.

No solo por falta de solemnidades sino falta de cualquier requisito o existencia de cualquier vicio que sanciona la ley con la nulidad absoluta. Respecto de estas obligaciones, Meza Barros cree que no es necesaria la declaración de nulidad para que la naturalidad de la obligación exista y por eso si el deudor paga, no puede repetir lo pagado pidiendo la nulidad de la obligación. Hay jurisprudencia en tal sentido, pero que no comparto pues con ese criterio nunca prosperaría la acción reivindicatoria emanada de un acto absolutamente nulo. Lo que hay que aplicar aquí es solo la norma del artículo 1468, que establece que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. A contrario sensu, es obvio que puede repetirse lo dado o pagado en virtud de un acto nulo (salvo que haya declaración de nulidad). Se plantea el problema si acaso este número del artículo 1470 se refiere a actos de toda clase o sólo a los unilaterales, como el ejemplo que se coloca. A mi juicio es obvio que debe aplicarse a todos los actos jurídicos.

1470 N°2

Obligaciones civiles prescritas.

La prescripción más que un modo de extinguir obligaciones es un modo de extinguir acciones. Así se llama, además, el párrafo tercero del título cuarenta y dos del libro cuarto.

¿Se requiere declaración judicial? Si, porque por el sólo transcurso del tiempo el deudor adquiere la excepción perentoria de prescripción, pero si no la opone o renuncia a ella expresa o tácitamente (2494), no hay prescripción y el juez debe acoger la acción. A pesar de que podría inducir a creer lo contrario el artículo 2514 cuando establece que para que opere la prescripción se exige sólo el transcurso del tiempo.

1470 N°4

Obligaciones que "no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba". Solo por falta en el aspecto de la prueba.

Hay quienes creen que además hay obligación natural en los demás casos en que la ley no autoriza la repetición, como con la multa en los esponsales (99). La mayoría cree que aquí no hay obligación natural sino solo una sanción. Y no hay obligación natural porque los esponsales "no producen efecto alguno ante la ley civil", es decir, no generan obligaciones que puedan ser novadas o caucionadas.

Otro caso que se suele citar como la obligación natural es el artículo 1468, pero en realidad no hay tal, pues se trata de una sanción cuyo fundamento es justo el inverso del de las obligaciones naturales. En este caso no se trata de validar el cumplimiento de un deber moral si no de castigar el dolo. Una situación similar es la del artículo 2208: "Si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podran repetirse ni imputarse al capital" y artículo 15 de la ley 18.010, pero tampoco hay obligación natural pues no puede haber en este caso novación o caución. Si los hubiera, habría entre las partes una convención y ocurre que la norma se pone justo en el caso en que no hay estipulación.

En cambio el caso del artículo. 2260 si parece ser una obligación natural: "El juego y la apuesta no producen acción, sino solamente excepción. El que paga no puede exigir el pago..."

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

a) Autorizan para retener lo pagado, porque el cumplimiento de una obligación natural no es un acto de liberalidad sino un pago. De ahí lo que disponen los artículos 2296 ("no se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el artículo. 1470") y 2297 ("Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural").

Pero ese efecto se da sólo si el pago se hizo sin error de hecho y por parte del capaz de pagar.

(artículo 1470 inciso final: "para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes").

b) La obligación natural que es causa suficiente para el pago, puede serlo de una novación y reemplazarse una obligación natural por una civil y viceversa: artículo 1630: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente".

Después de todo, la novación no es sino una forma de pago.

c) Las obligaciones naturales no pueden ser compensadas, al menos no pueden ser objeto de la compensación legal, si bien convencional. (artículo 1656 N° 3 exige "que ambas (deudas) sean actualmente exigibles".)

d) Las obligaciones naturales pueden ser caucionadas. artículos 1472 y 2338.

Artículo 1472: "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituídas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán".

Artículo 2338: "La obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural".

Sin embargo, en las obligaciones naturales, el fiador no goza del beneficio de reembolso ni de excusión. (artículo 2358). (artículo 2375: "Las acciones concedidas por el artículo. 2370 no tendrán lugar en los casos siguientes:

1º Cuando la obligación del principal deudor es puramente natural, y no se a validado por la ratificación o por el lapso de tiempo...").

e) ¿Que ocurre respecto de terceros que caucionan una obligación natural?

En este caso el 1470 N°1, la obligación, para ellos, es civil, pues la nulidad solo afecta al deudor incapaz y la nulidad solo puede alegarla.

En el caso del 1470 N°3, en cambio, el tercero si podría la nulidad absoluta, pues tiene interés (1683); es decir, para el también es natural la obligación.

En el caso del artículo. 1470 N°2 y 4, la caución importa una renuncia a la prescripción (2518) y en cualquier caso una prueba. Por eso, no podría el tercero invocar la excepción respectiva.

f) 1471. La sentencia que rechaza la acción contra el naturalmente obligado no extingue la obligación natural.

OBLIGACIONES SUJETAS A MODALIDAD

La regla general es que las obligaciones producen sus efectos inmediatamente hacia adelante, sin restricciones ni limitaciones. Excepcionalmente, la existencia de modalidades altera estos efectos normales.

Las modalidades son clausulas que se introducen en un acto jurídico y que por ende afectan a la obligación que estos generan desde el punto de vista de su nacimiento, extinción o ejercicio.

Normalmente las modalidades son excepcionales y por ende no se presumen, salvo la condición resolutoria tacita (1489) y la existencia del fideicomisario o su sustituto a la época de la restitución (738).

Si bien en el primer caso estamos frente a una condición que es elemento de la naturaleza, en cambio en el segundo estamos frente a una condición de existencia o elemento esencial y por ende irrenunciable.

Todos los actos admiten modalidades salvo regla especial, como ocurre con el matrimonio, la legitima rigurosa, la adopción, o la aceptación o repudiación de

las asignaciones. (102, 1192, 9º ley 7613, 1227). En general se admiten modalidades en el ámbito de lo patrimonial.

Obligaciones condicionales:

Titulo IV del libro IV y Titulo IV del libro III. Este ultimo se aplica en virtud del articulo 1493.

Concepto de condición: Articulo 1473. "La condición es un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho u obligación."

-Debe ser futuro (articulo 1071).

En las asignaciones condicionales el legislador distingue situaciones en relación a un hecho presente o pasado. (articulo 1072).

-Debe ademas ser incierto. Y ello es lo que se distingue del plazo.

Clases de condiciones:

a) Expresa o Tacita

b) Positivas o negativas (articulo 1474)

c) Determinadas o indeterminadas, según lo que se sepa cuando ocurrirá o no (si llega a ocurrir).

d) posibles o imposibles, física y moralmente (articulo 1475).

La condición positiva y suspensiva imposible se tiene por fallida (articulo 1480).

Si es positiva y resolutoria imposible, se tiene por no escrita. (articulo 1480 inciso.4º).

La condición negativa y suspensiva de una cosa físicamente imposible, hace que la obligación sea pura y simple (articulo 1476). Si fuere moralmente imposible o concebida en términos ininteligibles, se tendrá por fallida (articulo 1476 y articulo 1480 inciso 2º).

La condición negativa y resolutoria imposible (física o moralmente o ininteligible) se tiene por no escrita; la obligación se considera pura y simple y quien tiene la cosa no debe restituir (artículo 1480 inciso 4º).

e) Potestativas, causales o mixtas. (artículo 1477).

Las potestativas dependen de un hecho voluntario del deudor o acreedor o de la sola voluntad del acreedor. Estas últimas, las meramente potestativas, que dependen de la sola voluntad del deudor, son nulas (artículo 1478).

f) Suspensivas o Resolutorias (artículo 1479).

La condición se llama suspensiva si mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho.

Resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

La condición, suspensiva o resolutoria, puede encontrarse:

- pendiente, cumplida o fallida (artículo 1482).-

Si la condición es positiva y se ha fijado un plazo, se considera cumplida si el hecho sucede dentro del plazo.

Fallida si transcurre dicho plazo sin que suceda; pero si no se ha fijado plazo, se entiende cumplida en cualquier tiempo en que el hecho se verifique, con tal que no pase de diez años (aplicando analógicamente el artículo 962).

Si la condición es negativa, y se ha señalado plazo, se reputará cumplida si no se realiza dentro del plazo fijado y fallida si acontece en él; pero si no se ha fijado plazo, se tendrá por cumplida en cualquier tiempo en que se tenga la certidumbre de que no ocurrirá el hecho previsto o cuando transcurra el plazo de diez años sin que se haya verificado.

Y se reputará fallida en cualquier momento en que el hecho ocurra dentro de los referidos diez años. Pero la condición debe fallar sin culpa del deudor (artículo 1481 inciso 2º).

¿Cómo debe cumplirse la condición?

De acuerdo a la intención de las partes y en ningún caso por equivalencia. (artículos 1483, 1484, 1485).

Efecto de la condición suspensiva.

Mientras está pendiente el acreedor condicional sólo tiene un germen de derecho y por ende no puede exigir el cumplimiento de la condición; y si recibe, lo recibido puede repetirse (artículo 1485).

Además por no ser exigible la obligación, no corre la prescripción (artículo 2514).

Pero en virtud del "germen de derecho" que tiene el acreedor, y que se transmite (artículo 1492 inciso. 1º), "puede impetrar providencias conservatorias" (artículos 1492, 1078, 761).

Cabe notar que el artículo 1492 incurre en una inexactitud pues señala que la obligación condicional no se trasmite en las asignaciones testamentarias, lo que no es efectivo.

En cuanto a los riesgos;

- si la pérdida es total y fortuita, se extingue la obligación;
- Si es parcial y fortuita se debe en el estado que se encuentra (artículo 1486).
- Si la pérdida es total y culpable se debe el precio y la indemnización;
- Si es parcial y culpable, el acreedor podrá pedir lo que reste o bien exigir la resolución y en cualquier caso con indemnización (artículos 1486 inciso 2º y 1820).

Fallida la condición suspensiva, el derecho no llega a existir y se entiende que jamás ha existido; las medidas conservadoras quedan sin efecto.

Cumplida la condición suspensiva, nace el derecho y opera con efecto retroactivo, así se desprende del artículo 77 y 2413 y es lo que explica la transmisibilidad de los derechos y obligaciones condicionales.

Excepciones a esta retroactividad:

los frutos no se devuelven (artículos 1488, 1090)

las enajenaciones no caducan respecto de terceros de buena fe (artículos 1490 y 1491).

Efecto de la condición resolutoria.

Concepto: La condición resolutoria ordinaria consiste en cualquier hecho futuro e incierto "que no consista en el cumplimiento de las obligaciones contractuales" y del cual dependa la extinción de un derecho u obligación.

Opera de pleno derecho y si se solicita judicialmente, por cualquier persona el tribunal limita a constatar que operó. Cualquiera puede alegarla y no puede pedirse -a diferencia de la condición resolutoria tácita- el cumplimiento o la indemnización de perjuicios.

Concepto: La condición resolutoria tácita es un hecho futuro e incierto, del cual depende la extinción de derechos u obligaciones y que consiste en el incumplimiento de condiciones contractuales.

Es tácita, es decir, elemento de la naturaleza y no accidental, como es la ordinaria (artículo 1444).

Pero como no es esencial, puede ser renunciada, ya que es patrimonial y mira al sólo interés de los renunciantes.

Puede renunciarla una parte o ambas.

Es negativa y simplemente potestativa.

Se funda en la equidad y la voluntad probable de las partes y según el artículo 1489 va envuelta en todo contrato bilateral.

No existe sin embargo en las particiones, ni en las transacciones, ni tampoco en los contratos de tracto sucesivo (se terminan pero no se resuelven).

Hay autores que creen que también pueden existir en los contratos unilaterales. Otros creen que en sólo en algunos contratos unilaterales que la contemplan expresamente como ocurre con el comodato (artículo 2177), la prenda (artículo 2396).

La condición resolutoria tácita opera de pleno derecho; es decir, es necesario que el acreedor diligente demande la resolución (mediante el ejercicio de la

condición resolutoria), conjuntamente con lo cual puede además, demandar indemnización de perjuicios.

Pero el acreedor diligente también puede hacer otra cosa; demandar el cumplimiento forzado con indemnización.

Para pedir la resolución es necesario que el cumplimiento no haya sido fortuito sino que haya mora culpable. Eso es un requisito para que proceda la indemnización de perjuicios (artículo 1557), lo que confirman los artículos 1826, 1873, y 2101.

Se discute si basta cualquier incumplimiento para que proceda la resolución.

Unos creen que sí, pues el artículo 1489 no distingue.

Otros creen que no, fundándose en los artículos 1939, 1972, 1979, y 1852 inciso. 4º. Pienso que la resolución está en el artículo 1483.

Ejercida la condición resolutoria el contrato queda resuelto desde que el fallo resolutorio pasa en autoridad de cosa juzgada. Eso significa que mientras que eso no ocurra, el demandado puede cumplir el contrato.

Diferencias entre la condición resolutoria ordinaria y la condición resolutoria tácita.

1.- La ordinaria opera de pleno derecho.

La tácita por resolución judicial.

2.- La ordinaria no puede evitarse cumpliendo

La tácita sí.

3.- La ordinaria la alega cualquier interesado

La tácita sólo puede invocarla el contratante diligente.

4.- La ordinaria no da derecho a indemnización

La tácita si da derecho a indemnización.

5.- En la ordinaria no puede exigirse el cumplimiento de la obligación pues opera la resolución, y de pleno derecho

En la tácita si puede pedirse el cumplimiento forzado.

El Pacto Comisorio.

Concepto: es la condición resolutoria tácita expresamente estipulada.

El código trata de él a propósito de la compraventa y más precisamente, en relación a la obligación del comprador de pagar el precio, pero se pueden aplicar estas reglas con un efecto más general. En efecto, no se discute que puede pactarse en todo contrato; aunque se discuten cuales serían las reglas aplicables.

El Pacto Comisorio puede ser de dos clases:

- Pacto Comisorio Simple:

Este es el que simplemente se estipula que se resolverá el contrato en caso de no cumplirse lo pactado.

Por ejemplo el mutuo, el no pago oportuno de una cuota, dará derecho a exigir la resolución de todo el capital prestado. En estos casos la resolución no opera de pleno derecho, sino que es necesario pedirla. Por eso el artículo 1878 permite pedir la resolución o el cumplimiento.

La importancia del pacto comisorio es doble.

Por una parte, implica para el ejercicio de la acción plazos diferentes a los de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita.

Por otra parte en los contratos bilaterales hay una razón adicional de importancia -según algunos- cual es de que llena la exigencia legal de la que la condición se exprese. (artículos 1491 y 680 inciso. 1º).

- El pacto comisorio calificado:

Es aquel en que además se estipula que si no se cumple lo pactado en el tiempo convenido se resolverá ipso facto el contrato.

En ese caso el contratante moroso puede hacerlo subsistir cumpliendo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda (artículo 1879). El plazo para enervar la acción es de veinticuatro horas (artículo 48 inciso 1º).

Se discute si es un plazo renunciable o no.

En todo caso, es claro que también requiere de declaración judicial.

Efectos de la condición resolutoria.

Sea que la condición haya operado de pleno derecho o por acción resolutoria.

Pendiente la condición, el contrato y la obligación produce sus efectos normales como si fuese pura y simple; sólo que hay una incertidumbre acerca de la duración.

Fallida, el contrato y sus efectos se consolidan como si hubiese sido puro y simple y la condición se considera como no escrita.

Cumplida, se extinguen los derechos y obligaciones como si el contrato jamás hubiera producido sus efectos (retroactivamente).

Por eso la RESOLUCION es un modo de extinguir obligaciones (artículo 1597 nº 9).

En los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento y el contrato de trabajo, la vuelta de las partes al estado anterior es imposible y por eso que se aplica una institución distinta que es la terminación. Entre las partes la resolución implicará la obligación de restituir (artículo 1487) dado que el que tiene la cosa no es dueño ni tiene ningún derecho sobre ella.

Pero saliendo de las reglas lógicas y aplicando la equidad, el legislador a dicho que sin embargo, los frutos no se deberán salvo que haya norma contractual o legal en contrario (artículo 1488), con lo cual el principio de la retroactividad experimenta una notable excepción.

La ley dispone que en algunos casos no obstante lo anterior, producida la resolución deben restituirse los frutos (artículos 1875 y 1090).

-Respecto de terceros, es decir, de aquellos que tienen la cosa o un derecho sobre la cosa, en virtud de que el deudor, antes de la resolución la había enajenado o gravado, el código da la regla de que la resolución no afecta a los terceros de buena fe, es decir, a los que desconocían la existencia de la condición.

Tratándose de bienes muebles el artículo 1490 no agrega nada especial; sólo dice que no pueden reivindicarse de terceros de buena fe, la cual -hay que tenerlo presente- se presume. Por eso, para reivindicar de un tercero es necesario probar la mala fe.

Tratándose de bienes raíces la regla es la misma, pero no es necesario probar la mala fe. Esta se presume cuando la condición constaba el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública (artículo 1491).

Se discute que debe entenderse por constar.

Unos dicen que consta a la condición resolutoria tácita, aunque no se haya estipulado, cuando en el título aparece de manifiesto que esta pendiente el cumplimiento de una obligación contractual y no se ha renunciado a la condición resolutoria tácita. El título "respectivo" es el original, aquel que dio origen al derecho condicional. Está demás que el legislador haya exigido que el título se encuentre "inscrito u otorgado por escritura pública", dado que si está inscrito es porque consta por escritura pública y aún constando por escritura pública, será necesario que se inscriba a fin de que traspase el derecho.

Para las donaciones entre vivos hay una regla especial en el artículo 1432.

Análisis del artículo 1490.

"Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".

a) No es que se "deba" (ello sólo ocurre si se cumple la condición y desde que se cumple) sino que se tiene o posee bajo condición.

b) No debió referirse al que debió una cosa a plazo, pues en tal caso se trata de un usufructo, que no puede reivindicar la cosa misma, sobre la cual es solo un mero tenedor.

c) No debió referirse a condición suspensiva o resolutoria, pues en verdad se trata de una condición resolutoria, lo que ocurre es que el que tiene la cosa bajo condición resolutoria la debe bajo condición suspensiva, lo que significa que mientras no se cumpla la condición no la debe.

d) ¿A qué se refiere el artículo 1490 cuando habla de enajenación?

Se refiere a la enajenación en sentido estricto, excluyendo los gravámenes. En efecto, la hipoteca, el censo, la servidumbre y la habitación se refiere sólo a bienes inmuebles. Por su parte el usufructo y el uso que se refieren a bienes muebles, se extinguen por la resolución del derecho del constituyente (artículos 806 y 812).

Análisis del artículo 1491.

"Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública."

a) No debió decir "debe", sino "tiene o posee". En todo caso, no habla de plazo por lo que la norma es más acertada que el artículo 1490.

b) ¿Sólo se aplica a la hipoteca, censo o servidumbre?

Si, porque siendo excepcional, en cuanto hace excepción al efecto retroactivo de la resolución, debe interpretarse restrictivamente.

c) Cuando el artículo habla de "no podrá resolver la enajenación o gravamen" se refiere a que no habrá acción reivindicatoria contra los terceros. El lenguaje es inapropiado pues tiene el inconveniente de sugerir que la acción resolutoria podría dirigirse contra los terceros lo que es absurdo, pues es personal.

Los artículos 1490 y 1491 sólo se aplican, no obstante los términos amplios a:

- compraventa (artículos 1873 y 1876)
- permuta (artículo 1900)
- el pacto de retroventa (artículo 1882).

