

SEPARATA REVISTA N° 16



ACTUALIDAD  
**JURIDICA**

SEMINARIO INTERNACIONAL

**Reformas en el  
Derecho Civil Francés  
y Perspectivas para  
el Derecho Chileno**

MANIFESTACIÓN DEL  
CAPÍTULO CHILENO DE

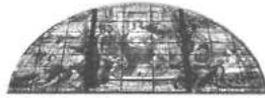
*Association  
Henri Capitant*



Universidad del  
**Desarrollo**

FACULTADES DE DERECHO

SEPARATA REVISTA Nº 16



ACTUALIDAD  
**JURIDICA**

SEMINARIO INTERNACIONAL

# **Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno**

DICIEMBRE 2006

Manifestación del  
Capítulo Chileno de  
*Association*  
*Henri Capitant*



 Universidad del  
**Desarrollo**  
FACULTADES DE DERECHO

SEMINARIO INTERNACIONAL  
**Reformas en el Derecho Civil Francés  
y Perspectivas para el Derecho Chileno**

© Universidad del Desarrollo, 2007

Esta publicación es una separata de la  
Revista *Actualidad Jurídica* N° 16,  
Julio de 2007

Editor:

Hugo Fábrega Vega

Esta primera edición, de 500 ejemplares,  
se terminó de imprimir en Ograma S.A.,  
en el mes de junio de 2007.

Ediciones Universidad del Desarrollo  
Avda. La Plaza 700  
Las Condes, Santiago de Chile

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan  
necesariamente la opinión de la institución que edita este libro.

Impreso en Chile / Printed in Chile

# Índice de contenidos

• Presentación. <b>R. Domínguez A.</b> .....	7
• Discurso inaugural. <b>G. Rioseco M.</b> .....	13
• <i>El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano.</i> <b>F. Mantilla E.</b> .....	17
• <i>La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla.</i> <b>J. L. Díez S.</b> .....	35
• <i>La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile.</i> <b>B. Caprile B.</b> .....	53
• <i>Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica.</i> <b>F. Ternera B.</b> .....	65
• <i>La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino.</i> <b>S. Picasso.</b> .....	73
• <i>Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia.</i> <b>D. Mazeaud.</b> .....	89
• <i>La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones, y el Código Civil chileno.</i> <b>D. Peñailillo A.</b> .....	113

## **Presentación**

### **Ramón Domínguez Águila**

Profesor de Derecho Civil, UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO y UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN  
Presidente del Grupo Chileno de ASSOCIATION HENRI CAPITANT

---

La "Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française" fue fundada en París en 1935 por el gran jurista Henri Capitant. El nombre del ilustre civilista fue agregado a su muerte, tres años después de la fundación. Su finalidad es establecer relaciones personales regulares entre los juristas, cualquiera sea su nacionalidad, que están convencidos del alto valor de la cultura jurídica francesa, por medio de trabajos y congresos frecuentes en diversos países del mundo, la publicación de las actas de los trabajos entregados en ellos, la elaboración de trabajos diversos de derecho comparado y la defensa del sistema de derecho civilista. Sus miembros son juristas de a lo menos cincuenta y tres países. Anualmente se llevan a cabo unas jornadas, de las que ya se han realizado cincuenta y seis en diversos países y con temas que abarcan los más variados aspectos del derecho privado. Para cada una se publica luego un tomo bajo el título de Travaux del Association Henri Capitant, siendo el último el tomo cincuenta y tres de las jornadas vietnamitas de 2003 sobre "La Propiedad".

Pero además la Association ha publicado el ya clásico "Vocabulaire Juridique", bajo la dirección del Decano Gérard Cornu, con nueve ediciones de las Presses Universitaires de France, del que existe un compendio traducido al castellano. Por otra parte, bajo su amparo se organizan jornadas nacionales en Francia, que dan lugar a otros tantos volúmenes de trabajos sobre cuestiones tan variadas como las profesiones liberales (1997), la renovación de las fuentes de las obligaciones (1997), la motivación (1998), la relatividad del contrato (1999), la indivisión (2005), entre otras.

Más recientemente, la Association ha querido salir en defensa del sistema jurídico de derecho civil, puesto en cuestionamiento por algunos informes del Banco Mundial bajo el título *Doing Business*, en una publicación en dos volúmenes que incluyen, el primero, una respuesta elaborada por los más distinguidos juristas franceses a esos informes, y el segundo, por juristas de cincuenta y tres países en el mismo sentido. El primer tomo de esa publicación fue traducido al castellano por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México el año 2006.

Con la finalidad de ampliar el horizonte de la colaboración entre juristas de una misma cultura y sistema, la Association ha emprendido además la realización de jornadas nacionales e internacionales en otros países, fuera de su congreso anual, y así se han realizado tales jornadas en Siria, Quebec, Italia, Suiza, Alemania, entre varios otros.

Es dentro de ese propósito de ampliar el alcance de sus labores que la Association llevó a cabo en Chile, en diciembre de 2006, las primeras jornadas franco-latinoamericanas de derecho, con la participación de juristas franceses, argentinos, colombianos, peruanos y, desde luego, chilenos, y que tuvieron lugar en Santiago, Valparaíso y Concepción. A la reunión en Concepción asistieron y participaron el Presidente de la Association, el profesor de la Universidad de Paris II Michel Grimaldi, el Secretario, profesor de la misma Universidad Denis Mazeaud y el profesor y abogado en el Consejo de Estado y la Corte de Casación Alain Bénabent.

La Jornada de Concepción tuvo como tema central las Reformas al Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Civil Chileno y parte de los trabajos de ellas se publican a continuación y se realizaron en la sede local y con el patrocinio de la Universidad del Desarrollo.

En tiempos muy recientes, el Código Civil francés ha sido objeto de considerables reformas. Sin perjuicio de las que ya se habían promulgado en el derecho de familia, que culminaron con la ley 2004-439 de 26 de mayo de 2004 y que entró en vigor el 1 de enero de 2005, sobre el divorcio, sobre la cual ya habíamos tenido oportunidad de escuchar al profesor Michel Grimaldi en 2005, luego de una visita a la Universidad del Desarrollo, sede Concepción, la Ordenanza

2006-346, de 23 de marzo de 2006, agrega al Código Civil francés un Libro Cuarto, para regular Las Garantías, tanto personales como reales, y que fue el resultado del trabajo de una comisión en la que tuvo eminente participación directiva el mismo profesor Grimaldi. La ley 2006-728, de 23 de junio de 2006, modifica íntegramente el derecho de sucesiones y de liberalidades, cuyo origen está en la llamada Comisión Carbonnier-Catala, que logró redactar un proyecto de ley en 1995 y que luego retomó la Cancillería sobre la base de amplias consultas y colaboraciones doctrinarias. Pero las reformas no se detienen allí. Un anteproyecto muy completo ha sido ya publicado para la reforma del derecho de las obligaciones, del contrato y la prescripción, denominado proyecto Catala, por el nombre del ilustre profesor emérito de la Universidad de Paris II, Pierre Catala, que presidió la comisión redactora y con la participación, entre otros, de los profesores Gérard Cornu, Philippe Delebecque, Denis Mazeaud, Yves Lequette, Jean Hauser, Jérôme Huet, Rémy Cabrillac, Jacques Ghestin, Laurent Leveneur, Alain Ghozi, Geneviève Viney, entre otros. La Association Henri Capitant solicitó a la Universidad Externado de Colombia la traducción del anteproyecto, con las exposiciones de motivos que le acompañan y ésta editó en castellano el año recién pasado, bajo la dirección del señor Rector don Fernando Hinestrosa, dicha traducción en un volumen que honra a esa prestigiosa universidad colombiana. La Association ha emprendido además el estudio de una futura reforma del derecho de bienes.

