

## ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN OBLIGACIONES DE DAR: ¿REMEDIO CONTRACTUAL AUTÓNOMO? ANÁLISIS A LA LUZ DEL FALLO “ZORÍN CON SIDERÚRGICA”

CAMILO VERGARA SANTELICES\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE  
cvergara@derecho.uchile.cl

RESUMEN: Los remedios contractuales, vale decir, aquellas acciones o derechos que otorga el ordenamiento en caso de incumplimiento de un contrato, son una materia en que existe un fenómeno de *superposición* de situaciones y, además, un fenómeno de *petrificación normativa*. Dentro de ese estado de cosas se sitúa un verdadero dogma: en las obligaciones de dar, la indemnización debe solicitarse conjuntamente (en oposición a *autónomamente*) al cumplimiento forzado o a la resolución (cfr. art. 1489). Dicho esto, el fallo de la Corte Suprema (“CS”) en el caso *Zorín* altera esta situación, al acoger una acción de indemnización de perjuicios sin petición adicional alguna, acción que aquí denominamos *de indemnización autónoma*. El argumento central de la CS fue considerar la indemnización como una obligación del contrato y, por ende, en el caso estaríamos ante una acción de cumplimiento. Dogmáticamente, el principal problema radica en lo siguiente: ¿se condice esto con la distinción entre obligaciones de primer y de segundo grado? La interrogante parece no admitir una respuesta unívoca. Pese a dicha complejidad, parece ser deseable el resultado al que se arriba dentro de un derecho moderno de contratos.

Palabras clave: *remedios contractuales, acción de indemnización de perjuicios, daño indemnizable, obligaciones de primer y segundo grado.*

### DAMAGES COMPENSATION IN TO GIVE OBLIGATIONS: AUTONOMOUS CONTRACTUAL REMEDY? ANALYSIS ACCORDING TO THE SENTENCE “ZORÍN V. SIDERÚRGICA”

ABSTRACT: The contractual remedies, i.e., these actions or rights given by the law in a situation of a contractual breach, are a subject where exists a phenomenon of superposition of situations, and a phenomenon of normative petrification. In this state of affairs

---

\* Estudiante de quinto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante de la cátedra de Derecho Civil de los profesores Nicolás Rojas, Francisco González Hoch y Andrés Rioseco López, y de la cátedra de Lógica de las Normas.

there is a dogma: in obligations to give something, the compensation should be solicited jointly (in opposite to *autonomously*) to the specific performance or resolution (cfr. art. 1489). Said that, we will review the Zorín case by the Supreme Court where the rule is altered, because it confers a compensation by itself, without any other action, what we call *autonomously compensation*. The central argument of the Court was that the compensation is an obligation emanated from the contract and, thus, the action it's a specific performance. The central problem of this dogmatic reasoning is: Is it according to the distinction between obligations of first and second grade? The question appears to have not a single answer. Although this complexity, this result is the most desirable result, the same as that modern law of contract arrives.

Keywords: *contractual remedies, damages compensation, compensable damage, first and second grade obligations.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En términos simplificados, el derecho de las obligaciones —en un sentido amplio—, admite la distinción entre las obligaciones contractuales y las obligaciones que surgen por la responsabilidad extracontractual. En esta ocasión, el tema que nos convoca está directamente vinculado a la primera de estas áreas.

El propósito del trabajo es, luego de entender las nociones elementales del sistema de remedios contractuales en caso de incumplimiento, con énfasis en el propio de las obligaciones de dar, analizar lo que puede constituir un nuevo remedio contractual en nuestro ordenamiento: la CS recientemente acogió una demanda de indemnización de perjuicios en que no se solicitó conjuntamente ni resolución del contrato ni cumplimiento forzado de manera conjunta. Esta acción de ahora en más la denominaremos *acción de indemnización autónoma*.

Desde ya, ha de hacerse presente que, en materia de remedios se da un problema —compartido en nuestro país por múltiples áreas del derecho, pero que es particularmente relevante en el derecho civil—: la *petrificación normativa*<sup>1</sup>, con su consecuente problema de adaptación o desajuste a las nuevas realidades. Este diagnóstico ha sido planteado doctrinariamente. En efecto, señala Molinari de manera enfática que “una somera revisión del

<sup>1</sup> Paradojalmente, el propio Mensaje del Código que no se ha renovado, señala en su inicio: “Se puede decir que ésta es una necesidad [la de codificar] periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización (... etc.), provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios (...) En: Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil.

Código Civil basta para constatar que la regulación [de la responsabilidad], tanto contractual como extracontractual, ha permanecido impertérrita desde la dictación de ese cuerpo legal a mediados del siglo XIX. Lógicamente, poco o nada ha podido tener presente o prever la evolución que nuestra sociedad ha experimentado (...)<sup>2</sup>.