Acción Resolutoria. Es la que nace de la condición resolutoria tácita y del pacto comisorio para pedir la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Su objetivo es aniquilar el contrato para destruir consecuentemente las obligaciones derivadas del mismo.

Característica de la acción resolutoria.

1.- Es una acción personal. Sólo se dirige contra el contratante moroso y por parte del contratante diligente (aquel que cumplió por su parte o está llano a cumplir). Nace un derecho personal que es el del acreedor diligente. Una vez resuelto el contrato, el contratante diligente puede además ejercer la acción

reivindicatoria de la cosa de cuyo dominio de supone, por la resolución, que no se ha desprendido jamás.

Puede además ejercer ambas acciones conjuntamente (artículo. 18 Código de Procedimiento Civil) pero naturalmente que el éxito de la segunda derivará del éxito de la primera.

2.- Es una acción mueble o inmueble, según la naturaleza de la cosa debida. Y es patrimonial y por ende renunciable, transferible, transmisible y prescriptible.

3.- En lo tocante a la prescripción hay que hacer una distinción. La acción resolutoria emanada de la acción resolutoria tácita es una acción personal ordinaria y por ende prescribe en cinco años (artículo 2515 inciso 1º) desde que la obligación se hizo exigible (artículo 2514 inciso 2º) y se suspende en favor de los incapaces (artículo 2520).

En cambio, si emana de un pacto comisorio, prescribe en cuatro años, o en el plazo menor fijado por las partes (artículo 1880), sin suspenderse ese plazo (artículo 2524) y desde la fecha del contrato (artículo 1880).

Cumplida la acción resolutoria, los aumentos y mejoras son del acreedor, pero carga el también con los deteriorados o disminuciones, precisamente por el efecto retroactivo de la condición. (artículo 1486 inciso 2º).

Si la pérdida es fortuita, la sufre íntegramente el acreedor (artículo 1550), conforme al principio de que las cosas perecen para el dueño, pero si es culpable, en el fondo el deudor, al entregar una cosa deteriorada, va a estar incumpliendo las obligaciones pactadas y por ende el acreedor tendrá la alternativa de pedir la ejecución forzada o la resolución, y en ambos casos con derecho a indemnización (artículo 1486 inciso 2º), al igual que en el caso del artículo 1590.

La resolución y rescisión son conceptos esencialmente diferentes.

La rescisión es una forma de invalidez, concretamente la nulidad, y por ende sólo autoriza a retener los frutos percibidos de buena fe (artículo 1687 inciso 2º y 907 inciso 4º). Y da acción reivindicatoria contra terceros de buena o mala fe (artículo 1689).

En cambio la resolución autoriza a retener generalmente los frutos (artículo 1488, salvo 1875 y 1090) y sólo permite reivindicar y afectar a terceros de mala fe (artículo 1490 y 1491).

EL PLAZO.

Se aplica el título IV del título IV del libro III (artículos 1498 y 1080).

El artículo 1494 establece que el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación. Pero este concepto alude más bien al plazo suspensivo.

En doctrina se define el plazo como un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio de un derecho (o exigibilidad de una obligación) o la extinción de un derecho (u obligación).

Lo peculiar del plazo es la futureidad y la certidumbre. Esto último es lo que lo distingue de la condición y determina que el contrato sujeto a plazo genere derechos de inmediato, y lo que se suspende mientras no se cumpla el plazo es el ejercicio de ese derecho.

El plazo puede ser incierto y en tal caso es más bien una condición. El artículo 1081 señala que puede haber cuatro tipos distintos de plazos atendiendo precisamente a su certidumbre o incertidumbre y determinación o indeterminación.

La certidumbre o incertidumbre, se refiere a si es seguro o no si el plazo va a llegar. La determinación se refiere a cuando, en caso de llegar, se cumpliría el plazo. El artículo 1083 contempla estas ideas y en síntesis establece las asignaciones (u obligaciones) desde un día son condicionales a menos que el día sea cierto y determinado y que las asignaciones (u obligaciones) hasta un día son a plazo a menos que el día sea incierto e indeterminado.

Asignaciones desde el día (dies ad quo) cierto y determinado: Es plazo. Artículo 1084 inciso 1º. "La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día."

Asignaciones desde el día cierto pero indeterminado: artículo 1085 inciso 1º y 2º. "La asignación desde el día cierto pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día".

Si se sabe que ha de existir el asignatario en ese día, como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente, tendrá lugar lo previsto en el inciso. 1 del artículo. precedente".

Asignaciones desde día cierto pero determinado (ejemplo llegar a una determinada edad). Esta es asignación condicional (artículo 1086).

Asignaciones desde día cierto e indeterminado (ejemplo recibirse de abogado). Es condicional (artículos 1083 y 1086).

Asignaciones hasta tal día (dies ad quem) cierto y determinado. Constituye un usufructo (artículo 1087 inciso 1º).

Asignaciones hasta día cierto e indeterminado. También hay un usufructo (artículo 1087 inciso. 1º).

Asignaciones hasta día incierto pero determinado. También es usufructo, y hay plazo. ¿Por qué? Porque el usufructo se extingue no sólo por el plazo sino también por la muerte del usufructuario. Entonces si falla el plazo, por ser incierto, lo que ocurrirá si el asignatario muere, será simplemente que habrá habido un usufructo de por vida.

Asignaciones hasta el día incierto e indeterminado. Es condición (artículo 1083).

Clasificación de los plazos.

1.-Expreso, es el establecido en términos formales y explícitos. Tácito, el indispensable para cumplir la obligación (artículo 1494). Esto se relaciona con la constitución en mora (artículo 1551 nº2).

2.- Fatal, es aquel que se extingue por la llegada del plazo (artículo 49), no fatal, aquel que se permite cumplir la actuación mientras no se declare la rebeldía por un tribunal.

3.- Determinado e indeterminado; cierto o incierto. Esto ya se vio. La certidumbre o incertidumbre atiende a la seguridad o inseguridad de que el plazo llegará. La determinación, al conocimiento de cuando ocurrirá el plazo, independientemente de que el hecho llegue o no.

4.- Voluntario: es aquel establecido por las partes, como lo permite el artículo 1880 o el 1866.

Legal: es aquel que la ley fija, por ejemplo, para acciones o derechos (artículos 2200, 1885,...)

Judicial: es el que excepcionalmente el juez fija, por autorizarlo la ley (artículos 378, 904,..) o de oficio.

5.- A) Suspensivo: es aquel que posterga el ejercicio del derecho o la exigibilidad de la obligación. No afecta a la existencia del derecho; el derecho nace inmediatamente celebrado el contrato (artículo 1084), por lo cual, pendiente el plazo suspensivo, lo que se paga no está sujeto a devolución, pues si bien es cierto que había un plazo pendiente, no lo es menos que existía ya el derecho y eso es lo que justifica que el acreedor a plazo tenga derecho a retener (artículo 1495):

En el fondo el deudor que paga anticipadamente renuncia al plazo.

A diferencia del acreedor condicional, que no tiene derecho a retener, pues antes de la condición suspensiva carece totalmente de derecho (artículo 1485 inciso 2º). Luego, el efecto fundamental del plazo suspensivo es que no puede ejercerse el derecho ni exigirse la obligación sino pasado el plazo (artículo 1496). Y como mientras tanto no son exigibles, no pueden ser compensadas (artículo 1656 nº 3º).

Además, pendiente el plazo no corre prescripción (artículo 2514). Pero pendiente el plazo el acreedor puede exigir medidas conservativas, pues aunque no lo autoriza expresamente el código, se aplica a FORTIORI la autorización que existe para el acreedor condicional. Pendiente el plazo, el derecho se transmite, salvo que sea plazo hasta día, pues en tal caso es un usufructo y por ende intransmisible.

Cumplido el plazo suspensivo, en cambio, la obligación se hace exigible y por eso el vencimiento del plazo coloca al deudor en mora (artículo 1551 N° 1 y 2). Corre la prescripción y puede operar la compensación.

B) Extintivo: es aquel que por su cumplimiento se extingue el derecho u obligación (artículo 1080). Pendiente el plazo extintivo, el acto produce efectos como si fuera puro y simple. Llegando el plazo el derecho se extingue pero sin efecto retroactivo: el derecho se tuvo durante todo ese tiempo (ejemplo: el usufructuario no está obligado a devolver los frutos percibidos).

La extinción del plazo no sólo se verifica por su vencimiento. También por la renuncia y por la caducidad.

En principio el plazo se establece en favor del deudor y por eso normalmente el puede renunciar al plazo. Pero no siempre, pues también puede interesar al acreedor, como en el depósito (artículos 2220, 2219, 1497, 2204, artículo 10 de la ley 18.010). Tampoco puede renunciar al plazo se le prohibió hacerlo (artículo 12).

En cuanto a la Caducidad, esta consiste en la ocurrencia de circunstancias que hacen riesgoso para el acreedor seguir esperando el plazo (artículos 1496 y 2427) Pero además en la quiebra, notoria insolvencia y la pérdida o disminución de las cauciones, habría que mencionar la caducidad convencional, o sea, las "clausulas de aceleración".

EL MODO

Es la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad, sea donación o disposición testamentaria.

Está regulado a propósito de estas últimas, pero sus normas se aplican también a las obligaciones entre vivos (el artículo 1493 aplica las normas de los artículos 1089 a 1096).

De acuerdo al artículo 1089, el modo no constituye una condición suspensiva, y por eso, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

El código regula cómo debe cumplirse el modo (artículo 1094).

En cuanto a la imposibilidad de cumplir el modo lo regula en el artículo 1093.

Si el asignatario o donatario no cumple el modo, ello implicaría la resolución, siempre y cuando la obligación o asignación modal lleve cláusula resolutoria (artículo 1090).

Según el artículo 1090, en las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, sino se cumple el modo.

No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa.

Si no lleva y el modo es en beneficio exclusivo del asignatario, no impone obligación alguna.

OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y DE GENERO.

Las obligaciones de especie son "aquellas en que lo que se debe es una especie determinada de un genero también determinado".

Aluden a estas obligaciones los artículos 1526 N° 3, 1548, 1550, 1670. Se debe un individuo perfectamente individualizado y por ende el acreedor no puede reclamar otra cosa ni el deudor pagar con otra cosa. El deudor se obliga no sólo a pagar la cosa debida sino además a conservarla (artículo 1548). Lo que implica a la vez un hacer, emplear en su custodia el debido cuidado (artículo 1549) que va a depender de la naturaleza del contrato (artículo 1547) y no un hacer (abstenerse de causarle daño). La pérdida fortuita de la cosa extingue la obligación, porque sólo esa cosa se debía.

El riesgo es del acreedor (artículo 1550) apartándose de las reglas de que las cosas perecen para su dueño, y por eso, el acreedor puede impetrar medidas conservatorias.

En cambio la pérdida culpable (artículos 1671 y 1672) sólo transforma la naturaleza del objeto debido.

Ahora si el caso fortuito sobrevino durante la mora, habría que ver si fue totalmente fortuito o no (artículos 1672 inciso.2º y 1547 inciso 2º).

Las obligaciones de género están definidas en el código, como aquellas que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado (artículo 1508).

No basta con determinar cualitativamente el género sino que además es necesario que la cantidad sea determinada o al menos determinable (artículo 1461).

En estas obligaciones el acreedor no puede pedir un individuo determinado, pues el deudor puede pagar con cualquiera con tal que sea de una calidad al menos mediana (artículo 1509).

Como el género no perece, el deudor puede destruir o enajenar las cosas, o puede ocurrir que se pierdan, con tal que subsistan al menos las necesarias cosas para el cumplimiento de lo que se debe (artículo 1510).

No hay riesgos o mejor dicho -y si cabe hablar de riesgos- estos son de cargo del deudor. Por lo mismo, el acreedor no puede impetrar medidas conservatorias.

OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE OBJETO

1º Obligaciones de simple objeto múltiple.

"Son aquellas en que se deben conjuntamente varias cosas de manera que el deudor queda liberado pagándolas todas y el acreedor tiene derecho a exigir las todas".

2º Obligaciones alternativas.

"Son aquellas en las cuales se deben varias cosas de manera que el deudor queda libre pagando con cualquiera de ellas"(artículo 1499).

En estas obligaciones, el deudor queda libre pagando totalmente cualquiera de las obligaciones alternativamente debidas (artículo 1500). Por su parte el acreedor no puede demandar alguna cosa particular, sino en la alternativa en que se le deben (artículo 1501). La obligación subsiste mientras no perezcan todas las cosas alternativamente debidas (artículos 1503 y 1504). Si hay varios acreedores y deudores, la elección de las cosas debe hacerse de consuno (artículo 1526 nº6).

La obligación será mueble o inmueble según lo sea la cosa con la cual se pague. La elección es del deudor salvo que se haya estipulado lo contrario (artículo 1500).

Si la elección es del deudor, puede enajenar o destruir las cosas con tal que subsista al menos alguna para el cumplimiento de lo que se debe (artículo 1502 inciso. 1).

Si en cambio la elección es del acreedor, carecen de dicha facultad y si enajena alguna cosa, "podrá el acreedor a su arbitrio pedir el precio de esta cosa y la indemnización de perjuicios o cualquiera de las cosas restantes" (artículo 1502 inciso. 2).

En cuanto a los riesgos hay que hacer algunas distinciones:

1º Si la pérdida es total y fortuita, se extingue la obligación (artículo 1504 inciso 1).

2º Si la pérdida es parcial y fortuita, la obligación subsiste respecto de las cosas que resten (artículo 1503).

3º Si la pérdida es total y culpable y la elección es del deudor, se deberá el precio de las cosas que él elija; y si corresponde elegir al acreedor, cualquiera de las cosas que el acreedor elija (artículo 1504 inciso 2º)

Ambos casos con indemnización de perjuicios pues se limita la facultad de optar.

4º Si la pérdida es parcial y culpable, y la elección es del deudor, pagará éste con lo que elige dentro de lo que reste;

Si la elección era del acreedor deberá pagar lo que el acreedor elija dentro de lo que reste o el valor de lo que elija dentro de lo parecido, con indemnización de perjuicios.

3º Obligaciones facultativas.

"Tienen por objeto una cosa determinada, pero facultándose el deudor a pagar con esa o con otra que se designa" (artículo 1505).

Lo peculiar es que no se deben varias cosas alternativamente sino que una en particular, pero autorizándose a que llegado el caso de pagar se pague con otras que también se designan. La elección es siempre del deudor; si el acreedor se reservara la elección sería obligación alternativa.

La voluntad debe ser expresa y no puede presumirse que la obligación es facultativa (artículo 1507).

Como se debe una cosa, el acreedor no puede demandar sino la cosa debida. Si esa cosa única que no se debe perece por caso fortuito, el acreedor no tiene derecho para pedir cosa alguna, es decir, se extingue la obligación (artículo 1506).

La obligación es inicialmente mueble o inmueble según sea la naturaleza de la cosa debida, aunque se pague con cosa distinta. Pero pagada con cierta cosa, esa es la que determina la naturaleza de la obligación que se ha extinguido.

Si la cosa debida perece total y fortuitamente, se extingue la obligación (artículo 1506).

OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS.

Pueden ser simplemente conjuntas, solidarias o indivisibles.

1º) Obligaciones simplemente conjuntas.

Son aquellas en las cuales hay varios acreedores y varios deudores y un sólo objeto debido, de manera que cada deudor sólo es obligado a satisfacer su parte o cuota en la deuda y cada acreedor sólo tiene derecho a reclamar su parte o cuota en el crédito.

Son la regla general, como se deduce de los artículos 1511 y 1526, pues la solidaridad y la indivisibilidad son la regla general. Hay tantas obligaciones como deudores y/o acreedores; sólo que la prestación es única (lo que implica que los objetos no puedan ser muchos).

-Ordinariamente la división se hará en cuotas viriles o iguales (artículos 1098 inciso. 3, 2367). Pero esta regla tiene sus excepciones cuando la pluralidad es derivativa, como en el caso del artículo 1354.

En estas obligaciones cada deudor no es obligado sino al pago de su cuota y cada acreedor no tiene derecho sino a exigir el pago de su cuota en el crédito (1511 y 1526). Como son obligaciones diferentes, la cuota del codeudor insolvente no grava a sus codeudores (1526 y 1355). La interrupción de la prescripción tampoco se comunica (2519).

La culpa de uno de los deudores no perjudica a los otros y sólo autoriza al acreedor para demandar perjuicios al deudor culpable (artículo 1540).

La constitución en mora de un deudor en pagar o de un acreedor en recibir no coloca en mora a los otros deudores o acreedores y la nulidad declarada en favor o en contra de uno de los deudores o acreedores no favorece ni perjudica

a los otros (artículo 1690). Si la obligación principal es de cosa divisible, la pena, en principio, es conjunta (artículo 1540 inciso. 1)

2º Las obligaciones Solidarias.

Son aquellas en que hay varios deudores y/o varios acreedores, una sola prestación y una sola obligación de objeto divisible, pero en las cuales en virtud del testamento, convención o norma legal, cada deudor puede ser obligado a pagar el total y cada acreedor tiene el derecho a demandar el pago total de manera que el pago total hecho por cualquier deudor y/o a cualquier acreedor extingue la obligación de todos los deudores y/o el crédito de todos los acreedores.

La solidaridad puede ser activa (varios acreedores) y/o pasiva (varios deudores).

Si es activa y pasiva se llama mixta.

Desde el punto de vista de la solidaridad pasiva, ella es una forma de garantizar el pago de una obligación, pues no importa que caigan en insolvencia uno o más deudores mientras quede alguno a quien demandar eficazmente. Es por eso una CAUCION PERSONAL, pues no se garantiza una deuda principal con algún bien determinado sino con el patrimonio de una o varias personas.

Las fuentes de la solidaridad son la convención, el testamento o la ley (artículo 1511 inciso 2º).

Requisitos:

1º unidad de la prestación.

2º divisibilidad del objeto (de lo contrario la obligación sería indivisible (artículo 1511)).

3º texto expreso convencional, legal o testamentario (1511 inciso. final) ejemplo de la solidaridad pasiva legal: artículos 2317, 419, 927, 1281, 2058, 2189.

4º pluralidad de acreedores y/o deudores.

5º que el pago hecho por cualquier deudor o cualquier acreedor extinga la obligación y/o el crédito respecto de todos.

Solidaridad Activa.

Existe cuando son varios los acreedores que pueden demandar al deudor (o deudores) el pago total, de modo que verificado el pago a cualquiera de los acreedores, se extingue la deuda respecto de todos los acreedores.

En realidad es raro que exista esta estipulación. Más bien puede corresponder a una comodidad exigida por el deudor, si bien a los mismos resultados (evitar tener que pagar a cada uno de los acreedores su cuota) se podría llegar mediante un mandato.

Según la doctrina romanista en esta materia - que es la que recoge el código chileno según se desprende del artículo 1513 que permite a cada acreedor incluso remitir la deuda-, cada acreedor lo es del total.

Conforme a la doctrina francesa, en cambio, la explicación es otra: habría un mandato legal, tácito y recíproco entre los acreedores.

El efecto de la solidaridad actividad, entre los acreedores y el deudor es que no existe división del crédito. Luego, cada acreedor puede demandar el pago total de la obligación, si bien nada se opone a que el acreedor sólo reclame la parte o cuota que en definitiva le corresponde y que acepte del deudor un pago parcial.