Conocer parte de esas reformas y compararlas con las necesidades de nuestro derecho era entonces un tema de primera actualidad y de enorme importancia, a la hora en que también entre nosotros se hacen necesarias profundas revisiones del Código de Bello, luego de ciento cincuenta años de vigencia y en especial en cuanto respecta al derecho de las obligaciones y los contratos, que es, con mucho, la parte que ha sido menos alterada por reformas con respecto a la redacción de 1855.

Por variadas razones no se publican a continuación todas las intervenciones que pudieron oírse en las jornadas penquistas. Debido a sus múltiples ocupaciones, no fue posible que el profesor Grimaldi hiciera llegar la versión final de su trabajo sobre la reforma del derecho de sucesiones, además que le detiene la nueva redacción que debe dar a su obra sobre sucesiones y liberalidades, que es ya un estudio clásico en Francia. Pero sí se publica el trabajo del profesor

Denis Mazeaud sobre los aspectos generales de la reforma al derecho de las obligaciones y el comentario que a su propósito hizo el profesor de la Universidad de Concepción don Daniel Peñailillo, así como el del profesor Sebastián Picasso, quien lo hace desde la perspectiva del derecho argentino, que también conoce recientes y avanzados proyectos de reforma. Sobre el nuevo derecho de cauciones o garantías francés y sus perspectivas para nuestro derecho, escribe el profesor de la Universidad del Desarrollo don Bruno Caprile, desde luego el más capacitado para abordar esa cuestión, desde que el tema de las cauciones fue su principal preocupación durante sus estudios de magister en la Universidad de Paris II.

Pero también es importante anotar la posibilidad de diálogo académico entre profesores colombianos y chilenos que pudo darse en las jornadas que se comentan. Resulta inexplicable que teniendo Colombia y Chile una base jurídica común, como es el Código de Bello, que con algunas modificaciones es el Código Civil colombiano sancionado primero en 1873 y ordenado regir para todo el país por ley de 1887, no exista un permanente y mutuo conocimiento de lo que con esa base común se hace en cada país. En Colombia se conoce mejor nuestra doctrina civil que lo que nosotros sabemos de la doctrina colombiana y muchos estudiantes colombianos han oído desde el inicio de sus estudios el nombre de nuestros más eminentes civilistas y es entonces nuestro el error de no seguir de cerca lo que se hace en Colombia. Es en base al mismo tenor de nuestro artículo 2329, artículo 2356 colombiano, que allí se ha hecho evolucionar, desde hace largos años, el sistema de responsabilidad en base a culpa hacia uno con carácter objetivo, y es esa evolución la que permitió al Decano Alessandri la elaboración de su conocida tesis sobre la presunción de responsabilidad por el hecho propio. Pues bien, sobre esa cuestión trata el profesor Mantilla y un comentario novedoso y evocador a su exposición está a cargo del profesor de la Universidad de Concepción don José Luis Diez Schwerter. El profesor Francisco Ternera agrega su trabajo sobre la concurrencia de regímenes en la responsabilidad médica desde el punto de vista del derecho colombiano, en términos muy semejantes a los que se plantea la cuestión entre nosotros.

Esperamos que la colaboración con los profesores franceses integrantes de la Association Capitant se transforme en actividad común para la Universidad del Desarrollo, así como que podamos seguir recibiendo la visita de nuestros cole-

gas latinoamericanos. Desde ya, algunos han concurrido a elevar la jerarquía de nuestro magíster y son mucho más que visitantes.

En mi calidad de presidente del grupo chileno de la Association Henri Capitant estoy seguro de transmitir el sentimiento del profesor Michel Grimaldi, como presidente de la institución, de agradecimiento a la Universidad del Desarrollo por las Jornadas de 2006, así como por la publicación de los trabajos de esas jornadas que se suman a los que la Association puede contar entre sus labores de defensa del sistema jurídico de derecho civil.

## Discurso de inauguración

---

### **Gonzalo Rioseco Martínez**

Decano Facultad de Derecho, UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

---

Es para el suscrito motivo de gran satisfacción y de justificado orgullo dar la bienvenida a nuestros distinguidos invitados al Seminario de Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno.

La Facultad de Derecho que presido tiene el agrado de acoger en su sede a los destacados juristas extranjeros que nos honran con su presencia entre nosotros. Siento el deber de agradecer muy especialmente al apreciado doctor Michel Grimaldi, quien visita nuestra Casa de Estudios por segunda vez, su disposición para acompañarnos en este seminario y en su persona concretar mi reconocimiento a todos los demás académicos que nos acompañan.

Sabido es que los estudios de derecho civil constituyen la base más esencial en torno a la cual se educan los nuevos abogados. Es el derecho civil, con su evidente contenido formativo, el que permite de manera más plena el desarrollo de las capacidades de argumentación e interpretación jurídicas que son tan caras a un verdadero profesional del derecho.

Es por tal razón que nuestra Facultad, desde su creación, hace ya más de 16 años, se ha distinguido siempre por poner un énfasis especial en los estudios civilistas y privatistas en general. Así, en la reforma curricular de 1994, estructuró un plan de estudios civilistas que partiendo de los imprescindibles estudios romanistas en el primer año, culminaban en el quinto año del currículo con un curso de derecho civil profundizado. Asimismo, la nueva malla curricular de 2005 pone especial acento en las asignaturas del ramo y en consideración a la importancia que asignamos a su desarrollo se ha ampliado el estudio del curso de obligaciones a un año entero, cuestión que se reitera en el curso de derecho contractual, que igualmente se ha visto ampliado a un año académico completo.

No puedo omitir un punto de legítimo orgullo para nuestra Facultad al respecto, y es nuestra preocupación por los estudios de postgrado. La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo fue la primera en todo el sur de Chile en llevar adelante, a instancias del profesor de nuestra Casa, don Bruno Caprile Biermann, un programa sistemático de estudios de postgrado, y hoy mantiene con satisfacción y regularidad el más antiguo y tradicional de los programas de Magíster en Derecho de toda la zona sur del país. Se trata de un programa con varios cientos de egresados, que incorpora en su núcleo temático central y obligatorio los estudios profundizados de derecho civil y comercial, a cargo de los más destacados académicos y especialistas de las respectivas disciplinas.