En razón de lo anterior, el derecho relativo a la responsabilidad en nuestro ordenamiento responde a la lógica de una economía agraria, imperante en su época, y no a los desafíos propios del tráfico jurídico-económico moderno, que exige respuestas eficaces y eficientes en el marco de una contratación dinámica y compleja<sup>3</sup>.

El análisis que se efectuará se encuadra en una discusión de relevancia no sólo académica: en la práctica, el asunto de los remedios contractuales es de suma importancia, al punto que responder a la pregunta “qué demandar” o, más técnicamente, qué remedio contractual escoger cuando estamos ante un acreedor insatisfecho, resulta ser un ejercicio sumamente complejo e, incluso, de inciertas consecuencias.

En definitiva, se buscará ordenar el panorama actual para, una vez contextualizado, analizar críticamente la ya referida acción autónoma acogida por la Corte.

## 2. REMEDIOS CONTRACTUALES

Los remedios, en términos generales, pueden entenderse como “los derechos o acciones de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento para la realización de su interés”<sup>4</sup>. Serán contractuales, en tanto, cuando el incumplimiento sea, precisamente, de una obligación cuya fuente es el contrato (cfr. arts. 1437, 1545 CC). Dicho de otro modo, los remedios contractuales son las armas o herramientas que el derecho le franquea al acreedor insatisfecho en el marco de una relación contractual.

<sup>2</sup> MOLINARI VALDÉS, Aldo. *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*. Santiago: Lexis-Nexis, 2004. p. 79.

<sup>3</sup> Cfr. BARROS B., Enrique. Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: La virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato. En: ELORRIAGA, Fabián (editor). *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Abeledo Perrot, 2012, pp. 326-340. En este trabajo el autor muestra cómo ha cambiado la economía y el eje de ésta, pasando de una economía agraria a una de servicios. Esto ha de impactar en la forma de entender el derecho civil, postulando el referido autor que, en materia contractual, ha de integrarse según un principio diferente al clásico. En efecto, ya no sólo la compraventa es el *supletorio* (no sólo en lo jurídico, sino que en lo económico), debiendo adoptarse las normas más cercanas al caso concreto, siendo sumamente relevante en esta nueva estructuración del modelo las normas del contrato de mandato.

<sup>4</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro. “El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 3, 2006, pp. 439-477. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

En nuestro país, la forma clásica de estudiar los remedios contractuales se efectúa echando mano a una clasificación básica del derecho de obligaciones. A saber, se emplea la distinción de éstas según su objeto, pudiendo ser las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Así, encontramos los siguientes remedios:

- *Obligaciones de hacer*. Según el claro tenor literal del art. 1553, además de la indemnización moratoria, se puede solicitar (i) que se apremie al deudor; (ii) que se autorice a realizar la obligación a expensas del deudor; y (iii) que se indemnicen los perjuicios compensatorios.

- *Obligaciones de no hacer*. Hay que distinguir en orden a si puede o no deshacerse lo hecho. Así, (i) si puede deshacerse lo hecho y es necesario para el objeto del contrato, podrá (a) obligarse al deudor a deshacerlo o (b) deshacerlo a expensas del deudor; y, (ii) si no se dan los supuestos anteriores, se tiene acción de indemnización de perjuicios.

- *Obligaciones de dar*. Cuando se trata, en tanto, de obligaciones de dar, hay que analizar, en una mirada integradora, una serie de disposiciones que dan cuenta de la mayor complejidad existente en este tópico. De esta forma, encontramos:

### 2.1. Condición resolutoria tácita y sus efectos (art. 1489)

Señala la norma (los énfasis son propios):

“Art. 1489. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la *resolución* del contrato o el *cumplimiento* del contrato, con *indemnización de perjuicios*”.

Como se ve, este artículo –recogido de manera análoga en materia de compraventa<sup>5</sup>–, aparte de establecer la condición resolutoria tácita, establece un derecho alternativo que surge una vez verificado el evento del incumplimiento, pudiendo optarse entre la resolución y el cumplimiento forzado, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

La interpretación tradicional de esta norma, acorde a su tenor literal, ha llevado a entender que la acción de indemnización de perjuicios *debe solicitarse junto con la resolución o el cumplimiento forzado*<sup>6</sup>. Para hacer gráfica la fuerza de esta noción, diremos que constituye

<sup>5</sup> Señala el artículo 1826 inciso segundo: “Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales”.