Por otra parte, el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores que elija, salvo que uno de ellos haya demandado ya al deudor (artículo 1513). El pago a cualquiera de los acreedores extingue la deuda respecto de todos, pues el

artículo 1513 dice que los demás modos de extinguir las obligaciones extinguen la deuda "del mismo modo que el pago lo haría", es decir, totalmente y salvo que alguno de los acreedores haya demandado ya al deudor. Constituido el deudor en mora por un acreedor queda constituido también respecto de los demás acreedores. La interrupción de la prescripción que obra en provecho de un acreedor solidario aprovecha a los demás (artículo 2519).

Entre los acreedores, en cambio, el efecto es muy simple: el acreedor que recibe, debe reembolsar a sus coacreedores lo recibido a prorrata de la cuota de cada cual en el crédito. Así se deduce aplicando analógicamente el artículo 1668 a propósito de la confusión.

LA SOLIDARIDAD PASIVA

Existe cuando hay varios deudores y cada uno de ellos puede ser demandado por el acreedor o acreedores, por el total de la deuda.

Es la más eficaz de las cauciones personales porque otorga al acreedor la facultad de perseguir el pago de su crédito en el patrimonio de varios deudores.

Se asemeja a la fianza, con algunas diferencias:

-desde luego el fiador es un codeudor subsidiario, es decir, a falta del principal; lo que significa que al acreedor el fiador puede oponer el beneficio de excusión (artículo 2358 n°2).

- a su vez el fiador goza del beneficio de división, lo que significa que si son varios los fiadores, el acreedor no puede demandar a cada uno de ellos sino por su cuota (artículo 2367).

Nada de esto sucede con el codeudor solidario.-

Entre los codeudores y el acreedor el efecto es muy simple:

El acreedor puede cobrar a cualquier deudor el total de la deuda (artículos 1514, 1515).

El pago total hecho por cualquier deudor extingue la deuda.

¿Y cómo opera la solidaridad frente a los otros modos de extinguirse las obligaciones?

Si opera la remisión, para que se extinga la deuda debe ser total, pues si es parcial se produce el efecto de una extinción parcial: artículo 1518.

Si opera la novación se extingue la deuda salvo respecto de los deudores que accedan a la obligación nueva (artículos 1519 y 1645). Puede ocurrir que el acreedor pusiere como condición de la novación el que los codeudores accedan a la nueva obligación. En tal evento, si los codeudores no accedieren habrá fallado la condición y la novación se tendrá por no hecha (artículo 1615).

En lo que respecta a la compensación entre el acreedor y uno o varios codeudores, extingue la obligación con respecto a los demás; sólo que puede invocarla el deudor que es acreedor del acreedor común. Los demás no pueden alegarla pero se beneficiarse con ella, esto se desprende del artículo 1520.

También la confusión extingue la deuda con respecto a todos los deudores que accedan a la obligación nueva (artículos 1519 y 1645). Operada la confusión el "deudor podrá repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda (artículo 1668).

La pérdida de la cosa debida fortuita, extingue la obligación respecto a todos los deudores. La pérdida culpable en cambio hace subsistir la obligación aunque varía de objeto (artículo 1521.)

La interrupción que obra en perjuicio de uno de los codeudores solidarios, perjudica igualmente a los otros (artículo 2519).

Aunque la Corte Suprema a sostenido que no hay acción de cosa juzgada para cumplir un fallo contra codeudores que no han figurado como demandados en el juicio, hay doctrina que sostiene que sí la hay, porque en el fondo entre los codeudores habría una representación. (Sin perjuicio de las excepciones personales de cada deudor.

EXCEPCIONES QUE PUEDE Oponer EL DEUDOR SOLIDARIO DEMANDADO.

Según el artículo 1520, todas la reales y además las personales del deudor que opone las excepciones.

Excepciones reales o comunes, son las que dicen relación con la naturaleza misma de la obligación, como la nulidad absoluta. Las modalidades que afectan a toda la obligación o algunos modos de extinguir las obligaciones, como son el pago, la novación, la pérdida de la cosa que se debe, la remisión total, la confusión y la prescripción.

Excepciones personales son las que provienen de alguna circunstancia particular del deudor y que sólo ese deudor puede invocar. Tales son la nulidad relativa por omisión de formalidades establecidas en consideración al estado o calidad de las personas, por error, fuerza, dolo o relativa incapacidad; pues sólo puede alegarlas el incapaz o la víctima del dolo, de la fuerza o del error.

También deben incluirse las modalidades que afectan la obligación de algunos deudores, los cuales pueden obligarse:

Unos pura y simplemente y otros a plazo o bajo condición (artículo 1512).

También los privilegios concedidos a ciertos deudores, como el beneficio de competencia (artículo 1625), o la cesión de bienes (artículo 1623 y 1614).

También la transacción salvo que importe una novación (artículo 2461).

Excepciones mixtas se les llama a algunas excepciones personales, pero que en determinadas circunstancias los demás deudores pueden invocar y aprovecharse de ellas.

Tal ocurre con la remisión parcial, pues conforme al artículo 1518 el acreedor no puede perseguir a los demás deudores sino con rebaja de la cuota del deudor en cuyo favor se remitió. De lo contrario, si no pudiera aprovechar a los otros codeudores, el beneficio de la remisión sería ilusorio, pues el codeudor que en definitiva pagara al acreedor el total (sin rebaja) podría repetir contra el remitido. Tal ocurre también con la compensación, que es personal, pues un codeudor no puede oponer en compensación los créditos de sus codeudores, salvo que estos le hayan cedido su derecho (artículos 1520 y 1657).

Ante la demanda del acreedor sólo el deudor que tiene un crédito puede oponer compensación, pero opuesto le beneficia a los codeudores.

Entre los codeudores solidarios el efecto es muy simple:

Entre los codeudores la obligación es conjunta: cada uno paga a prorrata de su cuota en la deuda.

Si la extinción de la obligación fue a título gratuito, como pérdida de la cosa debida o remisión, no se produce ningún efecto colateral. Pero si la extinción fue onerosa, o sea, si la obligación se extingue mediante pago "o modo equivalente al pago" (artículo 1522), hay que distinguir:

a) la obligación interesaba a todos los deudores: el deudor que paga se subroga en los derechos del acreedor para accionar contra sus codeudores por la cuota de cada cual (artículo 1522 inciso 1º y 1610).

b) la obligación interesaba a algunos de los codeudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores (artículo 1522 inciso 2º), lo que significa que tienen derecho a que se les reembolse integralmente lo pagado (artículo 2470) y se subrogan en los derechos del acreedor, sin limitaciones, esto es, de modo que pueden repetir por el total en contra de cada uno de los deudores interesados en la deuda.

Dicho de otro modo si la deuda fue extinguida por algunos de los deudores interesados por ella nada pueden cobrarle al que no tenía interés, porque la ley lo asimila al fiador y este nada debe si paga el deudor principal. Por eso se ha resuelto por la Corte Suprema que si la obligación concernía a uno sólo de los deudores solidarios y éste la paga, no tiene derecho a repetir contra nadie.

En cuanto a la cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, aun comprendidos aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad (artículo 1522 inciso 3º). Es decir los codeudores que deben reembolsar al que pago verán incrementada su cuota de reembolso con la parte que les quepa del insolvente.

Ejemplo: Si Pedro, Juan y Diego deben \$90.000 y Diego es insolvente habiendo pagado Pedro el total, quiere decir que Juan debe reembolsar \$45.000 que se descompone en: \$30.000 a título de un tercio de la deuda y \$15.000 como mitad de la cuota del deudor insolvente, cuota que comparte con Pedro. Esto es algo propio de las obligaciones solidarias pues en las obligaciones simplemente conjuntas, la cuota del deudor insolvente no grava a los codeudores (artículos 1355 y 1363).

EXTINCION DE LA SOLIDARIDAD

Por vía consecencial la solidaridad se extingue por la extinción de la obligación principal.

También se extingue por la renuncia a la solidaridad. Lo que puede ocurrir en forma total (artículo 1516 inciso 4º) o parcial (artículo 1516 inciso 3º) y en forma expresa o tácita, entendiéndose que ocurre tácitamente cuando el acreedor ejecuta ciertos actos que suponen necesariamente su propósito de renunciar (artículo 1516 inciso 2º). El código también se refiere a la renuncia a la solidaridad en el pago de una pensión periódica. Tratándose de las devengadas puede ser expresa o tácita. En relación a las pensiones futuras debe ser expresa.

También se extingue por la muerte del deudor. El artículo 1523 establece que muerto el codeudor solidario, sus herederos son obligados entre todos al total de la deuda, pero cada heredero en particular no puede ser demandado sino a prorrata de su cuota hereditaria. En suma, la solidaridad subsiste entre todos los herederos por una parte y los demás codeudores por otra. Pero no entre los coherederos.

LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

Son aquellas en las cuales la prestación no es susceptible de cumplirse por parcialidades.

Tienen interés cuando hay pluralidad de deudores y/o acreedores, pues si hay un solo deudor y un solo acreedor no hay diferencia cualquiera sea la naturaleza de la prestación que se trata de hacer.

El artículo 1524 da un concepto legal de indivisibilidad: "la obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división sea física intelectual o de cuota".

"Así la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles; la de pagar dinero es divisible".

En doctrina se distingue

a) la indivisibilidad absoluta o natural, que es irrenunciable pues la prestación es por naturaleza indivisible (ejemplo la obligación de constituir una servidumbre)

b) la indivisibilidad contractual, que es aquella en la cual la prestación es divisible pero su correcta ejecución aconseja que no se cumpla por parcialidades. Ejemplo: construir una casa (artículo 1524 inciso 2º);

c) la indivisibilidad de pago, que mira al cumplimiento de la obligación. No a la obligación misma que es completamente divisible, pero lo que ocurre es que, o bien las partes convienen un cumplimiento indivisible o bien así lo ordena el legislador presumiendo la voluntad de las partes.

- La obligación de DAR es divisible, salvo la de constituir una servidumbre;
- La obligación de HACER es indivisible;
- Tratándose de las obligaciones de NO HACER si bien son indivisibles, frente a su contravención el efecto es la indemnización de perjuicios que es divisible.

Indivisibilidad activa: presenta poco interés práctico. Se traduce en que cada uno de los acreedores podrá exigir el pago total de la obligación al deudor (artículo 1527), pero a diferencia de la solidaridad, el acreedor indivisible no puede disponer (por ninguno de los otros modos de extinguir obligaciones), libremente del crédito: artículo 1532.

Efectos:

El pago por un deudor a cualquiera de los acreedores extingue la deuda respecto de todos (artículo 1531).

La interrupción de la prescripción que perjudica a un deudor perjudica a los otros.

La indivisibilidad se transmite (artículo 1528).

En todo caso la obligación de indemnizar es siempre divisible (artículo 1533 y 1544).

El artículo 1526 contempla algunos casos de indivisibilidad pasiva.

Unos las han interpretado como indivisibilidad contractual, otros, como indivisibilidad de pago.

Más bien son excepciones a la divisibilidad. Y por eso el legislador en el primer inciso expresa que la regla general es que si la obligación no es solidaria ni indivisible, la obligación es simplemente conjunta, exceptuándose sólo los casos que a continuación se enumeran:

1.- LA ACCION HIPOTECARIA O PRENDARIA.

En una obligación garantizada con prenda o hipoteca, se distinguen nítidamente la obligación principal, de la cual nace una acción personal contra el acreedor; y las acciones prendarias o hipotecarias, que son reales y se dirige contra el que tenga en todo o en parte la cosa hipotecada o empeñada.

La obligación principal puede ser divisible; en cambio las obligaciones (y las acciones) accesorias, es decir, las prendarias y las hipotecarias, son indivisibles siempre.

La indivisibilidad se manifestará:

- en cuanto al objeto mismo dado en prenda o hipoteca (artículo 2408), pues si son varios los objetos empeñados o hipotecados, el acreedor puede perseguir cualquiera de ellos.

- en cuanto al crédito, pues la hipoteca y la prenda no se extinguen mientras subsista cualquier reducto del crédito (artículo 2408).
- En cuanto al deudor, pues la acción hipotecaria o prendaria se dirige contra el que posee (en todo o en parte)la cosa hipotecada o empeñada.
- En cuanto al acreedor, pues mientras no se cancele el total del crédito, no puede restituir las cosas empeñadas ni alzar la hipoteca.

2.- DEUDA DE ESPECIE O CUERPO CIERTO. (1526 N°2)

La materialidad de la entrega tendrá que verificarla el detentador material de la cosa.

La obligación de dar es divisible, pues es un hecho jurídico, pero la de entregar anexa, es divisible si se trata de una especie (artículo 1548).

3.- LA DEMANDA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (artículo 1526 N°3).

Independientemente de si la obligación principal infringida es divisible o indivisible, la obligación indemnizatoria corresponde indivisiblemente (aunque el código hable de "solidariamente") al deudor por cuyo hecho o culpa se hizo imposible el cumplimiento. Esta norma hay que concordarla con otras que veremos (artículos 1533, 1534, 1540 y 2317).

4.- TESTAMENTO, CONVENCION ENTRE HEREDEROS O ACTO PARTICIONAL QUE IMPONE A UN HEREDERO EL PAGO TOTAL; O CONVENIO ENTRE EL CAUSANTE Y EL ACREEDOR QUE IMPONE AL HEREDERO EL PAGO TOTAL (artículo 1526 N° 4).

Las deudas testamentarias y hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas (artículos 1353 y 1360), pero por testamento, acto particional o convenio entre los herederos, se puede imponer a un heredero la

obligación de pagar el total de una deuda hereditaria o carga testamentaria. Sin embargo, los acreedores no están obligados a respetar el convenio entre herederos o el convenio en el acto particional (artículo 1373).

Pero puede ocurrir también que por convenio entre el causante y el acreedor se imponga a un heredero el pago total, y eso también está regulado en el artículo 1526 N°4.

"Salva su acción de saneamiento", en esta norma, significa que el heredero que ha pagado el total tiene derecho a que sus coherederos le reembolsen lo pagado en exceso sobre su cuota. En todo caso la indivisibilidad en este es sólo pasiva. Por eso, los herederos del acreedor si no entablan conjuntamente su acción, no podrá exigir el pago de la deuda.

5.- OBLIGACIONES DE COSAS CUYA DIVISION ACARREA PERJUICIOS (artículo 1526 n° 5)

En este caso la indivisibilidad es solamente pasiva. No existe respecto a los acreedores. La ley es la que presumiendo la intención de las partes establece la indivisibilidad.

6.- OBLIGACIONES ALTERNATIVAS ACTIVA O PASIVAMENTE EN QUE HAY VARIOS ACREEDORES Y/O VARIOS DEUDORES (1526 N°6).

En estos casos la elección debe hacerse de consuno.

EFFECTO DE LA INDIVISIBILIDAD.

Como las obligaciones son varias pero la prestación es una, cada acreedor lo es de todo pero no del total y lo mismo cada deudor.

Desde el punto de vista pasivo, cada deudor es obligado a satisfacer el todo, inclusive sus herederos (artículos 1527 y 1528). Y satisfaciendo la obligación la satisface respecto de todos (artículo 1531).

El deudor demandado para el pago de la obligación puede pedir un plazo para cumplir entre todos, salvo que la obligación sea de tal naturaleza que sólo él pueda cumplirla (artículo 1530).

La interrupción de la prescripción respecto de uno de los deudores perjudica a los otros (artículo 1529).

Por último el que a pagado más de su cuota tiene acción de reembolso contra los codeudores (artículo 1530).

En cuanto a la indivisibilidad activa, cada uno de los acreedores de la obligación indivisible tiene derecho a exigir el total (artículo 1527). El pago a un acreedor extingue la obligación respecto de todos los acreedores, si bien ninguno de los acreedores puede realizar los actos de disposición de crédito que se les permitía en cambio a los acreedores de las obligaciones solidarias (artículo 1532).

La interrupción de la prescripción de un acreedor favorece a los demás acreedores (jurisprudencia) y el acreedor que recibe el pago debe reembolsar a sus coacreedores a prorrata de su cuota del crédito.

Las diferencias entre las obligaciones solidarias y las indivisibles emanan de un hecho fundamental de que en las obligaciones solidarias

a) Se es deudor o acreedor del total.

En cambio las indivisibles se es deudor o acreedor de la cuota; sólo que por imposibilidad de cumplir parcialmente la obligación es indivisible.

b) Hay diferencias en cuanto a las fuentes, que en la solidaridad sólo son la ley, un testamento o convención.

c) En segundo lugar en que la solidaridad no se trasmite a los herederos.

d) En cuanto a que las obligaciones solidarias, si perece la cosa, subsiste la solidaridad respecto del precio que se debe indemnizar como sustituto de la deuda original. En cambio en las obligaciones indivisibles, la obligación de pagar esa indemnización pasa a ser simplemente conjunta.

d) Otra diferencia radica que las obligaciones solidarias, el acreedor es dueño del total del crédito y por eso no sólo puede recibir un pago sino que además puede disponer gratuitamente del crédito, lo que en cambio no se puede hacer en las obligaciones indivisibles (1518, 1519, 1532).

e) Por último, la posibilidad del deudor demandado de pedir un plazo para entenderse con los demás y cumplir conjuntamente sólo existe en las obligaciones indivisibles. En las solidarias debe cumplir.

EFFECTO DE LAS OBLIGACIONES.- Título XII del Libro IV.

Trata indistintamente de los efectos de los contratos, que son las obligaciones y derechos que el contrato crea, y los efectos de las obligaciones que son las consecuencias concretas que esas obligaciones acarrearán para el deudor.

Esas consecuencias por lo general se reducen a los medios que la ley pone a disposición del acreedor para obtener el cumplimiento de su crédito.

Luego el primer efecto de la obligación es el derecho a demandar, que topa sin embargo con la excepción que puede oponer el deudor en orden a que el acreedor por su parte no ha cumplido la obligación y no está llano a cumplirla en la forma y tiempos debidos.

Esto es lo que se llama la EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO y que se traduce en el adagio de que en los contratos bilaterales la mora de un contratante purga la mora de otro (artículo 1552), como ocurre en la compraventa (artículo 1826).

En seguida el acreedor tiene derecho a ejecutar forzosamente la obligación si el deudor no la quiere cumplir.

Tiene también el derecho a la indemnización de perjuicios que es una forma de cumplir supletoria y equivalentemente la deuda.

Y por último, los derechos auxiliares del acreedor destinado a proteger el patrimonio del deudor.

I.- LA EXCEPCION DEL CONTRATO NO CUMPLIDO. (doctrina)

Corresponde a quien es deudor de una obligación emanada de un contrato bilateral y a la vez acreedor en virtud del mismo, para negarse a cumplir su deuda mientras el otro no cumple la suya o se allana a hacerlo.

Se discute si su fundamento debe buscarse en la teoría de la causa o en la equidad natural.

Se aplica a cualquier demanda, no sólo de indemnización de perjuicios, (artículo 1552) sino también de ejecución forzada o de resolución.

En el juicio ejecutivo de oponer como excepción perentoria (insuficiente de título, no es exigible al acreedor, artículo 464 N°7 CPC).

Procede en todo contrato bilateral y no sólo en el de compraventa (artículo 1826) pero en el de promesa no procede pues el cumplimiento de las obligaciones supone la colaboración de las partes.

Hay jurisprudencia que ha sostenido que en el arrendamiento con promesa de venta, hay dos contratos diferentes y por eso el no pago de las rentas no autoriza al promitente vendedor negarse a otorgar la escritura de venta.