Por su parte, la Asociación Henri Capitant, creada en 1977 y nominada en honor del insigne jurista francés, ha desarrollado sus actividades en el entorno del continente europeo con fructíferos resultados. Y desde hace varios años ha realizado el esfuerzo por extender sus trabajos en nuestro hemisferio, realizando numerosas jornadas de trabajo del más alto nivel científico y académico.

Como bien indica el artículo primero de los estatutos de la Asociación, ella procura establecer relaciones personales regulares entre juristas vinculados a la cultura jurídica francesa y más en general con la cultura jurídica romanista y junto con ello persigue la organización de congresos periódicos, de carácter nacional e internacional, dedicados al estudio de temas de derecho que se vinculen con dichas culturas jurídicas.

En este marco se inscriben las Jornadas Franco-latinoamericanas, de las cuales el presente seminario constituye su sesión final, habiendo comenzado en Santiago y Valparaíso desde el día lunes de la presente semana y hasta hoy.

Además hemos de recordar la existencia de asociaciones regionales en los países de Hispanoamérica, una de las más activas, por cierto, es la Asociación chilena de la cual forman parte varios de los distinguidos profesores que nos acompañan en el día de hoy.

Debido a ello resulta particularmente significativa la visita del presidente y del secretario general de la Asociación francesa, profesores doctores Michel Grimaldi

y Denis Mazeaud, quienes compartirán sus reflexiones sobre las más recientes transformaciones legislativas producidas en el derecho civil francés.

Durante su estancia en nuestro país han abordado la responsabilidad civil médica, los aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil, los pactos de unión civil, y hoy les corresponderá tratar las reformas al derecho civil francés. Las conferencias dictadas por los académicos extranjeros serán comentadas luego por especialistas de nuestro país vinculando la experiencia francesa al desarrollo del derecho civil chileno.

Estoy seguro de que del diálogo de los juristas de ambos lados del Atlántico surgirán iluminadoras conclusiones. Nuestros invitados nos darán oportunidad de apreciar los adelantos legislativos y jurisprudenciales de un derecho con tantos lazos con el chileno, como el francés, y podrán apreciar las observaciones y críticas de alto nivel que suscitan en los juristas de nuestro país.

Al respecto conviene destacar que el derecho civil francés ha experimentado notables transformaciones y adelantos en los últimos tiempos, como en materia de derecho sucesoral en el presente año, materia sobre la cual escucharemos la conferencia de los profesores doctores Michel Grimaldi y Ramón Domínguez. Asimismo en materia de garantías, área en que por ley de 23 de marzo de 2006 se introdujo un nuevo libro sobre régimen general de garantías en el tradicional código napoleónico y que se constituye por tanto en la más reciente de todas estas modificaciones, tendremos la oportunidad de escuchar los comentarios del académico titular de nuestra Facultad, profesor Bruno Caprile Biermann.

Asimismo en estos momentos se tramita en los órganos legislativos franceses un interesantísimo proyecto de reforma al derecho de los contratos, cuya aprobación se espera para el futuro inmediato y del cual nos ilustrará el profesor doctor Denis Mazeaud, con los comentarios del profesor doctor Daniel Peñailillo y del profesor Sebastián Picasso, de la Universidad de Buenos Aires.

Hemos de agregar que las transformaciones del derecho civil francés no solo abarcan el ámbito legislativo, sino también el jurisprudencial, por lo que podremos apreciar cuán señera ha sido la labor de los juristas galos en las conferencias que el profesor Fabricio Mantilla, de la Universidad Del Rosario de Colombia, dictará

sobre el régimen de la culpa en la responsabilidad civil, con el comentario del profesor José Luis Díez y la conferencia sobre el daño en la responsabilidad civil, del profesor doctor Alain Bénabent, con el comentario del profesor Francisco Ternera, de la Universidad Del Rosario de Colombia.

Especial mención debo realizar sobre la participación en este Seminario de dos académicos de la Universidad del Rosario, profesores Mantilla y Ternera. Entre los diversos convenios internacionales de cooperación académica firmados por nuestra Facultad y destacadas Universidades extranjeras, se encuentra el que vincula a la Universidad del Desarrollo con la Universidad del Rosario en Colombia. Ha sido un fecundo programa de colaboración, fruto del cual se han producido intercambios de alumnos y visitas de profesores, siendo la del estimado profesor Fabricio Mantilla su segunda vez entre nosotros, más la edición conjunta de las Actas del Congreso Internacional sobre terminación del contrato, realizado en 2005 en la ciudad de Bogotá por parte de las Universidades del Rosario y de nuestra Casa de Estudios junto a la Universidad Diego Portales en Chile.

Todas estas son muestras de la abundante fructificación académica que generan encuentros como el que hoy nos convoca y que confiamos se mantenga en el tiempo, debido a que de ella solo obtenemos beneficios que redundan en la calidad de la labor docente de nuestras respectivas Casas de Estudios, aparte del siempre motivador y enriquecedor contacto humano que nos permite salvar las distancias y los océanos en pro de nuestra común vocación y tradición jurídica.

Sean pues, todos ustedes, bienvenidos a nuestra Facultad, a la que llegan no como invitados, sino como queridos amigos. Les acogemos con alegría y nos honramos de la confianza que la Asociación Henri Capitant ha puesto en nosotros para la organización de este encuentro. Bien dice el himno de nuestra querida Casa de Estudios: "el saber encamina los valores y la acción", así pues, que los frutos de este seminario sean múltiples y generosos y sean semilla de muchos más en el futuro.

## ***El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano\****

**Fabricio Mantilla Espinosa**

Profesor principal, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

El tema que me pidieron tratar en esta ocasión es el principio general de responsabilidad por culpa en el derecho privado colombiano. Mi país, en aquella época los Estados Unidos de Colombia, adoptó en 1873 el Código de don Andrés Bello, sin introducir modificaciones sustanciales. Chilenos y colombianos tenemos, entonces, unos textos legales idénticos en lo que respecta a las normas llamadas de indemnización de perjuicios.<sup>1</sup>

Como es bien sabido, el famoso "principio general de responsabilidad por culpa" no fue consagrado ni por el derecho romano, ni por el rey Alfonso X, el Sabio, en sus Siete Partidas. Aquél es una abstracción moderna inspirada, principalmente, en las teorías de Domat (siglo XVIII) estructuradas a partir de los textos de Hugo Grocio (siglo XVII) y los trabajos realizados por la escuela de Salamanca sobre la Lex Aquilia del derecho romano. Los juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, en términos generales, acogieron estas teorías que vieron, finalmente, su consagración legal en el Código de Napoleón de 1804 (arts. 1382 y 1383 C.C. fr.) y luego fueron incluidas en el Código de Bello (arts. 2341 C.C. col. y 2314 C.C. ch.).<sup>2</sup>

\* Este ensayo está basado en las ponencias sobre el tema que, como conferencista invitado, presenté en las Jornadas franco-latinoamericanas organizadas por la Association Henri Capitant, la Fundación Fernando Fueyo Laneri y las universidades Diego Portales (Santiago), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Chile y del Desarrollo (Concepción), en diciembre de 2006.