<sup>6</sup> Se ha señalado que “[a] la acción de indemnización de perjuicios *no se le asigna una autonomía total* respecto de la acción de resolución o de cumplimiento forzado de la obligación”. Ver: PIZARRO WILSON, Carlos.

un verdadero *dogma* en nuestro sistema de remedios contractuales. En este sentido, el profesor Barros señala (el énfasis es propio): “Si el acreedor quiere demandar perjuicios, el acreedor contractual *debe* atacar primeramente el vínculo obligatorio, para lo cual el Derecho Civil le otorga la acción resolutoria (art. 1489)”<sup>7</sup>.

Por cierto, dentro aún del art. 1489, se ha indicado que sería más acorde con nuestro sistema voluntarista basado en el *pacta sunt servanda* dar prioridad al cumplimiento forzado por sobre la resolución y, dentro del cumplimiento mismo, al cumplimiento en naturaleza por sobre el cumplimiento por equivalencia. Si bien no es el foco de atención de este documento, sí cabe explicitar que un valor implícito del fallo que se analizará es también admitir que no existe una prioridad *per se* del cumplimiento específico respecto de los demás remedios, reconociendo así la visión de que “la compensación *perfecta* es una suma de dinero que sustituye al daño y hace que la víctima sea indiferente acerca de su presentación”<sup>8</sup>.

## 2.2. *Vicios redhibitorios*

En virtud de los deberes de información emanados de la buena fe en el íter contractual, se establece en la regulación de la compraventa —la cual se ha entendido, por analogía, de aplicación general en las obligaciones de dar— que, en caso de existir al tiempo de la venta vicios tales que la cosa no sirva a su uso natural o sólo lo haga imperfectamente al punto de presumir que no se hubiera contratado, y no habiendo sido manifestados por el vendedor (art. 1858), se otorga una *acción de rescisión* y una *acción de rebaja de precio o quanti minoris* (art. 1857).

El problema de estas acciones emanadas de los vicios son los breves plazos de prescripción: seis meses en caso de bienes muebles y un año en caso de inmuebles (art. 1866), por lo cual, en muchos casos, ya será inviable su interposición al momento de decidir demandar.

Además, si hubo negligencia inexcusable del vendedor (sabía o debía saber de la existencia de los vicios; art. 1861), será obligado al pago de la *indemnización de perjuicios*.

---

La responsabilidad contractual en derecho chileno. <En línea>. [Citado 25 septiembre 2013]. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos\\_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf)>.

<sup>7</sup> BARROS B., Enrique. La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable”. En: CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coord.). *Estudios de Derecho Civil II. IV Jornadas de Derecho Civil*. Santiago: Lexis-Nexis, 2006, pp. 721-752. p. 751

<sup>8</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 362.

### 2.3. Otras herramientas jurídicas

Puede incluirse en este abanico también la *excepción de contrato no cumplido* del art. 1552. Además, y si bien no emanan directamente del incumplimiento contractual y no son, por ende, remedios contractuales propiamente tales, juegan en el entramado complejo de acciones posibles de interponer ante hipótesis de frustración del contrato la *acción de nulidad* —principalmente— *por error* (que, en caso de ser esencial, para algunos incluso podría acarrear inexistencia) e, incluso, la de *responsabilidad extracontractual* (art. 2314 y ss.), que opera como regla de clausura en materia de responsabilidad.

Aún más, han surgido una alta gama de acciones establecidas en leyes especiales, siendo de particular relevancia práctica las consagradas en la Ley de Protección al Consumidor<sup>9</sup>.

Y no sólo eso. En casos complejos, puede incluso operar dentro de este cúmulo (en un sentido amplísimo) la posibilidad de interposición de reclamaciones de índole administrativa, denuncias penales e, incluso, acciones constitucionales.

### 3. EL CASO “ZORÍN” Y LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN AUTÓNOMA

Lo ya planteado es lo que podemos denominar *estado del arte* en materia de remedios contractuales. No obstante, más allá de las críticas estructurales planteadas por algunos autores, el sistema de remedios está en un momento particularmente crítico, debido a que, al parecer, será la jurisprudencia la que haga un ajuste que el legislador no ha llevado a cabo. Ya se señalaba en la dictación del Código Civil Francés la relevancia de esta fuente del derecho (Portalís): “La misión de la ley es fijar a grandes rasgos las máximas generales del Derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no descender al detalle de las cuestiones que pueden surgir en cada materia. Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación”<sup>10</sup>.