Desde el punto de vista probatorio, pareciera que es el deudor demandado el que debe probar la obligación pendiente del acreedor (artículo 1689) y a éste a

su vez, con el fin de que se rechace la excepción de contrato no cumplido, probar que cumplió la obligación (también por aplicación del artículo 1689).

Si el acreedor a cumplido pero no en forma perfecta, hay que tener presente que el artículo 1556 inciso 1º distingue variantes.

La importancia de esta excepción es no sólo que paraliza al acreedor sino que además lo incentiva a cumplir con su obligación y desde esa perspectiva es una garantía.

Ahora bien, ¿qué pasa si ninguna de las partes quiere cumplir la obligación ?.

A la Corte Suprema llegó un caso en que un promitente vendedor pidió la resolución de una promesa de venta alegando que el promitente comprador no había cumplido, y este se defendió alegando que el actor tampoco había cumplido la suya. Llegados a ese punto muerto, la Corte Suprema sostuvo que lo que procedía era declarar la resolución porque ninguna de las partes quería cumplir; pero sin derecho a indemnización, pues como ambas estaban en mora, se purgaban recíprocamente, y por ende ninguno estaba en mora, y no habiendo mora no puede haber indemnización.

Se trató de una solución práctica, sin asidero legal, porque la condición resolutoria sólo procede por incumplimiento y mal se puede hablar de incumplimiento si no hay mora.

Se discute si la excepción es renunciable, pues podría involucrar una excepción de dolo futuro o atentar contra intereses de orden público.

El artículo 1826 inciso final es una situación similar a excepción de contrato no cumplido. Pero Claro Solar cree que sólo se trata de un caso de derecho legal retención.

II.- EL DERECHO DE EJECUCION FORZADA.

El artículo 2465 establece el principio de prenda general, en cuya virtud cada vez que actuamos en la vida jurídica contrayendo obligaciones, estamos

poniendo todos nuestros bienes a disposición del acreedor para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones.

El artículo 2469 permite la ejecución forzada de acuerdo a esa garantía tácita, excluyéndose únicamente los bienes no embargables (artículo 1618).

Esto del derecho de prenda general es una garantía personal pues siguen los bienes del deudor mientras estén en manos del deudor. Y es independiente de las eventuales garantías reales que puedan haber existido o que existan. (artículos 2397 y 2425).

El derecho a la ejecución forzada se traduce en iniciar juicio ejecutivo.

- Este requiere de título ejecutivo,
- de una acción no prescrita,
- de una deuda líquida
- y actualmente exigible.

a) juicio ejecutivo de las obligaciones de DAR.

Se traduce en el procedimiento reglado en el título I del libro III del Código de Procedimiento Civil.

b) juicio ejecutivo de las obligaciones de HACER. artículo 1553

El acreedor tiene tres opciones para escoger.

- apremiar al deudor para la ejecución del hecho convenido y autorizar al acreedor para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, son cosas que hará mediante juicio ejecutivo.

El apremio está contenido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.

- demandar indemnización de perjuicios en cambio, deberá hacerse mediante demanda ordinaria.

- La ejecución forzada será diferente según se trate de la suscripción de un documento o la constitución de una obligación, en cuyo caso actuará el juez a nombre del deudor (artículo 532 del Código de Procedimiento Civil) o en cambio se trata de la ejecución de obra material, caso en el cual se requiere al deudor para que cumpla y se le señala un plazo para que lo haga (artículo 533 del Código de Procedimiento Civil).

c) juicio ejecutivo de las obligaciones de NO HACER.

De acuerdo al artículo 1555, hay que distinguir:

- puede y es necesario deshacerse lo hecho; será el deudor obligado a ello, o autorizado el acreedor para que lleve a efecto la destrucción a expensas del deudor. Y si el deudor no se allana a destruir, la obligación de no hacer infringida, se transforma en obligación de hacer, y por ende se aplica el artículo 544 del Código de Procedimiento Civil las normas sobre ejecución de este tipo de obligaciones.

- no es necesario deshacer lo hecho. Es decir, puede cumplirse el objeto por otros medios; será oído el deudor que se allanare a ello.

- no puede deshacer lo hecho. Al acreedor no le queda otro camino que exigir la indemnización de los perjuicios causados.

LA CESION DE BIENES.- artículo 1614

Concepto: es el abono voluntario que hace el deudor de todos sus bienes a su acreedor o acreedores cuando a consecuencia de accidentes inevitables no se halla en estado de pagar sus deudas. (artículo 1614 y siguientes del Código Civil y artículos 241 y siguientes de la Ley general de Quiebras 18.175).

Características de la cesión de bienes:

- Irrenunciable (1615).
- Universal (1618)
- Revocable (1620)
- Personal (1623)
- Sólo se concede al deudor de buena fe (1614)
- debe ser declarada judicialmente (1615)
- sólo puede acogerse a este beneficio el deudor no calificado, es decir, que no ejerza actividad comercial, industrial, minera o agrícola (artículo 241 de la ley 18.175).

EFFECTOS:

- El deudor pierde la administración de sus bienes de que ha hecho cesión (artículo 244 ley 18.175 y artículos 1621 y 2467 del Código Civil).
- El deudor, por el sólo hecho de la cesión, no traspasa el dominio a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos (artículo 1619).
- Las deudas que quedan extinguidas hasta la cantidad en que son satisfechas con los bienes cedidos y el deudor queda obligado por el pago insoluto (artículo 1619), pero esa obligación se extingue al cabo de cinco años (artículo 254 ley 18.175).
- EL cedente goza del beneficio de competencia (artículo 1626 N° 6)
- El cedente queda libre de todo apremio personal (artículo 1619)

- En cuanto la cesión de los bienes normalmente va acompañada de insolvencia notoria, produce la caducidad de los plazos.

LOS ACREEDORES SOLO PUEDEN Oponerse a la cesión por CAUSALES LEGALES establecidas en el artículo 1617 y que se refieren en general a situaciones de mala fe del deudor.

LA CESION DE BIENES PUEDE HACERSE A UNO O VARIOS ACREEDORES. Y por

eso la ley 18.175 trata de párrafos diferentes la cesión de bienes a un sólo acreedor (242 a 254) y la cesión de bienes hecha a varios a acreedores (246 a 250).

BENEFICIO DE COMPETENCIA.

Está regulado a propósito del pago (artículos 1625 a 1627) pero no es propiamente un pago pues no es una causal de incumplimiento transitoria.

Tiene algunas semejanzas con el derecho de alimentos. Desde luego, en cuanto a las personas quienes beneficia. En segundo lugar, se asemeja en cuanto permite la subsistencia del que invoca el derecho. En tercer lugar, ambos son derechos personalísimos y provisionales (duran mientras persistan las circunstancias que los justifican).

Por último, el beneficio corresponde equivalentemente a los alimentos congruos (artículo 323). De ahí la alternativa del artículo 1627.

Deudores con beneficio de competencia: son los señalados en el artículo 1626 y además el fallido rehabilitado (artículo 237 ley 18.175).

PRELACION DE CREDITOS

Es el conjunto de normas que determinan la manera y el orden en que deben pagarse los varios acreedores de un deudor.

Son normas que deben aplicarse cada vez que dos o más acreedores pretenden hacer efectivos sus créditos en el patrimonio del deudor. Particularmente de un deudor insolvente o fallido.

El principio general es el de la igualdad de los acreedores (artículos 2465 y 2469, 2488).

Las preferencias son, pues excepcionales y por ende en derecho estricto, lo que implica que no son susceptibles de interpretación analógica. (artículo 2468).

CARACTERISTICAS DE LAS PREFERENCIAS.

a) Son inherentes a los créditos mismos, aunque en algunos casos el legislador haya tomado en consideración la calidad del acreedor. Por eso, las preferencias pasan con el crédito mismo a manos de quién quiera haya adquirido, como cesionario, el crédito preferente (artículo 2470 inciso 2º).

b) Cubren no solo el crédito mismo sino también sus intereses (artículo 2491).

Según el artículo 2470, LAS CAUSAS DE PREFERENCIA SON SOLAMENTE EL PRIVILEGIO Y LA HIPOTECA.

Los créditos en el Código Civil, son de cinco clases. Privilegios son los crédito de primer, segunda y cuarta clase.

La tercera clase de crédito comprende los créditos hipotecarios.

La quinta son valistas, comunes o quirografarios (2471 y 2489).

LAS PREFERENCIAS PUEDEN SER GENERALES O ESPECIALES.

Son generales aquellas que se hacen efectivas en cualquier bien del deudor.

Son especiales aquellas que sólo pueden hacerse efectivas en determinados

bienes, como el de crédito prendario que se hace efectivo únicamente con la cosa empeñada y el de crédito hipotecario que se hace efectivo únicamente con la finca hipotecada.

Si bien resulta insuficiente, el crédito carece de preferencia respecto al saldo insoluto (artículo 2490).

El código contempla dos tipos de créditos generales que son los créditos de primera clase y los créditos de cuarta clase. Pero por sobre estos hay una serie de créditos de grado superior, siempre especiales, como ocurre con el crédito del cargador y del portador en el contrato de transporte terrestre (190 y 212 del Código de Comercio), el crédito del acreedor en la prenda mercantil (814 del Código de Comercio), el crédito garantizado con prenda industrial (artículo 25 ley Nº 5687), los créditos marítimos (artículos 839 y siguientes del Código de Comercio).

Créditos de la Primera Clase.- artículo 2472

- a) Las costas judiciales (procesales y personales) que se causen en el interés general de todos los acreedores.
- b) Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.
- c) Los gastos de la última enfermedad del deudor. Si hubiera durado más de tres meses, el juez, según las circunstancias, fijará el monto hasta el cual se extienda la preferencia.
- d) Los gastos en que incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el Síndico para los efectos mencionados.
- e) Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares.
- f) Las cotizaciones adeudadas a organismos de seguridad social, o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como así mismo, los créditos del fisco en contra de las entidades administrativas de fondos de

pensiones por los aportes que aquel hubiere efectuado de acuerdo con el inciso. 3 del artículo. 42 del DL 3500 de 1980.

g) Los artículos de subsistencia suministrados al deudor o su familia durante los últimos tres meses.

h) Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite del equivalente a 15 ingresos mensuales por trabajador. Por el exceso, si la hubiere, se considerarán valistas.

i) Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo.

CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE

a) El privilegio es general (artículos 2473 y 2487)

b) El privilegio es personal, esto es, no pasa contra terceros. Esto significa que los bienes del deudor están afectos al privilegio mientras están en su patrimonio. El acreedor pierde la preferencia si los bienes salieron de su patrimonio.

c) Los créditos prefieren en el orden en que están enumerados en el artículo 2472 (2473), sin interesar su fecha.

Si hay varios dentro del concepto de cada número, se pagar a prorrata.

d) Los créditos de la primera clase prefieren a todos los demás créditos. Sin embargo como la preferencia de la primera clase es general y la de los créditos de segunda y tercera clase es especial, los artículos 2476 y 2478 contemplan una solución de justicia.

Esta consiste en que si concurren acreedores prendarios o hipotecarios con acreedores de primera clase, hay que distinguir:

- Si el deudor tiene bienes suficientes para pagar a todos, los acreedores prendarios e hipotecarios tienen preferencia, incluso sobre los acreedores de primera clase, para pagarse con aquellos bienes a los cuales están afectos sus privilegio.

- Si en cambio los bienes del deudor son insuficientes, los créditos de primera clase se pagan aún con perjuicio de los prendarios o hipotecarios.

CREDITOS DE SEGUNDA CLASE. (artículo 2474). Son:

a) N°1 el que tiene el posadero sobre los efectos del deudor introducidos por este a la posada, mientras permanezca en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento,expensas y daños.

Los efectos tienen que ser del deudor y el inciso 3° contempla a este respecto una presunción simplemente legal.

b) N°2 el que tiene el acarreador o empresario de transporte sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños, con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor.

c) N°3 El del acreedor prendario sobre la prenda. A él se le asimila el titular del derecho legal de retención sobre muebles (artículo 546 del Código de Procedimiento Civil), y el crédito del acreedor anticrético en la anticresis judicial o prenda pretoria sobre muebles (artículos 504 y 507 del Código de Procedimiento Civil (artículo 2435 y siguientes del Código Civil).

Características de los créditos de la segunda clase:

a) el privilegio es especial; es decir, recae sobre ciertos bienes muebles del deudor. Como consecuencia, si los bienes son insuficientes, los créditos no

gozan de preferencia por el saldo insoluto y pasan por el déficit a la quinta clase créditos.

b) En el caso de acarreador y el posadero, no pasan contra terceros. Sí pasan en cambio en el caso del acreedor prendarios (y el acreedor anticretico o con derecho legal de retención).

c) Se pagan con preferencia a todos los demás créditos con excepción a los de primera clase (artículo 2476). Con créditos de tercera clase nunca pueden concurrir porque también son especiales.

CREDITOS DE TERCERA CLASE.

a) Los créditos hipotecarios (artículo 2477)

b) Los censos debidamente inscritos (artículo 2480)

c) EL derecho legal de retención sobre inmuebles, judicialmente declarado y debidamente escrito. (artículo 546 del Código de Procedimiento Civil).

Características de estos créditos:

1º Prefieren en el orden de las fechas de su inscripción (artículos 2477 y 2480) (Ver artículos 27 y 24 N°4 del Reglamento del Conservador).

2º Los acreedores hipotecarios tienen derecho a pagarse con las fincas hipotecadas sin aguardar el resultado de la quiebra (artículos 2477 y 2479).

3º La preferencia es especial: recae exclusivamente sobre las fincas hipotecadas, acensuadas o sobre las cuales se decretó el derecho legal de retención.

4º Se pagan con preferencia incluso respecto a los créditos de primera clase, salvo que los bienes sean insuficientes. (artículo 2478).

CREDITOS DE CUARTA CLASE. Artículo 2481

a) Los del fisco contra recaudadores y administradores de bienes fiscales.

b) Los de establecimientos nacionales de caridad o de educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos.

c) Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de este. Se refiere a los créditos y a las recompensas (artículo 2484).

d) Los de los hijos sometidos a patria potestad por los bienes de su propiedad que fueron administrados por el padre o madre, sobre los bienes de estos.

e) Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra los respectivos tutores o curadores.

f) Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del artículo. 511.

g) Los del adoptado contra el adoptante (artículo 20 ley 7613).

Las preferencias establecidas en favor de la mujer casada, del hijo sometido a patria potestad y del pupilo, garantizan todos los derechos que le correspondan en contra de sus representantes (artículo 2483). Estas preferencias se prueban de conformidad al código, excluyéndose la confesión (artículo 2485); debe probarse por instrumentos públicos (2483).

Características de los créditos de la Cuarta clase.-

- a) Corresponde a ciertas personas contra los administradores de sus bienes y en algunos casos en los representados contra los representantes.
- b) El privilegio es general, afecta a todos los bienes del deudor (artículo 2486).
- c) El privilegio es personal, no da derecho contra terceros si el deudor enajena los bienes.
- d) Se pagan después de pagados los créditos de las tres clases anteriores.
- e) Prefieren unos a otros según la fecha de sus causa (artículo 2482), la fecha de las causas están establecidas en el código (artículo 2482) y en el artículo 20 de la ley 7613.

CREDITOS DE QUINTA CLASE.

artículo 2489 son créditos que no gozan de preferencia.

DERECHO A LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Es el derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor que le pague una prestación equivalente a lo que le habría valido el cumplimiento integro y oportuno de la obligación.

Aunque la ley no dice que la indemnización sea en dinero, en general se considera que sólo puede ser en dinero. En la legislación extranjera hay casos en que se acepta que la indemnización pueda no ser en dinero. La indemnización en dinero es una indemnización por equivalencia. El ideal es la

indemnización "en especie", esto es, acercándose idealmente a la obligación incumplida.

La indemnización de perjuicios a la que nos referimos supone un vínculo jurídico preexistente (de carácter contractual, precontractual, legal, cuasicontractual) De ahí se denomine responsabilidad contractual.

A diferencia de la responsabilidad extracontractual, en la cual también hay indemnización de perjuicios, pero sin que haya existido, entre acreedor y deudor, un vínculo jurídico previo.

El artículo 1556 dice que la indemnización comprende el "*DAÑO EMERGENTE*" y el "*LUCRO CESANTE*" y ambos conceptos pueden emanar de cualquiera de estas circunstancias:

a) No haber cumplido la obligación.

b) Haberse cumplido la obligación imperfectamente.

c) Haber retardado el cumplimiento.

En los dos primeros casos, la indemnización compensa el incumplimiento de la obligación original, sea total o parcial y se llama COMPENSATORIA.

En el tercer caso, indemniza los perjuicios derivados de la MORA y se llama MORATORIA.

Como la indemnización compensatoria equivale a un cumplimiento por equivalencia de la obligación no puede pedirse en un mismo tiempo la indemnización compensatoria y el cumplimiento de la obligación original.

Salvo cuando en una cláusula penal se estipula que por cumplimiento de la pena no se entenderá extinguida la obligación principal. Y salvo cuando la pena se ha estipulado en contra del que deja de cumplir una transacción. (artículos 1537 última parte y 2463).

Lo que sí puede ocurrir en cambio es demandar en un mismo tiempo indemnización compensatoria y moratoria o demandar indemnización moratoria y el cumplimiento de la obligación original. O bien demandar conjuntamente con la indemnización compensatoria o con la obligación original la pena si se estipuló por el simple retardo, es decir, si sólo cubre los perjuicios moratorios (artículo 1537).

El artículo 1672 es muy claro: si la cosa perece por culpa del deudor, la obligación del deudor existe pero varía de objeto:

- el deudor queda obligado a pagar el precio (indemnización compensatoria)
- y a indemnizar al acreedor (moratoria).

En las obligaciones de HACER, el acreedor puede demandar indistintamente la obligación original O LA INDEMNIZACIÓN pues lo permite expresamente el artículo 1553. Lo mismo se DESPRENDE en LAS OBLIGACIONES DE NO HACER (artículo 1555). En cambio en la obligaciones de DAR, si no es alternativa, el acreedor sólo puede exigir la indemnización si el deudor no puede cumplir con la obligación original.

Pero si hay pena y es moratoria, el acreedor puede pedir a su arbitrio el cumplimiento de la obligación original o la pena (artículo 1537).

Lo que si hay que tener presente, es que si la indemnización de perjuicios se funda en la condición resolutoria tácita, sólo puede exigirse la indemnización previa exigencia del cumplimiento forzado o de la resolución.

REQUISITOS DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

- 1.- Que haya un incumplimiento imputable al deudor
- 2.- Que éste este en mora
- 3.- Que la inexecución haya causado perjuicios al acreedor (salvo clausula penal)

4.- Que no exista una cláusula eximente de responsabilidad del deudor.

IMPUTABILIDAD.-

El cumplimiento total o parcial, o el retardo, deben ser imputables al deudor. No lo son cuando provienen de un caso fortuito o fuerza mayor. Si lo son cuando provienen de dolo, culpa o de un simple hecho del deudor.

El artículo 45 define al CASO FORTUITO como el imprevisto al que es imposible resistir.

- debe ser ajeno (y por eso, no por ser ajeno, no es propiamente fortuito ni exime de responsabilidad al deudor el caso fortuito que sobreviene por su culpa o durante su mora -artículo 1547 inciso 2º);

- debe ser imprevisto (no es imprevisto ni por ende fortuito el que proviene de mora o culpa);

- debe ser insuperable, es decir, imposible de resistir.