Agradezco muy especialmente a mis colegas y amigos Carlos Pizarro Wilson (Universidad Diego Portales), Álvaro Vidal Olivares (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Mauricio Tapia Rodríguez (Universidad de Chile), Bruno Caprile Biermann (Universidad del Desarrollo), Sebastián Picasso (Universidad de Buenos Aires) y Erwin Santamaría Ariza (Universidad del Rosario) por sus invaluable sugerencias y críticas que hicieron posible la elaboración de este artículo.

Todas las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

<sup>1</sup> Véase: Mantilla Espinosa, Fabricio. "La influencia del *Code civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano". In Pizarro Wilson, Carlos, y Tapia Rodríguez, Mauricio. *De la codificación a la descodificación*. Cuadernos de análisis jurídicos II. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005, pp. 81 a 92.

<sup>2</sup> Consúltese al respecto: Villey, Michel. *Le droit romain*. Coll. Que sais-je? Ed. PUF, Paris, 1993, pp. 95 a 99; Gazzaniga, Jean-Louis. *Introduction historique au droit des obligations*. Ed. PUF, Paris, 1992, pp. 211 a 252; Lévy, Jean-Philippe, et Castaldo, André. *Histoire du droit civil*. Ed. Dalloz, Paris, 2002, pp. 879 a 918; Don Alfonso el Sabio. *Las siete partidas*. Tomo Cuarto. Sexta y Setena Partida. Ed. Lecointe et Lasserre, Paris, 1843, pp. 581 a 604; Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen II, Parte primera. Ed. Temis, Bogotá, 1954, pp. 56 a 59.

Este régimen general de reparación de daños causados por actuaciones culposas, por una parte, contempla la reparación de la totalidad de los daños causados,<sup>3</sup> sin establecer listas limitativas de intereses protegidos –como lo dispone el principio de la *relatividad aquiliana*, de los sistemas de origen germánico–<sup>4</sup> y, por otra parte, obliga a la reparación a la persona que causó el daño por su actuación culposa *en general*, es decir, sin exigir ninguna clase de culpa en particular. Adicionalmente, es importante precisar que esta norma tiene una *función residual*, es decir, que si la situación fáctica cumple con las condiciones de su supuesto de hecho, se aplicará a aquellas hipótesis que no se encuentren dentro del campo de aplicación de normas indemnizatorias especiales. Esto en cuanto a las normas denominadas “responsabilidad extracontractual”.

Respecto de lo que actualmente designamos mediante la expresión “responsabilidad contractual”, es menester precisar que el Código de Bello, al igual que el Código Civil francés, no consagra en forma expresa un verdadero sistema de responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que se limita a establecer, en su Libro Cuarto (De las obligaciones en general y de los contratos), Título XII (Del efecto de las obligaciones), unas disposiciones que regulan la indemnización del daño emergente y el lucro cesante derivados del incumplimiento de obligaciones convencionales. Ahora bien, esto no significa, de ninguna manera, que la responsabilidad contractual no exista, como han pretendido algunos,<sup>5</sup> sino sólo que su estructuración se debe al trabajo emprendido por la jurisprudencia y la doctrina a partir del siglo XIX.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> La obligación de reparar integralmente el daño no es una característica exclusiva de la responsabilidad por el hecho culposo, sino que, por el contrario, parece constituir una regla general aplicable a todos los regímenes de indemnización de perjuicios del derecho civil colombiano. Además, esta reparación integral no parece verse afectada por la existencia de un sistema de seguridad social. Consúltese al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 22/10/1998. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2494, pp. 831 a 840.

<sup>4</sup> Al respecto, consúltese: Limpens, Jean. “La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé”. In *Mélanges Savatier*. Ed. Dalloz, Paris, 1965, pp. 559 a 581; Berg, Oliver. “L’influence du droit allemand sur la responsabilité civile française”. *RTD civ.* Paris, 2006, 1, pp. 53 a 62; y Viney, Geneviève. “Pour ou contre un ‘principe général’ de responsabilité civile pour faute?”. In *Études offertes à Pierre Catala*. Ed. Litec, Paris, 2001, pp. 554 a 568.

“No resulta menos cierto que, en el derecho alemán, el hecho generador de la responsabilidad varía de acuerdo con la naturaleza del daño causado, algunas veces basta con probar una negligencia, otras veces se exige una culpa más grave”. Berg, Oliver. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>5</sup> Véase: Rémy, Philippe. “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”. *RTD civ.*, Paris, 1997, 2, pp. 323 a 355; y Savaux, Éric. “La fin de la responsabilité contractuelle?”. *RTD civ.*, Paris, 1999, 1, pp. 1 a 26.

<sup>6</sup> Consúltese al respecto: Larroumet, Christian. “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”. In Pizarro Wilson, Carlos. *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídicos. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 17 a 32; y

Como la responsabilidad contractual ha sido reglamentada partiendo de los supuestos establecidos por las normas de la responsabilidad extracontractual, se suele afirmar que aquélla también consagra la culpa como principio general.<sup>7</sup>

Ahora bien, sobre el particular es importante hacer dos precisiones preliminares: en primer lugar, la responsabilidad contractual por culpa, a diferencia de la extracontractual, no es por culpa en general, ya que, por un lado, el Código de Bello acogió la teoría tripartita de la culpa –desechada por los redactores del Código de Napoleón–, lo cual implica que el deudor incumplido no indemniza los daños causados por su inejecución culposa en general, sino que, atendiendo al beneficio que le reporta el contrato, algunas veces responderá hasta por culpa levisima, otras hasta por culpa leve y otras sólo por dolo o culpa grave (arts. 63 C.C. col. y 44 C.C. ch.).<sup>8</sup> Por otro lado, en materia contractual, a diferencia de lo que sucede en materia extracontractual, no siempre se utiliza el mismo sujeto hipotético de comparación para establecer la culpa. Así, pues, en algunos casos se hace referencia al famoso *buen padre de familia*, pero en otros se utiliza el *profesional avisado*.<sup>9</sup> La doctrina suele designar esto mediante la expresión “responsabilidad profesional”.<sup>10</sup>

En segundo lugar, mientras que la responsabilidad contractual implica el incumplimiento de una obligación, la extracontractual no.<sup>11</sup> El famoso “deber general de no

Viney, Geneviève. “La responsabilité contractuelle en question”. In *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XIXème siècle*. Ed. LGDJ, Paris, 2001, pp. 921 a 947.

<sup>7</sup> Véase una crítica radical al respecto en: Tallon, Denis. “Pourquoi parler de faute contractuelle?” In *Droit, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*. Ed. PUF, Paris, 1994, pp. 429 a 439; y Tallon, Denis. “L’inexécution du contrat: pour une autre présentation”. *RTD civ.*, Paris, 1994, 2, pp. 223 a 238.