En efecto, más allá del conocido efecto relativo de las sentencias en nuestro ordenamiento (art. 3 inciso 2°), la sentencia de la Excma. Corte Suprema recaída en los autos

<sup>9</sup> La ley 19.496 estableció un sistema de acciones particular, en los que es competente el Juez de Policía Local, y que puede tener diferentes pretensiones, siendo las más gravitantes la infraccional y la *indemnizatoria*. Esta acción de indemnización expresamente reconocida es de un valor dogmático relevante, ya que evita en el importante ámbito práctico de la Ley de Protección al Consumidor (aquellas convenciones celebradas entre un proveedor profesional y un consumidor final e, incluso, se aplica también a las PYMES según la remisión efectuada en la ley que fija el denominado Estatuto PYME).

<sup>10</sup> PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*. Valparaíso: Edeval, 1978. p. 36.

“Zorín con Huachipato”, dictada con fecha 31.10.2012<sup>11</sup>, ha sido una novedad que no ha sido indiferente a los círculos académicos y que, sin dudas, impactará en la manera de entender el sistema de remedios contractuales en nuestro país. Habiéndose frustrado un sumamente excepcional llamado a conciliación posterior a los alegatos ante la Corte, y luego de acogerse un recurso de casación por ultrapetita, en la sentencia de reemplazo por primera vez se acogió una acción indemnizatoria en sede ordinaria, sin más.

### 3.1. *Los hechos y la demanda*

Son relevantes a nuestro análisis los siguientes supuestos fácticos: (i) se celebró contrato de compraventa mediante el cual Huachipato se obligó a entregar en diversas tandas una cantidad determinada de rodillos, con composición química basada en Níquel a la empresa Zorín; y, (ii) la primera partida de rodillos no tenía la composición química pactada.

La demandante interpuso de manera directa una *demanda de indemnización de perjuicios*. Ello, sin pedir resolución (1489 CC) ni incoando las acciones de la compraventa (1857 CC), ni tampoco solicitando declaración de nulidad o inexistencia (consid. 2°). Esa es única y exclusivamente su pretensión. En términos procesales, en torno a ello –y sólo a ello– fue trabada la *litis*, siendo ése el único ámbito de competencia material brindado a la justicia para pronunciarse.

La indemnización solicitada abarca las diversas partidas reconocidas en los arts. 1556 y 1558 CC: *daño emergente*, por el precio pagado y la maniobra de “corte” de los rodillos, necesaria para su venta; *lucro cesante*, por la utilidad que generaría el negocio de los rodillos y, finalmente, *daño moral* en relación a la imagen de la empresa.

### 3.2. *El fallo*

La Corte Suprema, rompiendo la lógica imperante en la materia de forma tradicional, sostenida e histórica existente en materia de remedios – que ya se expuso –, consideró, en base a los artículos 1828 CC (que establece la obligación principal del vendedor: *entregar la cosa sobre la que reza el contrato*), 1568 y 1569 CC (relativos al pago, que *es la prestación de lo que se debe* y ha de efectuarse *al tenor de la obligación y sin poder obligar al acreedor a recibir una cosa distinta de la pactada*) que sí procedía la indemnización, pese a no solicitarse en conjunto con otro remedio contractual.

<sup>11</sup> La sentencia fue dictada por la Primera Sala de la Corte Suprema (Civil), integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Juan Araya E., Juan Fuentes B., Carlos Cerda F. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona G. Este último, fue redactor del fallo. Cabe destacar que el Sr. Baraona es profesor de Derecho Civil y cuenta con una reconocida trayectoria académica. El caso corresponde al ingreso C. Suprema. 23 octubre 2012. Rol n° 3325-12.

Para arribar a dicha conclusión, la argumentación puede resumirse en los siguientes tópicos: (3.2.1) determinación del incumplimiento de la obligación de entregar; (3.2.2) construcción de una “obligación de indemnizar”; y, (3.3.3) determinar el daño indemnizable. Respecto a cada una de estas interrogantes, se dará a conocer el criterio adoptado por la Corte en el caso, junto con un comentario breve respecto a su importancia.

*3.2.1. El incumplimiento de la obligación de entrega no sólo se configura cuando no se entrega la cosa, sino también cuando no se reúnen las calidades pactadas.*

En este punto, se reconoce correctamente por la Corte la distinción entre *incumplimiento total*, *cumplimiento imperfecto* y *cumplimiento tardío*, que fluye del art. 1556 CC. En efecto, no sólo ha de considerarse como incumplimiento los casos evidentes en que simplemente no se entrega la cosa, sino que también esta noción ha de ampliarse a aquellos casos en que no se entrega el *bien*, entendido en un sentido económico, como una cosa destinada a la satisfacción de una necesidad económica; lo que en términos jurídicos implica que se pudo entregar una cosa que no correspondía exactamente a la contratada. Considero relevante este criterio economicista como una guía relevante en relación al incumplimiento y los remedios contractuales, por ejemplo, en la discusión relativa a cuáles incumplimientos permiten acudir al art. 1489 CC<sup>12</sup>.