En doctrina se llama caso fortuito a un hecho de la naturaleza y se reserva el concepto de fuerza mayor para los actos de autoridad. En Chile es igual. El caso fortuito (o, como ha quedado dicho, la fuerza mayor), exime de responsabilidad al deudor (artículo 1547 inciso 2º)

Si el caso fortuito impidió cumplir oportunamente, servirá para eximirse de los perjuicios moratorios. Si el hecho que impide es permanente, además se extingue la obligación y permitirá eximirse de indemnización de perjuicios compensatorios. Ello, pues la obligación se habrá extinguido por el modo de extinguir obligación denominado la IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCION que en el derecho civil chileno se denomina PERDIDA DE LA COSA DEBIDA.

El caso fortuito exime de responsabilidad al deudor. (artículo 1547 inciso 2º).

Pero "sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes" (artículo 1547 inciso 4º).

El deudor responde de caso fortuito:

- a) Cuando así se ha estipulado (artículo 1673).
- b) Cuando el caso fortuito se produce por culpa del deudor (artículo 1547 inciso 2º).
- c) Cuando sobreviene durante la mora del deudor. Pero en tal caso hay que distinguir si el caso fortuito habría sobrevenido o no estando la cosa ya en manos del acreedor (artículo 1547 inciso 2º y 1672 inciso 2º).
- d) Cuando la ley lo establezca (artículo 1676).

El caso fortuito debe alegarlo el que lo invoca pues es una eximente de la obligación indemnizatoria (artículos 1698, 1547 y 1674).

LA CULPA CONTRACTUAL.

Así como el caso fortuito exime de responsabilidad al deudor, la culpa acarrea responsabilidad del deudor.

La culpa es la falta de diligencia o cuidado en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho cualquiera. En este caso sin embargo estamos hablando de responsabilidad contractual, en este ámbito, la culpa es la falta de diligencia en el cumplimiento de una deuda contractual, en sentido amplio.

Hay importantes diferencias entre la culpa contractual y la culpa extracontractual.

En materia de responsabilidad extracontractual no hay graduación de culpa y esta hay que probarla. En materia de responsabilidad contractual, la culpa admite graduaciones y no es necesario probarla pues se presume (artículo 1547 inciso 3º y 1671) salvo excepciones (artículo 2158). La graduación de la culpa contractual está establecida en el artículo 44 y en el artículo 1547, que establece que la culpa se responde en los diferentes contratos, atendiendo a un beneficio de que parte cede el contrato.

Como en materia civil la culpa grave se equipara al dolo, si hay culpa grave, se producirá el mismo efecto del dolo. No sólo acarreará responsabilidad al deudor sino que la agravará según veremos.

Hay otras diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En cuanto a la capacidad; en lo contractual, es la mayor edad. En lo extracontractual, a los 16 o a los 7 años según el juez (2319).

En lo contractual puede pactarse que el deudor responderá de los perjuicios indirectos, que sólo se indemnizan si se ha convenido así. En cambio en lo extracontractual, nunca se indemnizarán los perjuicios indirectos.

EL DOLO.

Aquí no estudiaremos el dolo como elemento configurador del delito civil ni como maquinación fraudulenta destinada a llevar o otra persona, mediante engaño, a celebrar un acto jurídico, sino como maquinación fraudulenta destinada a eludir el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En este último sentido se le podría caracterizar como elemento agravante de la responsabilidad del deudor. Pero según Fueyo, el dolo es uno solo. Tiene características comunes. Por ejemplo generalmente no se presume (artículo 1459). Que el dolo no se presume es la regla general. Pero tiene excepciones artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, 22 de la ley de cheques.

El dolo no sólo origina la obligación indemnizatoria sino que agrava la responsabilidad pues cuando concurre el deudor responde no sólo de los perjuicios previstos o previsibles sino también de los imprevistos o imprevisibles (artículo 1558). Además, porque si hay dolo el deudor responde de los perjuicios aún cuando la cosa se destruye durante la mora del acreedor (artículo 1680). El dolo, también en lo contractual, origina una responsabilidad solidaria (artículo 2317).

LA AUSENCIA DE CULPA.

Se discute en la jurisprudencia si acaso para eximirse de responsabilidad al deudor le basta probar que ha empleado la debida diligencia o cuidado (artículo 1547 inciso 3º)

O en cambio debe probar el caso fortuito (por quedar la ausencia de culpa comprendida en el 1671).

De adoptarse el primer criterio no sólo eximiría la responsabilidad de probar el caso fortuito sino también la ausencia de culpa.

EL ESTADO DE NECESIDAD.

Consiste en que una persona se ve obligada a ocasionar un daño a otra para evitar uno mayor a si misma o a un tercero.

Parecido es el caso fortuito, pero el estado de necesidad es resistible, sólo que a costa de un gran sacrificio.

El artículo 2178 N°3 no lo acepta como eximente, pero hay que tener presente que en el comodato se responde de culpa levísima.

¿Qué pensar de los contratos en que se responde de culpa leve?

TEORIA DE LA IMPREVISION. El principio de la fuerza obligatoria de los contratos llevada a los ojos del juez nos conduce a tratar al tema de la Teoría de la Imprevisión. La doctrina alemana (Karl Larenz) ha enfatizado la intangibilidad de los contratos aún frente a cambio de circunstancias *ruinosas* para una de las partes, fundada en que *asi como no hay libertad sin riesgo, no hay libertad contractual sin riesgo contractual*. Nuestra jurisprudencia ha sido unánime en este aspecto. Se sustenta en la idea de la norma de derecho *Pacta Sunt Servanda*. Incluso Chile, al ratificar el 09 de abril de 1981 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, formuló una *reserva* al artículo 62 concerniente al problema de la imprevisión, declarando su adhesión al principio de la inmutabilidad de los tratados. En Chile hay normas que se

inspiran en una actitud favorable a la revisión, como los artículos 2180, 2227, 2003 regla 2ª y otras inspiradas en sentido contrario (1983, 2003 regla 1ª). Estas normas sin embargo no caen de lleno en el problema de la imprevisión. El tema de la imprevisión queda circunscrito más bien a la posibilidad de que un juez pueda *en general* y sin norma legal específica que lo autorice, para revisar la vigencia de un contrato que por circunstancias imprevistas se ha tornado excesivamente oneroso de cumplir para una de las partes (aunque no imposible, pues lo imposible por caso fortuito o fuerza mayor extingue la obligación -1670-), sea disminuyendo la obligación agravada, agravando la prestación recíproca, acortando la vigencia del contrato o derechamente dando por terminado el contrato por faltar la conmutatividad de las obligaciones.

Una de las teorías en que se ha fundado la teoría de la imprevisión es la que la explica extrapolando al derecho privado la cláusula del derecho internacional *Rebus Sic Stantibus*. De acuerdo a esta explicación, los contratantes contratan en el entendido de que las obligaciones que contraen y en general la fuerza vinculante del contrato quedan supeditados a que se mantengan las circunstancias de hecho vigentes al momento de contratar. La debilidad de esta explicación radica en que presumir la cláusula *Rebus Sic Stantibus* en los contratos es una ficción sin base real. La verdad es que cuando se contrata lo normal es que las partes consideran tan ventajosas sus condiciones que no preven una modificación de circunstancias. De hecho podría expresarse la cláusula, y sin embargo en la práctica rara vez se hace, salvo en los contratos internacionales (*Clausula Hardship*).

Otra explicación a la teoría de la imprevisión es la que la fundamenta en el principio del enriquecimiento sin causa. Nadie tiene derecho a enriquecerse sin causa a costa ajena. Pero para que se aplique este principio es necesario a) Que haya habido un enriquecimiento de un patrimonio a costa del empobrecimiento de otro patrimonio, todo ello *sin causa legítima que lo justifique* y es además necesario que no haya otro medio que la acción *in rem verso* para conseguir la reparación. La debilidad de la teoría que explica la posibilidad de revisión de contratos por excesiva onerosidad sobreviniente reside precisamente en que el principio del enriquecimiento sin causa supone

ausencia de causa. Ahora bien, en el caso de la imprevisión, es incontrovertible que *la causa es el contrato*.

Otros explican la teoría de la imprevisión invocando la doctrina del abuso del derecho. Sin embargo, el problema es que, al menos en la doctrina nacional, la doctrina del abuso del derecho se ha explicado no tanto en el contexto de la *funcionalidad* de los derechos como en las normas sobre responsabilidad extracontractual. Luego, desde esa perspectiva, pareciera fuera de lugar explicar en la responsabilidad extracontractual un tópico esencialmente contractual como es el de la teoría de la imprevisión.

Nos parece que la teoría de la imprevisión en Chile más bien debería sustentarse en aplicar el principio que inspira el artículo 1558 (de excluir los perjuicios imprevistos o imprevisibles, salvo dolo). Si un incumplimiento no es doloso sino que "explicable" por la excesiva onerosidad sobreviniente, esos perjuicios imprevistos e imprevisibles provocados por un cambio imprevisto e imprevisible de las condiciones de hecho no debieran ser indemnizados. Por otra parte, en los contratos en que el deudor responde de culpa leve (1547), frente a un imprevisto cambio de circunstancias que haga excesivamente oneroso el cumplimiento, el afectado podría demandar judicialmente se declare su no exigibilidad de cumplir sin arriesgarse a ser condenado a indemnizar toda vez que cumplir, en las nuevas condiciones, *sería exigirle un grado de diligencia mayor que aquel al que está obligado, esto es, el de un simple buen padre de familia*.

También nos parece aceptaba la explicación de la teoría de la imprevisión sobre la base de que los contratos deben *ejecutarse* de buena fe (artículo 1546).

En Argentina el artículo 1198 del C Civil permite accionar la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente dado que "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". El C Civil italiano de 1942 (artículo 1467) contiene una solución similar. Siempre puede sin embargo el demandado enervar la acción *ofreciendo modificar equitativamente el contrato*.

En el comercio internacional se suelen utilizar cláusulas de readaptación destinadas a poder enfrentar adecuadamente un cambio de circunstancias. Entre ellas está la cláusula *government take clause* introducidas por las grandes empresas distribuidoras de petróleo, y que les permite trasladar a los compradores del crudo los aumentos de precio impuestos por los países productores; la cláusula *First refusal clause*, o cláusula de alineamiento sobre las ofertas de la competencia, por la cual el vendedor se compromete a bajar el precio del suministro si bajan los precios practicados por sus competidores en el mercado; la cláusula *del cliente más favorecido*, por la cual el proveedor promete a su comprador proporcionarle los mismos beneficios que pudiere, en el futuro, acordarle a otros clientes. Pero la más aplicada es a cláusula *hardship* que permite a cualquiera de las partes exigir una adaptación del contrato si se produce un cambio de circunstancias que las llevaron a vincularse, de modo que este cambio le ocasione a ellas un rigor ("hardship") injusto.

CONVENCIONES QUE ALTERAN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

artículos 1547 Y 1558.

El deudor puede estipular que responde de caso fortuito (artículo 1673) o de un grado de culpa más exigente que aquel que le exige la naturaleza del contrato. (Ej. 2222).

Puede hacerse responsable de los perjuicios en forma distinta que la establecida en el artículo 1558, respondiendo por ejemplo, de los perjuicios imprevistos o imprevisibles o aun de los perjuicios indirectos.

Algunos autores plantean la posibilidad de alegar los plazos de prescripción de las acciones, o alterar las reglas sobre carga de la prueba.

Pero también pueden establecerse cláusulas que atenúan la responsabilidad del deudor. La limitación obvia radica en que no podría implicar una vulneración de la prohibición de condonar el dolo futuro o la culpa grave. Sólo puede referirse a la culpa leve o levísima. Pueden las partes limitar hasta una

determinada suma (similar a una cláusula penal) o acortar los plazos de prescripción.

TEORIA DE LOS RIESGOS.

Este es un tema que sólo se plantea en los contratos bilaterales en que surgen obligaciones de especie.

La pérdida fortuita de una cosa que no es objeto de obligación o de relación personal alguna sólo puede ser para su dueño ("Res perit domino").

La teoría de los riesgos se plantea a propósito del cumplimiento de contratos en curso. Al extinguirse la obligación de uno de los contratantes por imposibilidad de ejecución, ¿se extingue la obligación correlativa del otro? Si la respuesta es si quiere decir que los riesgos los carga el deudor (perderá lo pagado o por pagar y nada recibirá en compensación). Si la respuesta es no significa que los riesgos son de cargo del acreedor (el deudor, pese a no cumplir, obtendría la prestación correlativa).

La teoría de los riesgos supone varios elementos base: un contrato bilateral cuyo cumplimiento este pendiente; extinción de la obligación de una de las partes (imposibilidad total y fortuita) , lo que presupone una obligación de especie o bien de un genero muy limitado.

En Chile rige el principio de que los riesgos son del acreedor ("res perit creditor") -artículo 1550 y 1820- aunque existe también otra alternativa: que el riesgo sea de cargo del deudor ("res perit debitori").

Nuestra solución encuentra sus raíces en el derecho romano. El Roma, la compraventa nació originalmente como dos contratos sucesivos: la *emptio* en cuya virtud el comprador se obligaba a pagar un precio y la *venditio* en cuya virtud el vendedor se obligaba a transferir la cosa. Era lógico entonces que el incumplimiento de la obligación de uno de los contratos dejara subsistente la obligación del otro.

En Francia se aplica el principio res perit domino, pero manteniendo los riesgos de la cosa en el comprador, lo que es perfectamente posible dado que en

Francia el comprador es dueño desde perfeccionada la compraventa aunque no se le haya entregado la cosa.

En Chile el principio res perit creditor tiene sin embargo algunas excepciones:

-Si el deudor se encuentra en mora o se comprometió a entregar la cosa a dos o mas personas en virtud de obligaciones distintas (artículo 1550)

-Si el deudor asumió sobre sí los riesgos de caso fortuito

-Si la cosa se debe bajo condición suspensiva. (artículo 1486 inciso 1o).

Pero el principio res perit debitori prevalece en los códigos civiles más modernos (artículo 1463 del Código Italiano de 1942, artículo 578 del Código Argentino, artículo 1431 del Código Peruano).

II LA MORA.

Para que se daba indemnización de perjuicios es necesario que el deudor esté en mora. La mora el retardo en el incumplimiento de la obligación, imputable al deudor, y que subsiste después de la interpelación del acreedor diligente.

El artículo 1557 señala que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora. Pero la exigencia de la constitución en mora no tiene lugar en las obligaciones de no hacer, en las cuales se debe indemnización de perjuicios por el mero hecho de una contravención. (artículos 1557 y 1538).

La necesidad de constituir en mora al deudor existe no sólo para la indemnización moratoria sino también para la compensatoria.

Requisitos de la mora:

1º retardo imputable.-

2º interpelación.-

3º acreedor diligente.-

1º El Retardo Imputable:

EL deudor se encuentra en retardo desde que habiéndose hecho exigible la obligación, éste no ha cumplido. Pero el retardo no es suficiente para pedir indemnización de perjuicios. Es necesario que el acreedor haga saber al deudor que está esperando que cumpla la obligación, que considera que hay retardo y que éste le ocasiona perjuicios.

Así el artículo 1537 hace distinción entre Mora y simple Retardo.

Para que haya mora el retardo debe ser imputable al deudor (artículo 1558).

En el contrato de promesa, el deudor no puede cumplir sin la colaboración del acreedor. Por eso, en casos como este, para evitar la mora, no es necesario cumplir. Basta con que esté llano a cumplir.

2º La Interpelación:

Es el acto por el cual el acreedor hace sabedor a su deudor que considera que hay retardo en el cumplimiento y que este le está ocasionando perjuicios.

Puede convenirse que no será necesaria la interpelación y que el deudor se entenderá constituido en mora por el simple retardo. Tal estipulación sería válida.

La regla general en materia de interpelaciones es la que se refiere la interpelación del artículo 1551 N°3. Es la llamada interpelación judicial o extracontractual. Cualquier interpelación judicial cumple este requisito de poner en evidencia el cese de la inactividad del acreedor.

A la interpelación contractual expresa se refiere el artículo 1551 N°1. Sólo opera los plazos convencionales.

La interpelación contractual tácita es la que se verifica cuando transcurre el plazo tácito.

Todo esto en las obligaciones de dar y hacer, pues en las de no hacer, no es necesario constituir al deudor en mora, o dicho de otro modo, el deudor está en mora por el solo hecho de la contravención (artículos 1538 y 1557).

3º Acreedor Diligente.

Si el acreedor no ha cumplido ni está llano a cumplir, el deudor podrá estar atrasado pero no en mora. La mora del acreedor purga la mora del deudor. Artículos 1551 y 1826 inciso 3º.

i) En virtud de la mora del deudor.

- El acreedor puede demandar indemnización de perjuicios.
- El deudor pasa a ser responsable del caso fortuito (artículos 1547, 1672, 1590).
- El riesgo de la especie cuya entrega se debe es del deudor (artículo 1550).

ii) En virtud de la mora del acreedor (sin causa legal se resiste a recibir lo que el deudor le debe):

- Cesa la obligación del deudor de conservar la cosa (artículo 1548).
- Descarga al deudor del cuidado ordinario de la cosa (artículos 1680 y 1827, 1558). Atenúa la responsabilidad del deudor.
- El acreedor debe indemnizar al deudor los perjuicios que le provoque (artículo 1604).
- Pero la mora del acreedor no justifica ni exime al deudor de cumplir, porque puede hacerlo por consignación. Se discute desde cuando el acreedor está en mora.

LOS PERJUICIOS.

Uno de los requisitos esenciales de la indemnización de perjuicios es que estos existan.

Se entiende por perjuicio toda disminución efectiva y directa del patrimonio del acreedor (daño emergente) o la pérdida de una legítima utilidad que le habría retardado a una persona el cumplimiento oportuno y completo de la obligación (lucro cesante).

La prueba de la obligación de indemnizar y por consiguiente de la existencia de los perjuicios corresponde al acreedor. Cuando debe hacer esa prueba, la hace mediante juicio ordinario y la evaluación se llama judicial. Pero puede ocurrir que habiendo o no perjuicios reales no sea necesario probar perjuicio alguno para que exista la obligación indemnizatoria. En tal evento, estamos frente a la evaluación convencional (cuando se trata de una multa o pena estipulado por el incumplimiento o el cumplimiento retardado). O frente a una evaluación legal (cuando la obligación original era de pago de una suma de dinero y la ley dispone cuales son los perjuicios derivados del retardo o mora; es decir, cuando se aplican intereses).

AVALUACION JUDICIAL

La acción destinada a obtener el reconocimiento de los perjuicios sería una acción personal ordinaria o ejecutiva según los casos (5 o 3 años respectivamente de prescripción).

La acción se dirige contra el deudor o codeudor culpable o doloso (artículos 1526 N° 3; 1533 inciso 2º, 1534), excepto en la obligaciones solidarias, (en que cualquier codeudor es obligado a la indemnización compensatoria (artículo 1521).

En el juicio indemnizatorio de los perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1556).

Hay casos en que se debe pagar el lucro cesante, como el artículo 1930 o 1933.

En doctrina se debe distinguir entre perjuicios directos e indirectos. Son directos los que constituyen consecuencia inmediata del cumplimiento de la obligación. Los indirectos son aquellos en los cuales el incumplimiento de la obligación es sólo una causa remota. Los perjuicios indirectos solo se indemnizan si se había pactado por las partes que ellos se demandarían. Por

ende sólo procedería -y eventualmente - en la indemnización de perjuicios contractual.

También se distingue entre perjuicios previstos o previsibles, por una parte, e imprevistos o imprevisibles, por la otra.