Sobre la importancia de la culpa en las situaciones calificadas como cuasicontractuales, véase: Lecene-Marénaud, Marianne. “Le rôle de la faute dans les quasi-contrats”. *RTD civ.*, Paris, 1994, 3, pp. 515 a 541.

<sup>8</sup> Sin embargo, en materia extracontractual, existen casos excepcionales en los que el legislador exige una clase particular de culpa para condenar a la indemnización de perjuicios; véanse, por ejemplo, los artículos 298, 955, 2306 y 2319 del Código Civil colombiano.

<sup>9</sup> Consúltese al respecto: Pérez Vives, Álvaro. Op. cit., pp. 13 a 51; y Cortés, Edgar. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 116 a 125.

<sup>10</sup> Sobre la responsabilidad profesional, consúltese: De Trazegnies Granda, Fernando. “La responsabilidad profesional no existe”. In *De los Mozos y De los Mozos*, José Luis, y Soto Coaguila, Carlos Alberto. *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Tomo 5, Ed. Grijley, Lima, 2006, pp. 357 a 393.

<sup>11</sup> Para profundizar al respecto, consúltese: Limpens, Jean. “La faute et l’acte illicite en droit comparé”. In *Mélanges Dabin*. Tome II. Ed. Bruylant / Sirey, Bruxelles / Paris, 1963, pp. 723 a 741; Marty, Gabriel. “L’expérience française en matière de responsabilité civile et les enseignements du droit comparé”. In *Mélanges Maury*. Tome II, Paris, 1960, pp. 177 a 181; Mary, Gabriel. “Illicéité et responsabilité”. In *Mélanges Julliot de la Morandière*, pp. 339 a 350; Capitant, Henri. “Sur l’abus des droits”. *RTD civ.* Paris, 1928, pp. 371 a 374; Berg, Oliver. Op. cit., pp. 56 y 57; y Gaudemet, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Ed. Sirey, Paris, 1965, pp. 391 y 392.

causar daños" no es más que un objetivo que persigue el legislador a través de la consagración de *normas de responsabilidad* –aquellas que crean la obligación de reparar un daño– y de *normas prohibitivas* –aquellas que crean la obligación de no tener cierto comportamiento riesgoso, como mantener un edificio en ruinas o realizar conductas de desviación de clientela–.<sup>12</sup> Para que exista una obligación, en sentido estricto, se necesita que las partes estén determinadas, es decir, que haya un deudor en cuyo patrimonio se encuentre un elemento pasivo, y un acreedor que tenga el derecho correlativo en su patrimonio. Mientras que el supuesto deber jurídico general pesaría sobre todas las personas, sin que pudiéramos afirmar la existencia de un verdadero derecho correlativo en cabeza del resto de miembros de la comunidad, antes de la ocurrencia del daño.<sup>13</sup>

Sostener que Fulano tiene el *deber* de no hacer algo implica que Zutano tiene el derecho correlativo para exigirle el comportamiento debido, es decir, impedirle que actúe, si aún no ha empezado a actuar, y obligarlo a que cese de actuar, si ya había comenzado su acción. Mientras que este supuesto *deber general* no tiene ningún *derecho general* correlativo que permita exigir al deudor cierto comportamiento antes de que se cause el perjuicio.<sup>14</sup>

A pesar de estas diferencias, la palabra "culpa" es, generalmente, utilizada tanto en materia extracontractual como contractual para expresar un juicio de valor respecto de una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad.<sup>15</sup> Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por estos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva.<sup>16</sup> Calificar un acto como culposo constituye

<sup>12</sup> Sobre la idea de justicia como objetivo perseguido por el legislador, consúltese: Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 345 a 353.

<sup>13</sup> "El deber general e indeterminado, sancionado por el art. 1382 [2341 C.C. col.] no constituye una obligación en el sentido propio y estricto del término; ya que al cobijar indistintamente a todas las personas, éste no grava, en particular, el patrimonio de ninguna de ellas". Baudry-Lacantinerie, G. *Précis de droit civil*. Tome I. Ed. Sirey, Paris, 1922, p. 59.

<sup>14</sup> Sobre los correlativos *obligación y derecho*, consúltese: Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1997.

Véase también: Von Wright, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Ed. UNAM, México, 1998, p. 39.

<sup>15</sup> "Culpa" y "delito" no son expresiones descriptivas que se limitan a enunciar meras situaciones de hecho y a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos. Véase al respecto: Nakhnikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Trad. Eugenio Bulygin y Genaro Carrió. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1998, pp. 48 y 49.

<sup>16</sup> Los *juicios de valor* sirven para guiar las acciones de los hombres, es decir, proporcionan una razón para hacer algo. Véase al respecto: Hare, Richard Mervyn. *El lenguaje de la moral*. Trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi. Ed. UNAM, México, 1975.

un reproche, una censura que se hace a un comportamiento determinado, de acuerdo con las costumbres, la *forma de vida* de una sociedad específica. Así, la culpa sólo existe en el caso concreto, y no como un concepto abstracto y absoluto, una especie de "estado puro de la culpa" que pueda servir para explicar todas las conductas culposas y que exista de forma independiente de las distintas situaciones fácticas.<sup>17</sup>

En este ensayo, me limitaré a comentar brevemente cómo, en el derecho colombiano, este supuesto *principio general de responsabilidad* por culpa ya no es tan general, puesto que su aplicación se ha venido restringiendo a causa de la proliferación de regímenes objetivos de indemnización de perjuicios (I), para luego analizar cómo la jurisprudencia y la doctrina de mi país han terminado por establecer un verdadero *mito jurídico* con el objeto de mantener la palabra "culpa" en su discurso (II).

## I

Normalmente, se entiende que los regímenes subjetivos<sup>18</sup> de responsabilidad son aquellos cuyas normas exigen que el sujeto normativo haya actuado con culpa, a fin de obligarlo a reparar el daño; mientras que las normas de los regímenes objetivos<sup>19</sup> no establecen ningún juicio de valor como condición de sus supuestos de hecho.

<sup>17</sup> "La idea de que un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares está conectada con otras ideas primitivas y demasiado simples de la estructura del lenguaje. Es comparable con la idea de que las *propiedades* son *ingredientes* de las cosas que tienen las propiedades; por ejemplo, que la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas, como el alcohol lo es de la cerveza y el vino, y que, por tanto, podríamos conseguir la pura belleza, no adulterada por ninguna cosa bella". Wittgenstein, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Trad. Francisco Gracia Guillén. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 45.

<sup>18</sup> "A menudo hablamos de juicios que nos resultan 'subjetivos' cuando queremos decir que su verdad o falsedad no es una simple cuestión de hecho, sino que depende de ciertas actitudes, sentimientos y puntos de vista de los proferidores o de los oyentes del juicio en cuestión. Ejemplo de tal tipo de juicios podría ser: 'Rembrandt es mejor artista que Rubens'. En este sentido de 'subjetivo', contrastamos esos juicios subjetivos con juicios objetivos tales como: 'Rembrandt vivió en Ámsterdam en el transcurso del año 1632'". Searle, John. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antoni Doménech. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1997, p. 27.