El *cumplimiento imperfecto*, entonces, constituye una hipótesis de incumplimiento y correctamente así lo señala la Corte. No obstante, ello no basta de modo alguno en el estado actual de cosas de nuestro ordenamiento como para sostener la alegación indemnizatoria de manera independiente. Así, la Corte ha de razonar por qué adopta un nuevo camino en esta materia.

*3.2.2. La demanda de daños y perjuicios debe considerarse dentro del contenido de obligaciones del contrato, pudiendo exigirse su pago.*

Al no estar expresamente reconocida como remedio autónomo, lo que hace la Corte es buscar una vía de encuadrar en las normas vigentes en el CC la pretensión de la parte demandante. Así, lo que hace es incorporar una nueva obligación a la compraventa: la

<sup>12</sup> A este respecto, cabe estimar como criterio orientador el económico en otra discusión relevante vinculada a los remedios contractuales: a si la condición resolutoria tácita procede o no ante cualquier incumplimiento.

El estado actual de cosas permite aseverar que para la procedencia de la condición cuando el incumplimiento es “relevante”. Pero ello es un concepto jurídico indeterminado y, por ello, ha de dotarse de contenido por los operadores jurídicos. Si bien se usa de manera intuitiva este parámetro, propongo considerar al criterio económico como orientador en la materia (ello no obsta el uso de otros criterios, por cierto).

*obligación de indemnizar daños y perjuicios*, no siendo la acción interpuesta otra cosa que la búsqueda de su efectivo cumplimiento.

La obligación referida se construye por la CS a partir del artículo 1591 inciso 2° que señala que “*el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban*”, norma a partir de la cual se ha señalado que el pago debe ser completo.

Esta argumentación, en definitiva, “*re-caracteriza*” la demanda, y en lugar de ser una demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento, se trataría de una *demanda de cumplimiento forzado de la obligación de indemnizar daños y perjuicios*<sup>13</sup>.

El argumento así explicado puede parecer contra-intuitivo o forzoso. En efecto, bastaría señalar para rebatir a los jueces simplemente que, en derecho, ‘las cosas son lo que son’, y la demanda de la compradora es clara: es una acción de perjuicios en sede civil; sin darle en momento alguno este carácter de obligación del contrato supuestamente impetrada. Pero, más allá de ello, cabe analizar el peso de los argumentos de texto brindados y si éstos se condicen o no con los postulados jurídicos existentes en el derecho de obligaciones actual, siendo central el análisis relativo a las obligaciones de primer y segundo grado.

### 3.2.3. *Obligaciones de primer y segundo grado: ¿es consistente lo argumentado por la Corte con esta clasificación?*

Existe una distinción fuera del abanico clásico de clasificaciones de las obligaciones<sup>14</sup>, que las separa en obligaciones de primer y de segundo grado. En efecto, se señala que “la responsabilidad contractual da lugar a una obligación de segundo grado, que tiene por antecedente una obligación de primer grado que nace del contrato (...) [y que] tiene por objeto obtener la indemnización de los daños derivados del incumplimiento”<sup>15</sup>.

De esta forma, y de acuerdo a lo citado, la obligación de primer grado (que nace directamente del contrato) será la de dar, hacer o no hacer que, incumplida, dará lugar a la

<sup>13</sup> Así, puede leerse del fallo: “DÉCIMO: Que, en todo caso, una demanda de daños y perjuicios en los términos que se han descrito, debe ser considerada como parte de lo que el vendedor debe en ‘cumplimiento del contrato’, de acuerdo con los términos del artículo 1489 del Código Civil. En efecto, conforme con el artículo 1591, ‘el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban’. Dado que en este juicio se pretenden indemnizaciones derivadas de un incumplimiento contractual, asociadas a una entrega imperfecta de la cosa vendida, debe entenderse que el deudor está ejerciendo una *acción de cumplimiento contractual*, para ser debidamente pagado por el deudor, aunque la acción esté reducida a las indemnizaciones que el actor estima que la sociedad demandada le adeuda por incumplimiento del contrato”. C. Suprema. 23 octubre 2012. Rol n° 3325-12.

<sup>14</sup> No es baladí ocupar la expresión obligaciones, unánimemente utilizada en la doctrina civil, ya que en su virtud existe coacción a disposición del acreedor insatisfecho.

<sup>15</sup> BARROS B., Enrique, *op. cit* (n. 7), p. 727.

de segundo grado (que nace, entonces, de dicho incumplimiento), correspondiente a la obligación indemnizatoria.