La regla general es que solo los perjuicios previstos o previsibles se indemnizan. Salvo que haya habido dolo (1558) o que se haya pactado por las partes que los imprevistos o imprevisibles también se indemnizarían.

También se discute entre perjuicios morales y materiales. Actualmente la Jurisprudencia acepta casi unánimemente la indemnizabilidad del perjuicio moral (artículo 2314).

También se habla de perjuicios eventuales y ciertos e inciertos.

AVALUACION LEGAL

Artículo 1559 inciso 1º: tiene lugar en la obligaciones de pago de dinero. En ellas los perjuicios derivados de la mora es evidente y fácil de evaluar objetivamente.

Los perjuicios por la mora corren desde que hay mora y se ha entendido ultimamente por la jurisprudencia que en el caso de una obligación de pago de dinero surgida de una sentencia judicial, el interes (la mora), corre desde que queda ejecutoriada.

En la evaluación legal, el perjuicio está representado por un porcentaje del capital adeudado.

Los intereses se deben sin necesidad de probarlos.

Aunque en el hecho no hayan existido o hayan sido menos, también se deben (1559 N°2).

Se discute el alcance de por qué esta norma habla simplemente de retardo y no de mora.

También se discute si el acreedor puede cobrar otros perjuicios además de los representados por el interés.

El interés que representa esta indemnización legal es el corriente (artículo 16 ley 18.010) y se aplica en la medida que no haya pacto de valuación convencional de los perjuicios, y este, de existir, tiene la limitación del artículo 6 y 8 de la ley 18.010).

Actualmente se puede pactar intereses sobre intereses. (artículo 9 ley 18.010).

Anatocismo.

AVALUACION CONVENCIONAL

La valuación convencional de los perjuicios implica el pacto de la cláusula penal (artículo 1535).

La CLAUSULA PENAL es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal.

Objetivos de la cláusula penal:

1º Avaluar anticipadamente y convencionalmente los eventuales perjuicios que se producirán, sustrayéndose así las partes a lo imprevisible que tiene la valuación judicial.

2º Liberar al acreedor de los perjuicios de la necesidad de probarlos. Basta con que pruebe la cláusula, aunque no haya tenido en realidad daño alguno (artículo 1542).

3º Incentivar al deudor del cumplimiento íntegro y oportuno. Por tal motivo es una garantía; una caución personal. (artículo 1535)

4º Otorgar al acreedor una acción de la que, de otro modo, carecería, como cuando pacta la cláusula penal por el incumplimiento de la obligación natural.

A diferencia de la evaluación legal y judicial, en la convencional (cláusula penal), la obligación en que consiste la pena puede ser de DAR, HACER o NO HACER (artículo 1535).

La cláusula penal es una obligación accesoria, por lo que se extingue junto a la extinción de la obligación principal (artículo 1536).

Es, además una obligación condicional, sujeta a una condición suspensiva de que no se cumpla la obligación principal.

La cláusula penal es totalmente consensual.

En la promesa de hecho ajeno (artículo 1450), se aplica una norma especial, que es el artículo 1536 inciso 2º.

Si el tercero cuyo hecho se promete no acepta la obligación, esta no llega a generarse; pero la obligación del promitente es válida y por ende debe indemnizar con la pena si no obtiene que el tercero de, haga o no haga aquello que prometió daría, haría o no haría.

La pena accede a la obligación del promitente; no a la del tercero.

En la estipulación a favor de otro (artículo 1449), puede convenirse en una pena para el caso de que el promitente no cumpla la estipulación (artículo 1536 inciso 3º). En ese caso, el estipulante no puede demandar el cumplimiento (eso sólo lo puede hacer el beneficiario), pero sí puede demandar el pago de la pena. Esta amenaza es un incentivo para que el promitente cumpla.

Hay quienes sostienen que habría lugar a la pena aún cuando el incumplimiento haya estado ocasionado por caso fortuito bastando con que la pena se haya estipulado (artículo 1542).

Eso es insostenible pues el caso fortuito extingue la obligación principal (artículo 1670) y por ende la accesoria.

Luego, para que sea exigible la pena es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es, además, necesario que el acreedor no este en mora (porque la mora purga la mora) y sí en cambio el deudor. (artículo 1537 y 1538).

Lo que puede faltar en la evaluación convencional son los perjuicios efectivos (artículo 1542).

También puede ocurrir que haya un incumplimiento parcial. Sólo "si el acreedor acepta esa parte", porque el acreedor no está obligado a aceptar un pago parcial. (artículo 1591).

Antes de la mora sólo puede pedirse el cumplimiento de la obligación principal porque el deudor no incurre en la pena sino desde que se ha constituido en mora (artículos 1537 y 1538).

- Constituido el deudor en mora, el acreedor tiene una triple alternativa:

a) Exigir la obligación principal.

El deudor no puede oponerse a ello ofreciendo la pena, pues la elección es sólo del acreedor.

Tratándose de las obligaciones de hacer y no hacer esto es indudable; tratándose de las obligaciones de DAR, algunos creen que el acreedor sólo podría exigir la pena pues de lo contrario estaríamos frente a un obligación alternativa.

Ahora, si se estipuló que en caso de mora sólo se podría exigir la pena, entonces el acreedor no podría exigir la obligación principal: habría operado un novación de la obligación.

b) Exigir la pena.

c) Exigir sólo la indemnización por vía judicial.

En tal caso el acreedor estaría renunciando a la pena que obviamente está en su favor porque le reporta el beneficio de no tener que probar los perjuicios (artículo 1543).

- También puede exigirse conjuntamente la obligación principal y la pena:

a) Cuando la pena es moratoria (artículo 1537).

b) cuando se estipuló que la pena, no obstante ser compensatoria, deja subsistente la obligación principal (artículo 1537 parte final).

Incluso podría pactarse que el acreedor podría pedir la resolución del contrato y la pena.

c) En la transacción.

- La pena en las obligaciones con pluralidad de sujetos:

a) Si la obligación principal es divisible, se aplica el artículo 1540 inciso 1º

b) la obligación principal indivisible. (artículo 1540 inciso 2º y 3º). El acreedor cobra el total y no sólo al codeudor culpable. es una excepción a la regla de que de la infracción de las obligaciones indivisibles sólo responde el codeudor culpable (artículo 1533 inciso.2º).

c) Pena indivisible: Se cobra de cualquier deudor, sea o no el infractor (aplicando los principios generales del artículo 1526). Así por ejemplo si la pena está garantizada con hipoteca (artículo 1541).

d) Obligación principal solidaria: la pena se exige solidariamente a cualquier deudor pues los codeudores solidarios en el fondo consintiendo en que se pudiera exigir a cualquiera de ellos la pena. Hay quienes dicen que como sería una obligación de DAR (dinero) sería simplemente conjunta.

LA CLAUSULA PENAL ENORME

Puede existir en los contratos conmutativos, y se aplica el artículo 1544

También en el mutuo (artículo 1544 inciso 2º y 3º) y en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado (artículo 1544 inciso 2º y 4º).

LOS DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR.-

Son derechos del acreedor que no persiguen directamente el cumplimiento mismo sino asegurarlo. Evitar que el deudor caiga en la insolvencia.

1.-Las Medidas Conservativas.-Son todas aquellas medidas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor. artículos 761, 1078, 1492, 755, 156, 1222, 1255, 1766. También las medidas precautorias (artículos 290 y s.s. del Código de Procedimiento Civil).

2.-La acción oblicua o subrogatoria.- Consiste en el ejercicio, por el acreedor, de derechos o acciones del deudor que éste, por negligencia o con dolo no desea ejercer, causando dicha inactividad un perjuicio a los acreedores. El Código Francés (artículo 1166) establece ello como principio general : "Los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que estén unido exclusivamente a su persona".

Para que proceda la acción oblicua es necesario que el acreedor tenga interés en el ejercicio de la acción, esto es, que la negligencia del deudor comprometa su solvencia. El crédito, por su parte, debe ser cierto y exigible, por lo que el deudor debe ser a su respecto un acreedor puro y simple. El deudor debe encontrarse en una situación de negligencia, lo que no significa, sin embargo,

que deba constituirsele previamente en mora. Los derechos y acciones deben ser de índole patrimonial.

Ejercida la acción oblicua, el demandado (deudor del deudor), puede oponer las mismas excepciones y defensas que habría podido oponer al deudor negligente si hubiese sido éste el que hubiera ejercido la acción.

La acción oblicua no requiere de una calificación jurídica previa. Simplemente se ejerce en forma directa el derecho o acción y el Tribunal procede a analizar su procedencia.

Ejercido el derecho o acción, los bienes que con ello se obtengan se incorporan al patrimonio del deudor para beneficiar no sólo al acreedor que ejerció la acción o derecho sino a todos los demás. Su efecto es general.

Según algunos autores (Alessandri, Fueyo), en Chile no procede la acción oblicua sino en los casos en que el Código lo ha previsto explícitamente. Según otros, (Claro Solar), los artículos 2465 y 2469 permiten la acción oblicua como regla general, pues es una consecuencia del derecho de prenda general de los acreedores. Nuestro Código Civil contempla algunos casos específicos de procedencia explícita de la acción oblicua. Ellos son:

a) Artículo 2466 inciso 1o. Derecho de usufructo, de prenda o de retención. Se discute si esto se refiere a que los acreedores pueden embargar y rematar estos derechos (lo que sería simplemente aplicación del principio general del derecho de prenda general -Somarriva-) o si en cambio se refiere a que los acreedores podrían gozar (en el usufructo) cobrar los créditos prendarios o garantizados con el derecho de retención (en los demás casos). La excepción del inciso 2o parecería confirmar más bien la primera tesis.

b) Artículo 2466 inciso.2o. En primer lugar, se contempla la subrogación en los derechos del deudor como arrendador (1965). En verdad no es propiamente una acción oblicua sino que un traspaso legal del contrato a consecuencia del embargo: la sustitución favorece sólo al acreedor que embarga los derechos personales del deudor como arrendador (no a la masa de acreedores). Si se remata, se aplicará el artículo 1962. En segundo lugar contempla subrogarse en

los derechos del deudor como arrendatario (artículo 1968). Tampoco es estrictamente una acción oblicua sino más bien un traspaso legal del contrato.

d)Artículo 1677. ¿Hay en este caso propiamente hablando una subrogación?. Se piensa que no hay subrogación. Se trata sólo de una manera de expresarse del legislador. Se trata más bien de una obligación legal de ceder derechos.

e)Artículo 1238 y 1394. Los acreedores del que repudia una asignación o donación, pueden rescindir la repudiación y hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. Esta figura es un mezcla de acción oblicua (el 1394 habla de sustitución") y de acción pauliana (el 1238 habla de rescisión"), eso si que sin exigirse el fraude pauliano.

Para terminar, habría que notar que no debe confundirse la acción oblicua con algunas situaciones en las que el acreedor ejerce por derecho propio una acción en contra de la persona que ha contratado con su deudor. (articulos 2138, 2003 No 5).

3.-La acción pauliana o revocatoria.- Tiene por objeto dejar sin efecto actos que el deudor maliciosamente haya hecho para menguar su patrimonio perjudicando el derecho de prenda general de sus acreedores. Los acreedores ejercen esta acción a título personal, no -como ocurre en la acción oblicua- como subrogados en los derechos de su deudor. El efecto -a diferencia de la acción oblicua- es relativo:los bienes que reingresan al patrimonio del deudor, lo hacen sólo en la medida necesaria para cubrir el crédito del actor y van a beneficiar exclusivamente al acreedor que ejerció la acción. Respecto de los demás acreedores, la enajenación sigue vigente.

Acerca de su naturaleza jurídica, unos estiman que se trataría de una acción de nulidad (fundada en una forma de dolo que es el dolo pauliano), otros estiman (Planiol) que se trata de una acción indemnizatoria, puesto que la enajenación fraudulenta es un ilícito civil. Por último, estimamos que se trata de una acción de inoponibilidad, toda vez que la enajenación es válida pero inoponible a el acreedor perjudicado que ejerce la acción.

Pueden ser atacados mediante acción pauliana todo tipo de actos del deudor, unilaterales o bilaterales, incluso aquellos que sin importar enajenación importan un principio de enajenación (promesa de compraventa) o un perjuicio de alguna caución. Pero debe tratarse de actos jurídicos. No son atacables, aunque impliquen un perjuicio para los acreedores, los actos personalísimos (reconocimiento de un hijo natural, lo que implica el surgimiento de una obligación alimenticia que no se tenía) o aquellos actos que dicen relación con bienes inembargables.

Los actos que realice el deudor después de declarado en quiebra son nulos; no requieren ningún tipo de acción paulina para ser atacados. Los que realice el deudor no calificado (artículo 74 de la ley 18.175) o el deudor calificado (artículo 76 de la ley 18.175) en el "período sospechoso" anterior a la declaratoria de quiebra son inoponibles a la masa. En los períodos anteriores, se aplica el artículo 2468 del Código Civil, pero presumiéndose mala fe en los diez días anteriores a la fecha de cesación de pagos.

Desde el punto de vista del acreedor, éste deberá tener interés, y lo tiene cuando el acto lo haya perjudicado, sea por haber ocasionado o por haber agravado la insolvencia del deudor. Ese perjuicio debe haberse ocasionado por el acto pero además debe subsistir al momento de ejercerse la acción. En ambos momentos, además, el actor debe haber sido acreedor. Si es acreedor condicional sujeto a una condición suspensiva, no podría ejercer la acción. Si es acreedor bajo plazo suspensivo, el plazo caducaría en la medida en que en el deudor hubiera notoria insolvencia.

Desde el punto de vista del deudor, éste debe haber realizado el acto fraudulentamente, esto es, con la intención de perjudicar a sus acreedores. El dolo en este caso se asemeja más al del delito civil que al de los vicios del consentimiento. Se entiende que lo hay cuando al actuar el deudor, sabía del mal estado de sus negocios. Ese conocimiento debe probarlo el actor pauliano, salvo en el caso del artículo 75 inciso. 2o de la ley 18.175, en que se presume ese conocimiento.

Desde el punto de vista de los terceros que contratan con el deudor, o de los terceros que se ven beneficiados con el acto del deudor, hay que hacer una

distinción. Si se trata de un acto a título oneroso, el tercero debe estar de mala fe, esto es, haber sabido el mal estado de los negocios del deudor (2468 No 1). No se le aplica al tercero la presunción de dolo del artículo 75 inciso. 2o de la ley 18.175. Si se trata de un acto o contrato a título gratuito, no es necesario que el tercero haya estado de mala fe (2468 No 2).

En cuanto a la situación de los subadquirentes, se presenta el problema de si acaso podrían ser afectados en caso de que el adquirente podría serlo. (Si el tercero adquirente no puede verse afectado, tampoco podría serlo el subadquirente). Quienes conciben la acción pauliana como una acción de nulidad, plantean que los subadquirentes se ven afectados siempre, estén de buena o mala fe pues la acción reivindicatoria consecucional a la declaración de nulidad, da acción contra terceros poseedores sin interesar la buena o mala fe de ellos. La mayoría, rechazando la idea de que la acción pauliana es una acción de nulidad, concluye que los subadquirentes serían alcanzados en los mismos casos y términos que los adquirentes directos, aplicando por analogía las reglas del artículo 2468.

Características y efectos de la acción pauliana. La acción pauliana es una acción directa, personal del acreedor, patrimonial (renunciable, transferible, transmisible y prescriptible -2468 regla tercera). La sentencia produce efectos relativos: sólo beneficia al o los acreedores que intentaron la acción pauliana y el efecto será diferente según sea la naturaleza del acto que se trata de atacar. El acto queda sin efecto sólo en cuanto perjudica al o los acreedores que han intentado la acción.

4.-El beneficio de separación.- 1378. Persigue mantener la solvencia del patrimonio del causante por la vía de impedir que se confunda con el de los herederos insolventes. Beneficia a los acreedores hereditarios (los que eran acreedores del causante en vida y que ahora lo son de la sucesión) y a los acreedores testamentarios (los que son acreedores en virtud de alguna disposición testamentaria). Se pierde la acción si se la renunció expresa o tácitamente (esto último ocurrirá cuando el acreedor hereditario o testamentario

ha reconocido como deudor al heredero), o cuando los bienes del causante se han confundido con los de los herederos o han salido de su patrimonio. (1380).

Si recae sobre bienes raíces debe inscribirse en el Conservador. (1385).

Los acreedores hereditarios y testamentarios tienen entonces preferencia para pagarse sus créditos con los bienes propios del causante, y el saldo podrá pasar a ser perseguido por los acreedores propios de los herederos. A la inversa, estos últimos tienen preferencia para accionar en contra de los bienes propios de los herederos.

Los Modos De Extinguir Las Obligaciones (artículo 1567).

Son los hechos o actos jurídicos que operan la liberación del deudor respecto de la prestación a que se haya obligado. Además de estos modos, hay otros, como la dación en pago, el evento de la condición resolutoria, la extinción del plazo extintivo o la muerte del deudor o acreedor (en las deudas y derechos intransmisibles).

Algunos modos extinguen la obligación satisfaciendo al acreedor (pago, dación de pago, novación, compensación, confusión) y otros sin satisfacer al acreedor (en las deudas y derechos intransmisibles).

Algunos modos extinguen la obligación misma (la mayoría) pero otros en el fondo producen la ineficacia del hecho o acto que le sirvió de origen (nulidad, resolución). Estos últimos, más que modos de extinguir, son formas de declarar que la obligación nunca ha existido.

El Mutuo Consentimiento.

Artículo 1567 inciso 1º. El Código habla de "darla por nula" (la obligación). Obviamente no es que sea nula pues una obligación lo es cuando ha surgido de algún contrato nulo y los contratos no son nulos por voluntad de las partes

sino por la existencia o inexistencia de vicios. En realidad se refiere a dejarla sin efecto, como quedan también sin efecto las obligaciones nulas.

Pero el mutuo disenso tiene diferencias con la nulidad. Desde luego, opera sin efecto retroactivo salvo que las partes quieran dárselo. En segundo lugar, no requiere declaración judicial. Pero es importante destacar que el contrato que generó la obligación debe ser dejado sin efecto con las mismas formalidades del acto que la originó. En derecho las cosas se deshacen como se hacen.

El mutuo disenso se funda en el principio de la autonomía de la voluntad.(artículo 1545).

Excepcionalmente, ciertos contratos pueden ser dejados sin efecto unilateralmente, como ocurre con el mandato, el arrendamiento o el contrato de trabajo.

Para intervenir en una resciliación es necesario que ambas partes tengan capacidad de celebrar actos jurídicos y aptitud para disponer de los derechos y obligaciones de la convención que se rescilia (extinguirlos).

El mutuo disenso tiene aplicación general, salvo en el matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales, en los alimentos forzosos futuros.

El Pago.

Es la prestación de lo que se debe (artículo 1568), o sea, el cumplimiento de la obligación. Es el modo más usual de extinguirse las obligaciones. Paga no sólo el que da una suma de dinero sino en general el que da la cosa debida, ejecuta el hecho debido o se abstiene del hecho del que se había obligado a abstenerse.

Todo pago tiene como causa una obligación pendiente, sea civil o natural.