<sup>19</sup> "[...] [U]na proposición se considera objetiva si se puede saber si es cierta o falsa con independencia de los sentimientos, actitudes y prejuicios de las personas". Searle, John. *Mente, lenguaje y sociedad*. Trad. Jesús Alborés. Ed. Alianza / Ensayo, Madrid, 2001, p. 49.

Si bien es cierto que los regímenes objetivos de responsabilidad no son un fenómeno novedoso en nuestro sistema jurídico, es innegable que se ha presentado un gran incremento de ellos tanto en materia extracontractual (A), como contractual (B).

**A.** En materia extracontractual encontramos algunos artículos del Código Civil colombiano que establecen la obligación de indemnizar perjuicios en cabeza del sujeto normativo sin que haya lugar a hacer un juicio de valor –un reproche circunstanciado y relativo respecto de una persona determinada–, sino que, por el contrario, la conducta se califica de forma general y abstracta; por ejemplo, el dueño de un edificio en ruinas (art. 2350 C.C. col.),<sup>20</sup> aquél que tiene un animal fiero del que no se reporta utilidad (art. 2354 C.C. col.)<sup>21</sup> y las personas que habitan el edificio del cual cae una cosa (art. 2355 C.C. col.).<sup>22</sup>

Sin embargo, quiero centrarme en el régimen de responsabilidad por daños causados en desarrollo de actividades peligrosas, creado por la jurisprudencia

<sup>20</sup> Consúltense al respecto: Véase: C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1978. M.P. Ricardo Uribe Holguín, G. J., número 2399, pp. 54 y 55; C.S.J. Cas. Civ. 4/12/1963. M.P. Enrique López de la Pava, G. J., números 2268-2269, p. 279; y C.S.J. Neg. Gen. 9/10/1963. M.P. Efrén Osejo Peña, G. J., números 2268-2269, p. 708.

<sup>21</sup> Véase: C.S.J. Sala Plena, 6/04/1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2436 pp. 143 a 147. Adicionalmente, el artículo 108 F de la ley 746 de 2002 estableció expresamente que el propietario de un *perro potencialmente peligroso* asume la posición de "garante" de los daños que éste pueda ocasionar. La Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-692 de 2003, confirmó la constitucionalidad de esta disposición y, además, precisó que la posición de garante no se limita al propietario, sino que debe extenderse a cualquiera persona que tenga una especie de guarda del animal.

<sup>22</sup> Así, pues, a pesar de que el código exija que el edificio se encuentre en ruinas porque ha habido descuido en su mantenimiento, en la práctica, nunca se realiza el juicio de valor para establecer la culpa. Por ejemplo, Fulano adquiere el inmueble en ruinas mediante donación y ese mismo día éste causa un daño a un transeúnte; nadie osaría reprocharle negligencia a Fulano y, sin embargo, le es aplicable la norma del artículo 2350 del Código Civil colombiano (art. 2323 C.C. ch.). Éste es uno de los raros casos en los cuales una expresión normalmente valorativa, "faltar al cuidado de un buen padre de familia", ha perdido esta característica para devenir meramente descriptiva. Esto mismo puede sostenerse de las hipótesis de los artículos 2354 y 2355 (arts. 2327 y 2328 C.C. ch.).

Para emitir un juicio de valor –calificar una conducta como culposa– se utilizan unas pautas –normalmente, un hombre prudente y diligente no tiene animales fieros en su casa, ni mantiene su inmueble en ruinas, ni deja macetas de flores en el borde del balcón de su casa– que si son utilizadas de manera coherente y constante, para emitir el juicio, pueden llegar a adquirir cierta fuerza descriptiva, lo cual no significa que, en principio, la palabra valorativa "culpa" se haya vuelto meramente descriptiva, como sucedió en la hipótesis del artículo 2350 del Código Civil colombiano.

"Conocer el significado descriptivo es conocer qué pautas está usando quien emite el juicio. Tomemos un caso en el que la pauta es bien conocida. Si un sacerdote dice de una muchacha que es buena, nos podemos formar una idea acerca de cómo es ella: pensaremos, por ejemplo, que concurre a la iglesia. Por eso es fácil caer en el error de suponer que, al decir que es una muchacha buena, el sacerdote quiere simplemente decir que ella tiene estas características descriptivas. [...] También se propone (*means*) encomiarla por tenerlas; y esta parte de lo que él quiere decir (*his meaning*) es la primaria". Hare, Richard Mervyn. Op. cit., p. 142.

colombiana a mediados de los años treinta,<sup>23</sup> mediante una interpretación finalista del texto del artículo 2356 de nuestro Código Civil (art. 2329 C.C. ch.).<sup>24</sup> La Corte Suprema de Justicia de Colombia, basándose en las teorías del Decano Alessandri Rodríguez, interpretó una norma que establece la obligación de indemnizar los perjuicios que cause una persona en desarrollo de ciertas actividades consideradas "peligrosas",<sup>25</sup> sin que la víctima deba probar la culpa y sin que el agente pueda exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de culpa.<sup>26</sup>

Estas actividades no son agrupadas en una lista taxativa, sino que constituyen una verdadera *noción de contenido variable* que la jurisprudencia ha ido adaptando de acuerdo con las necesidades de la sociedad colombiana.<sup>27</sup>

Veamos un fallo de nuestro tribunal supremo que resume bastante bien la cuestión:

"Tomando como punto de partida los ejemplos que trae el art. 2356, los cuales se explican para la época de expedición del código, la jurisprudencia de la Corte y la doctrina particular, analógicamente y en consideración a casos concretos, han venido calificando como actividades peligrosas, las labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energías. En este orden, han señalado como actividades peligrosas, entre otras, la conducción de vehículos automotores terrestres,

<sup>23</sup> C.S.J. Cas. Civil. 14/03/38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G. J., t. XLVI, N° 1936, pp. 211 a 217 y C.S.J. Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, N° 1936, pp. 560 a 565.

<sup>24</sup> Para un análisis completo al respecto, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio, y Ternera Barrios, Francisco. "La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano". In Pizarro Wilson, Carlos. *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídicos I. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 235 a 247.

<sup>25</sup> Parte de la doctrina chilena contemporánea parece inclinarse hacia una solución similar a la del derecho colombiano, sosteniendo que el artículo 2329 del Código Civil (art. 2356 C.C. col.) consagra una presunción de culpa por la peligrosidad desproporcionada de la acción. Véase: Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 151 a 154.

<sup>26</sup> "[...][N]o puede liberarse del todo sino en tanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña que podrá consistir en la fuerza mayor, en un caso fortuito o en la intervención de un elemento no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente [...]". C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Legis, Bogotá, diciembre de 1992, p. 1157.