Lo que hace la CS al otorgar la indemnización de perjuicios acudiendo al artículo 1591 relativo al pago, entendido como la “prestación de lo que se debe” (art. 1568), es considerarla (la indemnización) como una obligación emanada del contrato, lo cual puede verse de dos prismas:

- Con una connotación *positiva*, podemos estimar que se *eleva* a la categoría de obligación de primer grado la de indemnización, con lo cual es perfectamente posible entender que se puede perseguir su cumplimiento forzado en naturaleza. En definitiva, en tanto obligación (aunque sea de segundo grado), la indemnización puede ser exigida, y reconducida, por tanto, a la categoría de primer grado. La distinción doctrinaria entre primer y segundo grado sería, entonces, poco útil y artificiosa.

- Con una connotación *negativa* –a la que adscribo– puede señalarse que lo que hace la Corte es *confundir* las obligaciones de primer y segundo grado, haciendo procedente una indemnización cuya naturaleza es propiamente de segundo grado sin sujetarla a sus requisitos, siendo que ellas son acciones “cuyo éxito depende de requisitos legales diferentes y más estrictos”<sup>16</sup>.

Así, considero que del fallo Zorín cabe analizar dos aspectos, cada uno con respuestas diversas: (i) determinar si se argumenta de manera correcta por qué la obligación de segundo grado de indemnizar *pasa a ser* una de primero; (ii) determinar si la conclusión a la que se arriba es deseable.

En relación al primer punto, como ya se ha dicho, la Corte sostiene su punto de vista sosteniendo una interpretación armónica a la luz de los artículos 1828, 1568, 1569 y 1591.

No existiría, según este fallo, incompatibilidad entre que se pida indemnización de manera autónoma, pero se considere *también* como una acción de cumplimiento de dicha obligación, en la medida que existen argumentos suficientes para entender que es una pretensión que se puede elevar a las obligaciones de primer grado.

Debe dejarse en claro que resulta a todas luces forzado sostener que son estos artículos los que sostienen el otorgamiento de la indemnización. Este extraño tránsito a la indemnización como obligación de primer grado pudo, en realidad, hacerse manteniendo su carácter de obligación de segundo grado cuyo antecedente es el incumplimiento de las “verdaderas” obligaciones de primer grado del contrato, respecto a las cuales sí es posible pedir directamente su cumplimiento.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 728.

El punto es: ¿cómo podemos decir que la acción fue en este caso de cumplimiento de la obligación de indemnizar si ésta ni siquiera se encontraba determinada ni definida en su extensión al momento de la demanda?

Considero que la CS debió explicitar que el fallo se estaba dictando *extra legem* y, por ende, debió hacer referencias a la equidad y los diversos principios del Derecho Civil (primordialmente la Buena Fe contractual). Debió explicitar, entonces, que lo que se estaba concediendo era propiamente una acción para perseguir la responsabilidad —obligación de segundo grado—, cuyo antecedente era el incumplimiento de las obligaciones —de primer grado— del contrato. Alargar la cadena al punto de señalar que se estaba ante una *acción de cumplimiento de la obligación de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento* resulta, por tanto, indeseable.

A modo de ejemplo, pudo usarse un camino menos intrincado y más directo, como se adoptó en materia de teoría de la imprevisión por la Corte de Apelaciones de Santiago en uno de los escasos fallos que, a la fecha, la han acogido. En este sentido, sostiene comentando dicho fallo el profesor Alcalde:

“Aun cuando el fallo comentado no lo menciona de un modo explícito, nos parece evidente que este discurre sobre la base de que ante la ausencia de un precepto legal expreso que consagre, entre nosotros, la teoría de la imprevisión, corresponde suplir tal ‘vacío’ mediante *la aplicación directa de los principios generales del derecho y las normas que gobiernan la exégesis contractual*”<sup>17</sup> (énfasis propio).

De modo enunciativo, encontramos dentro de esos principios orientadores para poder otorgar indemnización de modo autónomo los de conservación del contrato, buena fe, reparación integral e interdicción del enriquecimiento injusto. Es en virtud de esos principios que puede ser aplicable de manera directa el artículo 1556 y otorgar finalmente las indemnizaciones correspondientes.

Para entender por qué no se argumentó de ese modo, ha de tenerse presente que, a fin de cuentas, esta discusión no sólo es jurídica. Como se sostiene desde la argumentación, muchas veces los jueces deben tomar decisiones de índole político o de equidad, es por ello que lo que hacen es buscar normas que sustenten el resultado deseado de forma *ex post*, ya habiendo resuelto el conflicto. Esto es lo que parece suceder en este caso: se decidió

<sup>17</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. “Comentario de jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Santiago y Teoría de la Imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria. Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. Corte de Apelaciones de Santiago 14 de noviembre de 2006”, *en*: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n° 2, 2007, pp. 361-372. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

que lo justo era la indemnización autónoma, pero el proceso de construcción de premisas es el que resulta ser discutible debido a lo ya expuesto.