Quien puede hacer el pago. Artículo 1572. No solo el deudor, salvo que la obligación se haya contraído en consideración a las aptitudes del deudor.

a) Puede pagar el deudor, bajo cuyo nombre podemos incluir a sus mandatarios o representantes legales, a sus herederos y a los legatarios.

b) Puede pagar cualquier persona interesada en extinguir la obligación, como podría ocurrir con el fijador, el codeudor solidario o el tercer poseedor de la finca hipotecada. En estos el tercero se subroga en los derechos del acreedor (artículos 2370, 1522, 2429, 1610 N°2 y 3).

c) Puede también pagar un tercero extraño,

-Con el consentimiento del deudor. En este caso el que paga ha actuado en ejercicio de un mandato para pagar. La obligación se extingue respecto del acreedor pero el tercero se subroga en los derechos del acreedor a quien pagó (artículo 1610 N°5). El crédito cambia de titular. Pero además el tercero tiene el derecho a ejercer las acciones derivadas del contrato de mandato (artículo 2158). El tercero elige.

-Sin conocimiento del deudor. Este tercero es un agente oficioso. La obligación también se extingue respecto al acreedor pero el tercero debe ser reembolsado (aunque no se subroga, en este caso, en los derechos del acreedor salvo que opere una subrogación convencional) (artículo 1573).

-Contra la voluntad del deudor. Este tercero "rebelde" no se subroga ni tiene derecho a reembolso. Sólo si el acreedor le subroga convencionalmente o le cede voluntariamente su acción podrá accionar contra el deudor (artículo 1574). Excepción: artículo 2291. Sobre la aparente contradicción de estas normas se han dado varias interpretaciones. Unos creen que el artículo 2291 se aplica cuando el pago ha sido útil y el 1574 cuando no lo ha sido. Otros, que el artículo 1574 se aplica en caso de pagos aislados y el 2291 cuando el pago es parte de un conjunto de actos.

Otros creen que en el artículo 1574 no hay derecho a restitución de lo pagado y en el 2291 tampoco, aunque si acción in rem verso sobre aquello en que el pago haya sido efectivamente útil.

Condiciones requeridas para la validez del pago.

Artículo 1575. Hay que tener presente que el pago es la prestación de lo que se debe y por ende puede tener lugar en las obligaciones de hacer y de no hacer. El artículo 1575 se aplica sólo a las obligaciones de dar y ni siquiera a todas sino sólo a aquellas en que "se debe transferir la propiedad".

a) El que paga debe ser dueño de la cosa que entrega o del derecho que transfiere. Unos creen que esto está indicando que pago y tradición no es lo mismo, pues la tradición hecha por quien no es dueño de la cosa o derecho es válida (si bien no produce su efecto natural cual es el de transferir el derecho o cosa), en cambio en el caso del pago ello acarrearía la nulidad del pago. A mi me parece que simplemente aquí el Código se equivocó y habló de nulidad cuando en realidad el pago hecho por quien no es dueño es válido, sólo que no produce el efecto propio (extinguir la obligación); el legislador analógicamente habló de nulidad (como también lo hace al hablar del mutuo disenso).

Pero el pago hecho por quien no es dueño es válido en ciertas circunstancias. Desde luego, cuando se verifica con consentimiento del dueño (artículo 1575 inciso 1º), el que puede ser previo o a posteriori. (artículos 672 y 1818). O cuando quien paga adquiere después el dominio (artículo 682 inciso 2º) o cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la consumió de buena fe (artículo 1575 inciso 3º).

Como el pago hecho por quien no es dueño no extingue la obligación, el acreedor podrá demandar del deudor un nuevo pago (restituyendo antes, obviamente, lo que recibió) y el deudor podrá exigir la restitución de lo que "pagó" (en realidad sólo lo entregó).

En cuanto al verdadero dueño de la cosa, podrá reivindicarla por que el "pago" le es inoponible. Esta acción le prescribirá cuando el acreedor adquiriera el dominio por prescripción adquisitiva (artículo 2517), pero el

acreedor podrá renunciar a esa prescripción y demandar siempre al deudor en tanto no haya prescrito extintivamente su acción para exigir el pago.

b)El que paga debe ser capaz de enajenar (artículo 1575 inciso 2º), pues el pago es tradición y la tradición se hace con facultad e intención de transferir el dominio. Pero el pago hecho por quien no es capaz de enajenar es a veces válido y eficaz. Desde luego, si se estima nulo, es convalidable por el paso del tiempo (nulidad absoluta) o incluso por la "ratificación" de las partes (nulidad relativa). Asimismo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe (artículo 1575).

c)El pago debe cumplir con las formalidades legales (las formas de la tradición -artículo 679-).

A quien debe hacerse el pago

Es muy importante determinarlo pues si el deudor paga a quien no corresponde, el acreedor puede igual accionar contra el deudor (sin perjuicio de que éste repita lo pagado indebidamente)." EL QUE PAGA MAL PAGA DOS VECES".

El artículo 1576 dice a quien debe hacerse el pago:

a)Al acreedor (incluyendo bajo este concepto a los herederos, legatarios y cesionarios). Pero el pago hecho al acreedor o estas personas es en algunos casos nulos (artículo 1578).

b)Al representante del acreedor, sea legal (artículo 1579), convencional (diputación para recibir el pago -artículo 1580- o judicial- secuestres, administradores,...-).

El Código Civil regula las formas como se puede otorgar el mandato para recibir el pago (artículo 1580) y lo que va envuelto en un mandato general

(artículos 2132 y 2133). también, las facultades del mandatario judicial (artículo 1582 en relación al artículo 7º inciso 2º del Código de Procedimiento Civil) y la capacidad para ser diputado para el cobro (artículo 1581), que es la capacidad relativa (artículo 2128). También regula la terminación del mandato para recibir, que expira por las mismas causas que cualquier mandato: Primero, y dado que el mandato es un contrato intuitu personae (lo que hace que la diputación sea indelegable (artículo 1583), la diputación termina por la muerte del mandatario (artículos 1583/2163 N° 5). También termina por la revocación de la diputación, pues el mandato es esencialmente revocable, aunque esto tiene algunos alcances (artículos 1584 y 1585).

c) Se puede también hacer el pago al poseedor del crédito. (artículo 1576 inciso 2º).

El pago hecho a cualquier persona que no sea de las señaladas es ineficaz, no extingue la obligación, pero puede convalidarse en ciertos casos (artículo 1577).

¿Dónde Debe Hacerse El Pago?.

Ante todo hay que estarse a la voluntad de las partes (artículo 1587), y a falta de convención hay que distinguir si se trata de una obligación de especie o de género (artículos 1588 y 1589). El lugar del pago determina la competencia de los Tribunales (artículos 135 y 138 del Código Orgánico de Tribunales).

¿Cuándo Debe Hacerse El Pago?.

Cuando la obligación se ha hecho exigible, es decir, inmediatamente de contraída o una vez cumplida la condición o llegado el plazo suspensivos (artículo 1826).

LOS GASTOS SON DE CARGO DEL DEUDOR salvo que se haya estipulado otra cosa (artículo 1571).

¿Cómo Debe Hacerse El Pago? Artículos 1590 y 1591. Debe ser total (artículo 1569), salvo en las obligaciones facultativas (artículo 1505) o modales

(artículo 1093) y literal (artículo 1591) salvo convención contraria (artículo 1591) o excepciones legales (artículo 1592, 1625).

En las obligaciones de especie se aplican ciertas reglas derivadas de la naturaleza de la obligación (artículos 1590, 1547, 1550, 1672, 1677) y así como hay otras reglas para las de género (artículo 1509).

IMPUTACIÓN DE PAGO.-

Se refiere al problema de determinar a cuál obligación se imputa o aplica un determinado pago cuando entre los mismos acreedor y deudor hay varias obligaciones o una obligación productiva de intereses, y las obligaciones son de la misma naturaleza y el pago siendo suficiente para extinguir total o parcialmente cualquiera de ellas no es sin embargo apto para extinguirlas todas.

La primera opción para decidir la imputación la tiene el deudor (artículo 1596) con limitaciones: Si la deuda gana intereses, no podrá el deudor imputar el pago al capital y luego a los intereses salvo con consentimiento del acreedor (artículo 1595); tampoco podrá imputar el pago a las deudas no vencidas prefiriéndolas sobre las vencidas (salvo consentimiento del acreedor -artículo 1596-) y no podrá imputar a una obligación que se satisfaga parcialmente antes que a una que se extinga por completo (artículo 1591).

Si no imputa el deudor, lo hace el acreedor (artículo 1596) y en último caso la ley (artículo 1597).

PRUEBA DE PAGO.

Lo debe probar el deudor. Como es un acto, le rige la limitación de los artículos 1708 y 1709. Además, hay algunas normas especiales que contienen presunciones: artículos 1595 inciso 2º; 1570.

PAGO POR CONSIGNACIÓN.

Al deudor le puede interesar pagar por varios motivos: evitar la resolución del contrato, no seguir devengando intereses, evitar que se le aplique una multa, liberarse de los riesgos de la cosa, recobrar una cosa dada en prenda, alzar la

hipoteca, ...La negativa del acreedor no puede afectarle. Además, la negativa del acreedor en recibir no le exime de la obligación de pagar. La mora del acreedor en cumplir su propia obligación purga la mora del deudor, pero no la purga el sólo hecho de que el acreedor se encuentre en mora de recibir. Puede igual el deudor hacer el pago, no obstante la negativa del acreedor (artículo 1598), mediante la consignación.

El pago por consignación requiere dos operaciones: la oferta y la consignación. La oferta es el acto unilateral por el cual el deudor dá al acreedor la oportunidad de recibir voluntariamente y pone de manifiesto su resistencia a recibir. El pago propiamente hablando se hace mediante la consignación, que es el depósito de la cosa debida, con las solemnidades legales y en manos de un tercero, contra la voluntad del acreedor, hecho en virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla o en virtud de la incertidumbre acerca de la persona del acreedor (artículo 1599).

La consignación debe pues ser precedida de la oferta. Las formas de la oferta son las siguientes:

a)EL ACREEDOR ESTÁ PRESENTE. En este caso se debe cumplir con ciertos requisitos de fondo (artículos 1600 N°1; 1600 N°2 en relación al 1578; 1600 N°3 y 1600 N°4) y de forma (artículos 1600 N°5, 6 y 7).

b)EL ACREEDOR NO TIENE DOMICILIO EN EL LUGAR O NO ES HABIDO O HAY INCERTIDUMBRE ACERCA DE LA PERSONA DEL ACREEDOR. En tal caso sólo se debe cumplir con los requisitos del artículo 1600 N° 1, 3, 4, 5 y 6 y la oferta se hace al acreedor o a su representante legal (artículo 1600 inciso 2°).

La oferta puede además omitirse en ciertos casos (artículos 1600 N°7 y 1601 inciso 5°).

La Consignación requiere también de ciertas formalidades (artículo 1601). En la cuenta del Tribunal si se trata de pago de dinero en los casos del artículo 1600 N°7 y 1601 inciso. 5°. También en la tesorería, banco, ... (artículo 1601 inciso.1°) o ante un depositario (artículo 1601 inciso. 6°).

El acreedor no puede oponerse (artículo 1601 inciso. 4°).

Luego de la consignación debe calificarse la suficiencia del pago (artículo 1603). Si no hay juicio pendiente, se hace como gestión voluntaria (artículos 817 y s.s. del Código de Procedimiento Civil).

Los gastos del pago por consignación son de cargo del acreedor (artículo 1604) y como consecuencia y desde el día mismo de la consignación se extingue la obligación (artículo 1605).

El deudor puede retirar la consignación mientras no haya sido aceptada por el acreedor o declarada suficiente por el Tribunal por sentencia ejecutoriada (artículos 1606 y 1607).

PAGO CON SUBROGACIÓN.

En doctrina, se habla de subrogación real (sustitución de una cosa por otra -artículos 1727, 1672, 55 Código de Comercio,...-) o personal (sustitución de una persona por otra). Cuando un tercero se subroga en el lugar del acreedor a consecuencia del pago, se habla de pago con subrogación. Es una subrogación personal, o sea, la sustitución de una persona por otra que ocupa jurídicamente su lugar. El pago con subrogación es la sustitución de una persona por otra a consecuencia de un pago (artículo 1608).

El sentido del pago con subrogación es incentivar al pago. Un tercero que paga, tiene derecho a recuperar lo pagado por el deudor, ejerciendo las acciones personales del mandato o de la agencia oficiosa, según el caso. Pero sólo con esas acciones, corre el riesgo de tener que cargar con la insolvencia del deudor. Ocupando el lugar del acreedor, en cambio, con las garantías reales que garantizaban el crédito del acreedor, su seguridad es muy diferente.

La subrogación en virtud del pago puede ser legal o convencional (artículo 1609).

LA SUBROGACIÓN LEGAL.- artículo 1610 inciso 1º. Tiene lugar en forma ipso iure cada vez que el pago se hace bajo ciertas circunstancias legales. Por excepción la subrogación legal requiere de ciertas solemnidades (artículo 1610 N°6).

La enumeración no es taxativa; el artículo 1610 enumera sólo los principales casos pues alude a que tiene lugar "especialmente a beneficio" de las personas que indica.

Artículo 1610 N°1: Es necesario que el tercero que paga sea otro acreedor y que el acreedor que recibe el pago tenga un mejor derecho en razón de que su crédito es privilegiado o hipotecario. Puede también ocurrir que ambos acreedores sean hipotecarios pero uno es de mejor derecho que el otro. La utilidad de esta figura es calmar a un acreedor que se dispone a realizar bienes en condiciones insatisfactorias para los demás acreedores. Se trata de satisfacer a un acreedor "urgido" y buscar con calma la ocasión más propicia para realizar los bienes del deudor.

Artículo 1610 N°2: Para que esta situación tenga lugar es preciso que el tercero que paga sea comprador de una finca hipotecada y que el pago se haga a un acreedor hipotecario de la finca. El objetivo es que el comprador que paga a los acreedores hipotecarios se pague -una vez realizada la finca a instancias de otro acreedor hipotecario con crédito insoluto- con preferencia en relación al acreedor hipotecario cuyo crédito quedó insoluto.

Ramón compra en \$15 millones un inmueble con tres hipotecas: por \$10 millones en favor de Pedro, por \$5.000.- en favor de Juan y por \$5.000.- en favor de Diego. Los 15 millones de precio sólo satisfacen a Pedro y Juan. Diego entonces intentará su acción hipotecaria y sacará a remate la propiedad. El producto se reembolsará primeramente a favor de Ramón hasta concurrencia de lo que le costó el inmueble (usando la preferencia de Pedro y Juan) y sólo en lo que reste tendrá derechos Diego. De este modo, frente al remate hecho a instancias del acreedor Diego, Ramón habrá perdido el inmueble pero no, al menos, el precio pagado.

La utilidad radica en que de no existir esta norma nadie compraría un inmueble cuando el precio fuere insuficiente para cubrir a todos los acreedores hipotecarios (ya que a instancias de los insatisfechos, perderían el inmueble).

La subrogación sólo opera en favor del "comprador". La adquisición a otro título no queda comprendida dentro de esta situación.

Artículo 1610 N°3: Esta subrogación beneficia tanto a los fiadores como a los codeudores solidarios. Si son varios fiadores, la obligación se divide entre ellos por partes iguales (artículo 2378). Si son varios los codeudores solidarios, cada codeudor se subroga en la acción del acreedor pero sólo respecto de su parte o cuota (artículo 1522).

Artículo 1610 N°4: Se trata de un heredero que aceptó con beneficio de inventario y que paga con sus propios dineros (más allá de lo que recibió por sucesión), convirtiéndose en acreedor de la sucesión. Al heredero le puede interesar pagar con el fin de evitar que los bienes de la sucesión se rematen en malas condiciones. Si logra postergar el remate y evitar esa realización, saldrá beneficiado pues pagadas las deudas hereditarias o testamentarias, el saldo le pertenece a prorrata de su cuota hereditaria.

Artículo 1610 N°5: Aquí hay un tercero que en realidad es mandatario del deudor, pues el mandato no debe ser expreso. Basta con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra (artículo 2123).

Artículo 1610 N°6: Este caso de subrogación legal tiene ciertas características muy peculiares. Aquí hay que dejar constancia en escritura pública que el dinero se destina al pago de la obligación y, en la escritura pública de cancelación, que el pago se hizo con ese dinero prestado. La escritura puede ser una misma.

LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL.-

Opera en virtud de un acuerdo de voluntades entre el deudor y un tercero que le paga. Ofrece interés en los casos en que por falta de algún requisito legal, no puede operar la subrogación legal.

Artículo 1611.- Que se sujete a las reglas de la cesión de créditos significa que no se perfecciona entre subrogante y subrogado sino por la entrega del título; y respecto al deudor y terceros es necesario notificación o aceptación del deudor (artículos 1910 a 1904).

LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN SON LOS MISMOS EN LA SUBROGACIÓN LEGAL QUE EN LA CONVENCIONAL. Artículo 1612.- El sujeto activo (acreedor) cambia, pero la obligación se mantiene idéntica (artículo

2470). Las preferencias que pasan al subrogante son sin embargo las inherentes a los créditos, pero no las relativas a la calidad del acreedor. En el caso en que se traspase la hipoteca, debe ser inscrita (artículo 686).

En el caso de subrogación parcial, el crédito pertenecerá en parte al primitivo acreedor y en parte al subrogado hasta concurrencia de lo pagado. Pero el acreedor primitivo tiene el derecho de pagarse preferentemente al acreedor subrogado (artículo 1612 inciso 2º). Pero este privilegio de mantener la preferencia respecto al saldo aprovecha sólo al acreedor primitivo. Cuando son varios los subrogantes, no hay preferencia entre ellos. (artículo 1613).

Hay una diferencia básica entre el pago con subrogación y la novación. En la novación por cambio de acreedor, la obligación entre el nuevo acreedor y el deudor es distinta a la que había entre el acreedor original y el deudor. No así en el pago con subrogación, en que la obligación es la misma.

Hay por último una diferencia fundamental entre el pago con subrogación y la cesión de créditos. La cesión de créditos supone siempre un acuerdo entre cedente y cesionario. La subrogación legal no requiere el consentimiento del acreedor. Además, la cesión de créditos es siempre solemne; la subrogación legal es en cambio consensual (salvo en el caso del artículo 1610 nº6).

La Dación en Pago.

Es un modo de extinguir las obligaciones y consiste en la prestación de una cosa distinta de la debida. El acreedor no **ESTA OBLIGADO** a aceptar un pago diferente a lo debido, pero **PUEDE VOLUNTARIAMENTE** aceptar algo distinto de lo debido.

Se discute en la doctrina la naturaleza de la dación en pago. Unos creen que es una novación por cambio de objeto. Si es así, significaría que el crédito se habría extinguido y en caso de evicción de la cosa recibida, no reviviría el crédito sino que sólo existiría derecho a la indemnización. Esta tesis se ve

confirmada por el artículo 2382. Otros creen que la dación en pago es una simple modalidad del pago, y por ende si sobreviene la evicción, quiere decir que el crédito original no habría llegado a extinguirse.

La Novación.

Artículo 1628. Es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida. La novación es a un mismo tiempo modo de extinguir obligaciones y contrato (crea obligación). El artículo 1630 habla del contrato de novación.