<sup>27</sup> "[...] [E]n la época contemporánea, en la legislación civil, se ha incrementado el uso de estas nociones de contenido variable, con el objetivo de atenuar la aplicación del derecho y aumentar el margen de acción del juez, quien se ve transformado en un experto que tiene por misión pronunciarse en función de los intereses en cuestión [...]". Oppetit, Bruno. "Droit et économie". In *Droit et modernité*. Ed. PUF, Paris, 1998, p. 179.

la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc. [...].<sup>28</sup>

Este régimen objetivo de responsabilidad por actividades peligrosas ha adquirido un campo de aplicación realmente amplio en detrimento del régimen general por culpa (art. 2341 C.C. col.). En la actualidad, no son muchas las hipótesis en las cuales la jurisprudencia colombiana condena con base en el artículo 2341 del Código Civil (art. 2314 C.C. ch.);<sup>29</sup> el campo de aplicación de esta norma, se ha reducido, prácticamente, a ciertos casos de competencia desleal,<sup>30</sup> de abuso del derecho por denuncias penales en materia civil,<sup>31</sup> de responsabilidad en el periodo precontractual –llamada por algunos “responsabilidad precontractual”–<sup>32</sup> y de indemnización de daños por rebote.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/1999 p. 2227.

Sobre la utilización de vehículos automotores terrestres, consúltese: C.S.J. Cas. Civil. 18/03/1976 M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G. J. N° 2393, pp. 67 ss; C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina* 06/1999 pp. 984 y 985; C.S.J. Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2001 pp. 2439 y 2440. Respecto de la conducción y suministro de energía eléctrica: C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/1992, pp. 1157 y 1158., C.S.J. Cas. Civ. 30/09/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2002, pp. 2613 ss. En lo referente a daños causados por la utilización de ciertas máquinas: C.S.J. Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, pp. 561 y 562., Con respecto a la fumigación de cultivos con sustancias tóxicas: C.S.J. Cas. Civ. 20/08/1987. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2427 pp. 136 ss. Sobre la construcción de edificios: C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2439 pp. 158 ss. y C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1962. M.P. José Hernández Arbeláez. G. J., números 2253 – 2254 pp. 341 ss. Sobre daños causados por elevadores: C.S.J. Cas. Civ. 1/10/1963. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. G. J., números 2268 - 2269 pp. 161 ss. Y en lo que respecta a la demolición de inmuebles: C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2310, 2311 y 2312 pp. 95 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1972. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G. J., números 2352 a 2357, pp. 173 ss.

<sup>29</sup> En un célebre fallo, la Corte Suprema colombiana condenó a la indemnización de perjuicios, con base en el artículo 2341 del Código Civil, por la equivocación del empleado bancario que realizó consignaciones en la cuenta de un cliente, las cuales dieron lugar a la sindicación de este último por peculado, y a su detención preventiva. Esta solución es muy criticable, ya que existía un contrato entre el banco y el cliente y, por consiguiente, la equivocación del empleado del banco daría, más bien, lugar a comprometer la responsabilidad contractual de la entidad financiera. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 19/02/1974. M.P. Arturo C. Posada. G. J., Tomo CVI, pp. 148 a 168.

<sup>30</sup> Consúltese al respecto: Miranda Londoño, Alfonso. *Compilación de normas sobre derecho de la competencia en Colombia*. Ed. Universidad Javeriana / Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 19/11/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500, pp. 1045 ss., C.S.J. Cas. Civ. 13/10/1988. M.P. Pedro Lafont Pianetta. G. J. 2431, pp. 203 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLV, pp. 418 ss.

<sup>32</sup> Consúltese: C.S.J. Cas. Civ. 12/08/2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 6151., C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1998. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 4810., y C.S.J. Cas. Civ. 27/03/1998. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 4798.

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 18/05/2005. M.P. Jaime Arrubla Paucar. Exp. 14415.

B. En materia contractual, desde la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha servido de la clasificación de las obligaciones en *de medios y de resultado* –propuesta inicialmente por Démogue y desarrollada ampliamente por la doctrina francesa– con el fin de precisar los regímenes objetivos y subjetivos de reparación de daños por incumplimientos de obligaciones convencionales.<sup>34</sup>

Dentro de esta óptica, el incumplimiento de una obligación de medios da lugar a un régimen subjetivo de responsabilidad que puede ser con culpa probada –la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante– o con culpa presunta –es al demandado a quien le compete probar en contrario–. Mientras que el incumplimiento de una obligación de resultado conlleva un régimen objetivo de responsabilidad, puesto que el acreedor insatisfecho no está obligado a probar la culpa del deudor incumplido y éste tampoco puede exonerarse demostrando la ausencia de culpa.

La jurisprudencia colombiana ha considerado, tradicionalmente, de resultado las obligaciones de entregar una cosa, pagar un precio y abstenerse de hacer algo.<sup>35</sup> Sin embargo, en los últimos años, tanto el legislador como los jueces han aumentado considerablemente el número de obligaciones de resultado de hacer, distintas de las entregas no traslaticias de dominio. Así, pues, se consideran obligaciones de resultado las del transportador (arts. 992, 1003 y 1030 C.Co. col.), el depositario comerciante (art. 1171 C.Co. col.), las entidades financieras que prestan el servicio de cajillas de seguridad (art. 1417 C.Co. col.), etc. Adicionalmente, la jurisprudencia, con base en el artículo 1603 del Código Civil (arts. 1546 C.C. ch. y 1134 C.C. fr.), ha venido consagrando ciertas obligaciones de información y

<sup>34</sup> Sobre los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia colombiana para calificar las obligaciones como de medios o de resultado, consúltese: Castañeda Cáceres, Paola. *La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia*. Memoria de grado, dirigida por Fabricio Mantilla Espinosa. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, inédita.

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, respecto del contrato de compraventa: C.S.J. Cas. Civ. 7/06/1951. M.P. Alberto Holguín Lloreda. G.J. números 2100 y 2101, pp. 688 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 26/01/1982. M.P. José María Esguerra Samper. G.J. t. CLXV, número 2406, pp. 21 ss. En lo que concierne al contrato de arrendamiento de inmuebles, una jurisprudencia clásica confundió la obligación de guarda –obligación de medios– que pesa sobre el arrendatario con la obligación de restituir la cosa a la fecha de terminación del contrato, y, dentro de esta perspectiva, llegó a sostener que esta última es una obligación de medios. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 30/11/1935. M.P. Eduardo Zuleta Ángel. G. J. t. XLIII, números 1905 y 1906, pp. 175 a 187., y C.S.J. Cas. Civ. 5/05/1942. M.P. Aníbal Cardoso Gaitán. G.J. t. LIII, números 1845 y 1985, pp. 559 a 567.

consejo o de seguridad<sup>36</sup> en cabeza de algunos profesionales como médicos,<sup>37</sup> contadores públicos<sup>38</sup> y entidades financieras,<sup>39</sup> obligaciones que, generalmente, son consideradas de resultado.