Otra vía para encuadrar la pretensión indemnizatoria pudo haber sido la siguiente: considerar que el incumplimiento constituyó un ilícito civil y, en tanto tal, ser sustento de una acción de responsabilidad extracontractual. No obstante, no todo incumplimiento ha de considerarse como ilícito civil. Entender ello lleva a un entrecruzamiento o superposición de estas acciones, siendo que en realidad los casos de responsabilidad derivada de vínculos contractuales que estriban en responsabilidad aquiliana han de ser, por razones sistémicas, marginales. Además, si se diera razón a sostener que el incumplimiento es un ilícito civil, corresponderá indemnizar “todo daño” (art. 2329) y con ello se podría llegar a situaciones extremas, cuestión no deseable. Sin señalarlo expresamente, esta es la visión que primó en el tribunal de primera instancia, en que se otorgó la demanda en todas sus partes y con costas por considerar que se había infringido deberes emanados de la buena fe contractual (sentencia rol C-20400-2008; 5° Juzgado Civil, dictada el 30.09.2009<sup>18</sup>).

#### 3.2.4. *Efectos a nivel contractual: subsistencia del contrato.*

Si bien ello es lógico, no es baladí dejarlo claramente establecido. Ello, debido a que, al subsistir el contrato, no proceden las consecuencias propias de los remedios contractuales

<sup>18</sup> Reproducimos aquí los principales considerandos de este fallo:

“DECIMO: Que claramente estamos frente a dos empresas que se vincularon a través de negociaciones y celebraron un contrato de compraventa respecto de los rodillos en cuestión, y que aparece, claramente, a luz de los hechos, que una de ellas no se comportó de manera *correcta y leal* en las tratativas preliminares, es decir, no observó una conducta acorde con la buena fe que debe presidir todo contrato (...).

UNDECIMO: Que la sociedad demandante Zorín S.A., actuando bajo el principio de la buena fe de los contratantes y en especial atendido el prestigio que ostenta una empresa con las características de la sociedad Siderúrgica Huachipato S.A., no podía sino dar por cierta la información entregada por esta empresa a través de la planilla en donde constaban las características de los rodillos, y radicando su interés precisamente en estos rodillos, por los niveles específicos de Níquel que este instrumento ofertaba, fue este hecho esencial el que motivó a Zorín a cerrar el negocio consistente en el contrato de compraventa, siendo la causa y el objeto de ella, los altos niveles de níquel que contenía los rodillos, por lo que queda de manifiesto que la composición química de los rodillos era el elemento esencial que le imponía el contrato al vendedor.

Que este tipo de responsabilidad surge en todos aquellos casos en que dos o más partes están *negociando en la celebración de un contrato* y una de ellas no observa una conducta acorde con la buena fe (sic), por consiguiente, si su actuación es dolosa y genera daño, tendrá el deber de indemnizar (...).

DECIMOTERCERO: Que el actuar de la sociedad demandada es doloso y transgrede el principio de la buena fe que se exige a los contratantes, debe, en consecuencia, esta parte indemnizar los perjuicios directos e indirectos, previstos y no previstos, que ocasionó como vendedor al comprador de buena fe, la demandante”.

usuales, particularmente en lo referido a las pretensiones restitutorias. El contrato *no se resuelve*, sino que subsiste en la parcialidad que fue cumplida.

La relevancia que tiene la adopción de esta decisión de acoger la indemnización de manera autónoma es, así, consistente con uno de los principios en que se sustenta el derecho de contratos: el *principio de conservación*, en cuya virtud —y siendo los contratos económicamente mecanismos eficientes para generación de riqueza— ha de mantenerse en tanto sea viable la vigencia de los contratos. Así, se aprecia que las partes continúan siendo parte de la relación contractual y deberán cumplir lo restante del contrato al no haber sido éste resuelto por parte de la Corte, la cual se limitó a dejar indemne al actor respecto de los daños sufridos del modo que veremos.

Al seguir vigente el contrato, se rechaza el *daño emergente* en los términos que se alegó: no se puede exigir el valor de los bienes y las labores en ellos practicadas si ellos permanecerán en poder del comprador. Sostener lo contrario implicaría amparar una hipótesis de enriquecimiento sin causa, cuestión rechazada desde el *prisma ius civilista*. Además, en nuestro ordenamiento se rechaza de manera tajante la figura de los daños punitivos.