Para que haya novación es preciso que se reúnan los siguientes cinco requisitos:

a) Existencia de una obligación anterior destinada a extinguirse. Esta obligación debe ser válida, al menos naturalmente. Artículo 1630. Porque la novación de una obligación relativamente nula importa una confirmación (artículo 1695). Si la obligación anterior está sujeta a una condición. Antes, no hay obligación como en el caso del artículo 1633 inciso 2º, caso en el cual sin embargo, no hay propiamente, novación.

b) Creación de una nueva obligación, que debe ser también válida a lo menos naturalmente (artículo 1630). Si está bajo condición suspensiva pendiente, no hay novación mientras no se cumpla la condición. (artículo 1633).

c) Diferencia entre ambas obligaciones, en cuanto a acreedor, deudor, u objeto debido (artículo 1631).

d) Capacidad para novar. El acreedor debe tener capacidad de disponer de los derechos que tenía en virtud de la primitiva obligación. Por su parte el deudor debe ser capaz de contratar. Al menos relativamente capaz (en tal caso la obligación es natural). La capacidad para novar supone también poder para novar si se hace por medio de mandato (artículos 1629, 2132 y 2133).

e) Animo de novar. El solo hecho de que un deudor contraiga una nueva obligación para con el acreedor no supone la intención de novar. Esta intención debe ser clara, aunque no es necesario siempre que sea expresa. Es tácita la intención de novar cuando la nueva obligación envuelve la extinción de la

anterior (artículo 1634). Sin embargo, cuando la novación opera por cambio del deudor, el ánimo de novar debe ser necesariamente expreso (artículo 1635).

TIPOS DE NOVACION.

-Objetiva (por cambio de objeto o causa)

-Subjetiva (por cambio de acreedor o deudor).

a) Novación por cambio de objeto. La prestación debe variar sustancialmente. No hay novación por tanto en la simple mutación del lugar para el pago (artículo 1648), la mera prórroga o reducción del plazo (artículo 1649), el aumento o disminución de la cantidad, género o especies debidas (artículo 1646). Si se estipula una cláusula penal, no hay novación cuando es exigible la primitiva obligación y la pena, pero sí la hay cuando es únicamente exigible la pena (artículo 1647).

b) Novación por cambio de causa, tiene lugar cuando sólo esta varía, como si una persona obligada a pagar un precio en virtud de compraventa, conviene en seguir obligada al pago de esa suma pero a título de mutuo la retendrá un tiempo más.

c) Novación por cambio de acreedor opera cuando el deudor contrae una obligación para con un tercero, acreedor a su vez del acreedor original. (artículo 1631 N°2). Pedro le debe a Juan y a su vez Juan le debe a Diego. Se conviene en que Pedro le pagará directamente a Diego. Tiene que consentir el deudor. Puede el deudor quedar obligado para con un tercero sin su consentimiento por una cesión del crédito o como resultado de una subrogación, pero en tal caso la obligación es la misma.

No hay novación. Tiene que consentir también el acreedor, en orden a dar por libre al deudor. Y por último es necesario que consienta el nuevo acreedor (debe expresar su ánimo de erigirse en acreedor).

d) Novación por cambio de deudor, que opera cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre. 1. El deudor se libera de una obligación que otra persona contrae. 2. Tiene lugar cuando un deudor (antiguo) es acreedor de otro deudor (nuevo). Pedro debe a Juan, y Diego es

igualmente deudor de Pedro. Entonces Diego se obliga a pagar a Juan. Es necesario que consienta el acreedor (artículo 1635) y el nuevo deudor (artículo 1636). El consentimiento del primitivo deudor en cambio no es necesario (artículo 1631 N°3 inciso 2º) precisamente porque el artículo 1572 autoriza a pagar "a cualquier persona". Si el cambio de deudor se realiza con consentimiento del deudor primitivo, se denomina delegación. (artículo 1631 N°3). Es el primitivo deudor el que ha tomado la iniciativa. Si en cambio no interviene el consentimiento del primitivo deudor, la operación se llama expromisión: el nuevo deudor ha tomado la iniciativa. Cuando en este caso (el acreedor no consiente en liberar al primitivo deudor, y produce novación) o imperfecta (el acreedor no consiente en dar por libre al primitivo deudor y no hay por ende novación, sino que se ve al deudor como diputado o como codeudor solidario o fiador).

La novación extingue la obligación principal, y con ella los intereses (artículo 1640), los privilegios inherentes a la antigua obligación (artículo 1641), las prendas e hipotecas que aseguraban la obligación antigua (artículo 1642) y cesa la responsabilidad de los fiadores y codeudores solidarios (artículos 1645/1519). Siempre las estipulaciones de las partes pueden modificar estas reglas, pero los privilegios quedan irremediamente extinguidos. En cuanto a las prendas e hipotecas, se extinguen salvo que expresamente se reserven (artículos 1641, 1642 y 1643). El código también permite la renovación de las prendas e hipotecas (artículo 1644).

En la novación por cambio del deudor, son de cargo del acreedor los riesgos de la insolvencia del nuevo deudor (artículo 1637), salvo que en el contrato de novación se haya formulado una expresa reserva para el caso de insolvencia del nuevo deudor, o salvo el caso en que la insolvencia del nuevo deudor era anterior a la novación y pública o conocida del primitivo deudor.

La Delegación

Es la sustitución de un deudor a otro con el consentimiento del primer deudor (artículo 1631 N°3). Interviene un delegante, que es el primitivo deudor y es el

que toma la iniciativa; un delegado, que es el que acepta la orden del primer deudor (es el nuevo deudor que toma el lugar del antiguo) y un delegatario, que es el acreedor a quien se le da un nuevo deudor.

Hay delegación perfecta cuando interviene el consentimiento de:

- El primer deudor (si no, hay expromisión)
- El nuevo deudor (si no, hay cesión de acciones solamente -artículo 1636-)
- El acreedor (artículo 1635).

Hay delegación imperfecta que no produce novación cuando falta el consentimiento del acreedor de dar por libre al primitivo deudor (artículo 1635).

Puede ocurrir que el delegado haya creído ser deudor del delegante sin serlo en verdad (artículo 1638), en cuyo caso el delegado debe cumplir la obligación para con el delegatario teniendo derecho, sin embargo, para compeler al delegante a que cumpla él, y en su caso, a que le reintegre lo que pagó. Puede también ocurrir que el delegante haya creído ser deudor y no lo era (artículo 1639) en cuyo caso el delegado no está obligado respecto al acreedor, pero si paga extingue su obligación para con el delegante, el cual a su vez puede repetir contra el delegatario como si él mismo hubiera efectuado el pago indebido.

La Remisión.

Es el perdón de la deuda, o sea, la renuncia gratuita que hace el acreedor en favor del deudor, del derecho de exigir el pago de su crédito. Como modo de extinguir las obligaciones, es de aquellos en que el vínculo jurídico se extingue sin satisfacción del acreedor (como ocurre en la prescripción, o en la pérdida de la cosa debida).

La remisión puede ser voluntaria o forzada. Esta última ocurre, por ejemplo, en la quiebra, en las proposiciones de convenio en que se propone la remisión de las deudas. (artículo 178 ley 18.175).

La remisión testamentaria se hace en el testamento e importa un legado (artículos 1128, 1129 y 1130). Puede ser total o parcial (artículo 1395 inciso 3º). Cuando se hace por acto entre vivos, constituye una donación (artículos

1937 y 1553). En razón de esto último se siguen varias secuencias (artículos 1652, 1388, 256, 402, 1391, 1392, 1428, 1401, 1653, 1400 inciso 2º).

La remisión puede ser expresa o tácita. La tácita es excepcional porque la donación no se presume (artículo 1393). El artículo 1654 establece que hechos constituyen remisión tácita. Se trata de una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario.

La compensación.

Es un modo de extinguir las obligaciones recíprocas existentes entre dos personas, hasta concurrencia de la de menor valor. Es, en el fondo, un pago ficticio, doble y recíproco fundado en razón de evitar las molestias y riesgos de un doble pago. La compensación puede ser de tres clases: voluntaria, legal o judicial.

Compensación Legal. Se produce por el sólo ministerio de la ley desde que las obligaciones reúnen las condiciones que la ley señala. Estas condiciones son:

a) Que las partes sean personal y recíprocamente deudoras (artículos 1655 y 1657). Por eso, el deudor no puede oponer al acreedor lo que el acreedor deba al fiador (artículo 1657 inciso 2º). Lo mismo se aplica al deudor de un pupilo (artículo 1657 inciso 3º) y al codeudor solidario (artículo 1657 inciso 4º y 1520 inciso 2º). Hay una excepción en el mandato (artículo 1658).

b) Que las obligaciones sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad (artículo 1656 N°1). Debe tratarse de obligaciones de género y de idéntico género.

c) Que ambas deudas sean líquidas (artículo 1656 N°2), esto es, ciertas en cuanto a su existencia y cuantía. Lo es la obligación liquidable (artículo 438 del Código de Procedimiento Civil).

d) Que ambas deudas sean actualmente exigibles (artículo 1656 N°3). Por eso, no son compensables las deudas sometidas a una condición o un plazo suspensivo (artículos 1470, 1496 inciso.1º, 1485 inciso. 1º). De ahí que las

"esperas" concedidas al deudor impiden la compensación; no así los "plazos de gracia" (unilaterales).

e) Que ambas deudas sean pagaderas en un mismo lugar, salvo que se trate de deudas de dinero y que el que opone la compensación tome en cuenta los gastos de la remesa (artículo 1664).

g) Que la compensación sea alegada (aunque opera de pleno derecho) a fin de que el Tribunal logre conocer que se han reunido las condiciones legales y por ende las deudas se han extinguido.

Con todo, hay casos en que no procede la compensación legal. Artículo 1662. Tratándose de la demanda de restitución de un depósito o de un comodato normalmente esta excepción no tendrá aplicación pues la restitución es en especie. La tendrá cuando la cosa se destruya y deba restituirse en dinero y en el caso del depósito irregular (artículo 2221).

En cuanto a los alimentos, estos son inembargables cuando son forzosos y futuros (artículos 1618 N°1 y 336), pues los alimentos voluntarios son siempre compensables, así como los forzosos devengados.

La compensación legal opera de pleno derecho, aun sin conocimiento de las partes, desde el momento en que se reúnen las condiciones legales. (artículo 1656). Aunque de todos modos debe ser alegada. El juez se limitará a contestar que la compensación ha operado. Constatada, opera desde que se produjo. En cuanto a la imputación de la compensación a las diferentes deudas, se aplican las reglas del pago (artículo 1663).

Ahora bien, la compensación legal puede ser renunciada y la renuncia puede ser anticipada o posterior y expresa o tácita. Es tácita la renuncia cuando se acepta pura y simplemente una cesión o cuando no se alega la compensación por quien tenía el derecho a operarla (artículos 1659 y 1660).

COMPENSACION VOLUNTARIA (también llamada convencional).

Es aquella que se verifica por voluntad de las partes cuando la ausencia de los requisitos legales impide la compensación legal. Requerirá la voluntad de ambas partes o de una de ellas, según que el requisito que impide la compensación este establecido en beneficio común o de una sola de las partes.

De ahí que se hable de compensación convencional pero también de compensación simplemente voluntaria.

COMPENSACION JUDICIAL. Tiene lugar cuando el demandado, acreedor del demandante de una obligación ilíquida, deduce reconvención para obtener su liquidación y compensación con el crédito del demandante. Produce sus efectos desde que queda ejecutoriado el fallo que la declara.

LA CONFUSION

Es un modo de extinguir las obligaciones por la reunión en una persona de las calidades de acreedor y deudor de la misma obligación. En el fondo emana de la imposibilidad de la ejecución. (Artículo 1665). Se aplica no sólo a los derechos personales sino también a los derechos reales (artículos 763 N°6; 806; 885 N°3; 2406). La confusión se puede producir por acto entre vivos o por causa de muerte. Ejemplos: Un deudor hereda a un acreedor o viceversa; un tercero hereda al deudor y al acreedor. Un acreedor lega su crédito al deudor.

Por acto entre vivos se producirá por la cesión del crédito hecha por el acreedor al deudor o la cesión al deudor del derecho de herencia en que se comprende el crédito.

La confusión puede ser total o parcial. Artículo 1667. La confusión produce los mismos efectos que el pago (artículo 1665), es decir, extingue la obligación con todos sus accesorios y obligaciones accesorias. Pero la confusión que extingue una obligación accesoria no extingue la principal.

En las obligaciones solidarias, puede ocurrir que la confusión se opere entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor en cuyo caso la deuda se extingue pero el deudor podrá reclamar de sus codeudores (artículo 1668 inciso 1º) o entre uno de los coacreedores y el deudor, en cuyo caso la deuda también se extingue pero el acreedor deberá reembolsar a sus coacreedores (artículo 1668 inciso 2º). Por otra parte, hay que recordar que el beneficio de inventario impide la confusión (artículos 1259 y 1669).

LA PERDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE

Este modo de extinguir obligaciones parte del supuesto de que a lo imposible nadie está obligado. Y por ende opera cuando total y fortuitamente la obligación se extingue por imposibilidad en su ejecución. Tratándose de obligaciones de dar, operará sólo respecto a las obligaciones de especie, o bien en las de género pero de un género limitado dentro del cual se han extinguido las cosas o al menos se ha hecho imposible de cumplir con una cosa de una calidad a lo menos mediana (artículo 1510).

La cosa perece o por su destrucción material (artículo 1486) o porque deja de ser comerciable o porque desaparece y se ignora si existe (artículo 1670).

Para que la pérdida de la cosa extinga la obligación, es necesario que sea total (artículo 1590) y fortuita (artículo 1547).

La pérdida es imputable al deudor cuando proviene de su hecho o culpa (artículo 1672) o de las personas por quienes fuere responsable (artículo 1679 en relación al artículo 2320). Si hay un hecho inculpable del deudor se deberá la indemnización compensatoria sin otra indemnización de perjuicios (artículo 1678).

Si la cosa perece por caso fortuito durante la mora del deudor, habría que preguntarse si el caso fortuito habría o no sobrevenido igualmente de no haber habido mora (artículos 1547 y 1672 incisos 2º). El deudor responde de caso fortuito cuando lo asume voluntariamente o cuando la ley lo grava con responsabilidad por caso fortuito (artículos 1673 y 1676).

La pérdida durante la mora del acreedor en recibir la prestación, exime al deudor del cuidado ordinario y lo hace sólo responsable de dolo o culpa grave (artículo 1680).

En caso de que el deudor pague el precio de acuerdo al artículo 1672 y después reaparezca la cosa, el acreedor la puede reclamar, restituyendo el precio recibido (artículo 1675).

Siempre toca al deudor acreditar que ha sido diligente, porque en lo contractual la culpa se presume (artículos 1547 y 1671), o al menos que no obstante intentar cumplir, ello fue imposible por caso fortuito o fuerza mayor (artículos 1647 y 1547 inciso 3º).

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.-

El Código Civil regula en un mismo título a la prescripción adquisitiva y a la prescripción extintiva. Respecto a los derechos reales, guardan ambas una relación estrecha pues las acciones reales se extinguen por la prescripción adquisitiva de los respectivos derechos reales. Tratándose de la prescripción extintiva, en cambio, esa relación no existe, dado que los derechos personales no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva.

La prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones judiciales por no haberlas ejercido durante un cierto espacio de tiempo concurriendo los demás requisitos legales. Se fundamenta en el interés del legislador en ordenar a no perpetuar situaciones jurídicas de hecho sino que consolidarlas jurídicamente.

Los elementos esenciales de la prescripción extintiva son el transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor (artículo 2514).

Requisitos de la prescripción extintiva:

a) Que la acción sea prescriptible. Es la regla general. Pero hay casos de acciones imprescriptibles (artículos 320, 937, 35 de la ley de matrimonio civil, 153, 1317,...)

b) Que la prescripción sea alegada (artículo 2493). Pues en lo civil rige el principio dispositivo, aunque hay excepciones (artículos 160 y 442 del Código de Procedimiento Civil). Pueden alegar la prescripción el deudor o los fiadores o codeudores solidarios (artículo 2496) y los terceros interesados, como el dueño de la finca hipotecada o de la cosa empeñada. No lo podría hacer, en cambio, el acreedor por su deudor. La prescripción puede hacerse valer como acción o como excepción (perentoria).

Como la prescripción implica una extinción gratuita de la obligación, el legislador da al deudor la opción de no aprovecharse de ella y renunciarla (artículo 2494)

expresa o tácitamente. Pero sólo después de cumplida y en la medida en que se tenga capacidad de enajenar (artículo 2495).

c) Que la prescripción no esté interrumpida. Se interrumpe cuando cesa la inactividad del acreedor (ejerce las acciones) o del deudor (hace inoficiosa la prescripción de la acción toda vez que reconoce la obligación). Artículo 2518.

La interrupción civil es obra del acreedor y se verifica por la notificación de la demanda en sentido estricto (excluyéndose las gestiones preparatorias), hecha en la forma legal aun cuando haya sido entablada ante un tribunal incompetente (C Suprema). No se entenderá haberse producido, sin embargo, en los casos establecidos en el artículo 2503. Produce efectos relativos, esto es, sólo beneficia al que ha ejercido la acción.

La interrupción natural tiene lugar por el hecho de reconocer el deudor la obligación, expresa o tácitamente (artículo 2518), mientras estaba transcurriendo el plazo de prescripción. También produce efectos relativos: sólo beneficia al acreedor cuyo crédito o cuota del crédito fue reconocida y perjudica sólo al deudor cuya deuda o parte de la deuda fue reconocida. (artículo 2519)

Pero la relatividad de los efectos de la interrupción de la prescripción tiene excepciones en las obligaciones solidarias y en las indivisibles (artículo 2519 y 1529).

El efecto de la interrupción es que se pierde todo el tiempo de prescripción transcurrido.

d) Que la prescripción no se encuentre suspendida. En efecto, la prescripción no podría afectar al acreedor que se encuentra en la imposibilidad de ejercer sus acciones. Mientras dure la incapacidad, se detiene el transcurso de la prescripción. Sólo beneficia a las personas mencionadas en los números 1 y 2 del artículo 2509, pero jamás podría exceder de 10 años (artículo 2520).

e) Que transcurra un espacio de tiempo. El plazo por regla general se cuenta desde que la obligación se hizo exigible (artículo 2514 inciso 2º), con excepciones (artículos 2468, 1880, 1216). Normalmente el plazo de prescripción

lo fija la ley, pero a veces la propia ley faculta para ampliarlo o restringirlo (artículos 1866, 1880, 1885).

Desde el punto de vista del transcurso del tiempo las acciones se pueden clasificar en dos clases:

1.-Acciones de largo tiempo. En este grupo deben considerarse as acciones personales ordinarias (5 años) y ejecutivas (3 años) (artículo 2515). Tambien las acciones derivadas de cauciones (artículo 2516, 2381 N°3 y 2434). Y las acciones reales, que más que prescribir por el transcurso del tiempo, prescribe por la prescripción adquisitiva del respectivo derecho real. Pues la regla general es que todo derecho real puede adquirirse por prescripción, y por las mismas reglas que el dominio salvo los casos exceptuados en que se adquiere por plazos especiales o simplemente no se puede adquirir por prescripción (artículos 2517, 2512 N°1, 1269, 2498, 812, 882)

2.-Acciones de corto tiempo.-Cabe distinguir:

-Las acciones presuntivas de pago (artículos 2521 y 2522) que corresponden al cobro de servicios que suelen pagarse rapidamente. No se suspenden pero en cambio sí se interrumpen (artículo 2523). Interrumpidas, a la prescripción de corto tiempo sucede la del artículo 2515. Es la "intervención" de la prescripción.

-Las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos (artículo 2524), como en los artículos 928, 1866, 1869, 1216, 1885, 2332. Son acciones de corto tiempo y no se suspenden, salvo excepciones (artículo 1691 y 1692 y 1216).