Respecto a los demás ítems, su rechazo o no depende de los criterios generales. En particular, el tema central sobre el cual gira el análisis del tribunal es respecto a si los daños *han sido o no debidamente acreditados*, cuestión eminentemente procesal.

En relación al *daño moral*, éste no se acoge. Esto haciendo eco de la exigencia calificada que se hace a éste cuando se trata de personas jurídicas. Como ello no se probó de dicha forma, se rechaza este ítem.

En relación al *lucro cesante*, en tanto, éste se acoge parcialmente, sólo respecto de aquel negocio cuya no realización se pudo probar que no se efectuó debido al incumplimiento del vendedor.

#### 4. PALABRAS FINALES

El valor del fallo analizado es que, a la luz de la doctrina sostenida por la CS, se aprecia cómo —tímidamente— se incorpora un nuevo remedio contractual en caso de incumplimiento al sistema de protección del acreedor insatisfecho, consistente en la indemnización de perjuicios autónoma.

La jurisprudencia parece ser la que va a tomar camino propio a fin de adaptar el sistema de remedios a la realidad moderna, ya que, como resulta evidente, esta ha sido una cuestión que no ha sido tomada en cuenta por el legislador.

Como ha fluido a lo largo de este texto, pese a las diferencias de técnica jurídica y que dicen relación primordialmente con la distinción entre obligación de primer y de segundo grado, cabe rescatar que el fallo es relevante y que se condice con el espíritu general de las instituciones del derecho privado, al darse vigor a principios como el de conservación de los contratos o de la reparación integral.

Una relevancia práctica de la eventual consolidación de esta acción se encontraría en que podría darse solución a casos que, actualmente, simplemente quedan *fuera* del sistema de remedios, con lo cual se admite que un daño con un responsable no se indemnice. Esos casos serían aquellos en que, si bien hay incumplimiento, este no cumple con el estándar de *significatividad* que la doctrina y jurisprudencia le han exigido para dar lugar a la resolución contractual y en que, además, ya no cabe (por ejemplo, por extemporáneo) el cumplimiento forzado. Así, en estos casos en que se eligió un camino de exigir este estándar para evitar casos con grandes injusticias a cambio de dejar casos menos injustos sin solución, estaría surgiendo aquí un mecanismo para poder acceder a una reparación.

Ahora bien, hay un problema que persiste: existe —y se incrementa con este potencial nuevo remedio— el “caos de los denominados *remedios* frente al incumplimiento”<sup>19</sup>. En efecto, el entramado es complejo y genera incertidumbre para el acreedor insatisfecho. Así, compartimos la aseveración de que “[a]ún está pendiente la tarea de asumir la tendencia del Derecho Comparado contemporáneo a efectuar una revisión sistemática de las acciones y remedios que cautelan la posición jurídica del acreedor, buscando un adecuado equilibrio que evite situaciones de abuso respecto del deudor”<sup>20</sup>.

Como comentario final en relación al tema en comento, considero que buena parte de las discusiones existentes en la materia se pueden superar adoptando un criterio de suma simpleza: dejando que sea el acreedor quien elija cuál es el remedio que prefiere, en tanto titular del derecho personal y sujeto que ha sufrido el agravio. El abuso del derecho no debiera ser un temor, ya que ello forma parte de las defensas que puede adoptar del deudor y que, por cierto, puede también evitarse de la mano de tribunales proactivos que adoptan nuevas tendencias en aras de cumplir con su deber de dar justicia al caso concreto.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. “Comentario de jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Santiago y Teoría de la Imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra

<sup>19</sup> PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía. En: PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de perjuicios*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 299-312. p. 300

<sup>20</sup> BARROS B., Enrique, *op. cit.*, (n. 7), p. 752.

justicia ordinaria. Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. Corte de Apelaciones de Santiago 14 de noviembre de 2006”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n° 2, 2007, pp. 361-372. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

BARROS B., Enrique. Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: La virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato. En: ELORRIAGA, Fabián (editor). *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Abeledo Perrot, 2012, pp. 326-340.

BARROS B., Enrique. La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable”. En: CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coord.). *Estudios de Derecho Civil II. IV Jornadas de Derecho Civil*. Santiago: LexisNexis, 2006, pp. 721-752.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

MOLINARI VALDÉS, Aldo. *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*. Santiago: LexisNexis, 2004.

PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad contractual en derecho chileno. <En línea>. [Citado 25 septiembre 2013]. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos\\_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf)>.

PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía. En: PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de perjuicios*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 299-312.

PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*. Valparaíso: Edeval, 1978.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. “El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 3, 2006, pp. 439-477. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

#### *Jurisprudencia:*

C. Suprema. 23 octubre 2012. Rol n° 3325-12