Esta proliferación de las obligaciones de resultado implica una mayor exigencia en cuanto al cumplimiento de los vínculos contractuales y, a todas luces, se encuentra vinculada al surgimiento de una nueva categoría jurídica para clasificar a los sujetos de derecho como *profesionales y profanos*.<sup>40</sup>

Vemos cómo, en el derecho colombiano, el supuesto principio general de responsabilidad por culpa ha venido cediendo terreno paulatinamente a los regímenes objetivos, tanto en materia extracontractual, como contractual. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina de mi país han creado un verdadero *mito jurídico* para tratar de ocultar este fenómeno y mantener la palabra "culpa" dentro de su discurso.

<sup>36</sup> Sobre las obligaciones de seguridad, véase: C.S.J. Cas. Civ. 18/10/2005, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. N° 14491., C.S.J. Cas. Civ. 26/11/1986. M.P. Héctor Gómez Uribe. G.J. t. CLXXXIV, número 2423, pp. 359 a 389., y C.S.J. Cas. Civ. 12/09/1985. M.P. Horacio Montoya Gil. G.J. t. CLXXX, número 2419, pp. 407 a 426. Respecto de las obligaciones de información y de consejo del médico, la Ley 23 de 1981, en su artículo 16, establece que éste debe comunicar al paciente los *riesgos normalmente previsibles para el caso concreto*. Véase también: C. Const. 2/08/1999, T-551, M.P. Alejandro Martínez Caballero., y C.E. Secc. Terc. 24/01/2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. N° 12706. En cuanto al secreto que deben guardar profesionales como médicos, contadores públicos, revisores fiscales, periodistas, etc.; véase: C. Const. 28/09/1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz., C. Const. 13/06/1996; M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz., C. Const. 23/11/2000. T-1563. M. P. Cristina Pardo Schlesinger., C. Const. 4/03/1998. C-062. M. P. Carlos Gaviria Díaz., C. Const. 16/02/1995. SU-056 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>37</sup> Sobre la responsabilidad en la prestación de servicios médicos, consúltese: Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Pontificia Universidad Javeriana. Col. Ensayos N° 8, Bogotá 2006., Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo II. Ed. Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 254 a 276., y Tamayo Jaramillo, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica*. Ed. Diké, Medellín, 2001.

<sup>38</sup> Sobre la responsabilidad civil de los otorgantes de la fe pública, del empresario y la responsabilidad derivada del transporte terrestre y aéreo, véase: Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo III. Ed. Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, pp. 151 a 284 y 351 a 412.

<sup>39</sup> Por ejemplo, en el contrato de fiducia (arts. 1226 a 1244 C.Co. col.), el artículo 1243 del Código de Comercio establece expresamente que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su misión, lo cual no significa que todas las obligaciones que nacen del contrato para el profesional sean de medios. Así, pues, ciertas obligaciones como las de información y consejo y la de transferir los derechos al beneficiario una vez terminado el encargo, bien parecen obligaciones de resultado. Consúltese al respecto: Tamayo Jaramillo, Javier. "La responsabilidad civil del fiduciario". In De los Mozos y De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto. Op. cit., pp. 311 a 331.

<sup>40</sup> "[L]a calificación de las personas sirve, en la mayoría de los casos, para delimitar lo que aquellas pueden hacer o no pueden hacer, es decir su libertad [...]". Silva Romero, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. Ed. PUF, coll. Droit, éthique et société, Paris 2002, pp. 71 y 72.

## II

La exigencia de la culpa como condición para condenar a la reparación de los daños que se producen por las actuaciones de los individuos se encuentra profundamente anclada en el inconsciente de nuestras sociedades occidentales; esto obedece no sólo al deseo de establecer un parámetro de comportamiento que sirva de guía y, al mismo tiempo, permita inhibir aquellas actuaciones que son censuradas por la comunidad, sino, además, a la idea de infligir un castigo por un comportamiento considerado reprochable.<sup>41</sup>

“Que se deba pagar una indemnización por el daño causado a otro por su actuación culposa parece una exigencia fundamental de la justicia: *opera enim illorum sequuntur illos*. Esta idea está igualmente relacionada con la idea del castigo, la cual se halla anclada en lo más profundo de nuestras mentes. El recuerdo del fruto prohibido, escribía Bergson, es quizás lo más antiguo que se encuentra tanto en la memoria de cada uno de nosotros, como en la memoria de la humanidad misma”.<sup>42</sup>

Sin embargo, en la actualidad, la responsabilidad civil no parece responder a un problema de justicia entre dos partes. Así, la sociedad moderna ha tratado de romper el binomio victimario-víctima con el objetivo de distribuir los costos de los daños dentro de un grupo social más amplio. Para cumplir con este propósito, se han incrementado los regímenes objetivos de responsabilidad –para así aumentar las probabilidades de trasladar los costos de la víctima al victimario– y se han desarrollado los seguros de responsabilidad civil –para trasladar los costos del victimario a todos los tomadores que pagan las primas del seguro–.<sup>43</sup> Esto se encuentra más acorde con las exigencias propias de la concepción del *Estado de Bienestar (Welfare State)*.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Véase al respecto: Le Tourneau, Philippe. La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). *RTD civ.*, 3, 1988, pp. 505 a 518.

<sup>42</sup> Tunc, André. *La responsabilité civile*. Ed. Economica, Paris, 1989, p. 98.

<sup>43</sup> Los seguros de responsabilidad y el cargo de los costos de los daños al precio de los productos son los principales mecanismos para conseguir estos objetivos de transferencia y distribución. Consúltense al respecto: Calabresi, Guido. “El costo de los accidentes”. In Rosenkrantz, Carlos. *Responsabilidad extracontractual*. Ed. Gedisa/Yale Law School/Universidad de Palermo, Barcelona, 2005, pp. 85 a 103., Bullard González, Alfredo. “El sistema de responsabilidad civil extracontractual”. In *Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Ed. Palestra, Lima, 2006, pp. 701 a 714., y Tunc, André. *Op. cit.*, pp. 76 a 79.

<sup>44</sup> “La concepción del Estado de Bienestar muestra la toma de conciencia por parte de la sociedad, de que ella es un todo que no puede remitirse a nada distinto que a ella misma, y de que le corresponde repartir

Lo paradójico es que nuestra jurisprudencia, como ya lo vimos, ha incrementado notablemente los regímenes objetivos de responsabilidad, pero, al mismo tiempo, les niega tal carácter, sirviéndose, principalmente, de una *presunción irrefragable de culpa* (A). Esto ha traído como consecuencia la inclusión de grandes contradicciones en el razonamiento y, por ende, el oscurecimiento de los conceptos de responsabilidad civil (B).<sup>45</sup>

A. Nuestra jurisprudencia suele servirse de la teoría de la *presunción irrefragable de culpa* con el fin de excluir el juicio de valor respecto del agente y, a la vez, mantener la palabra "culpa" en su argumentación. Así, en el caso de la responsabilidad extracontractual por daños causados en el desarrollo de actividades peligrosas, sostiene:

"[...] [S]egún la doctrina interpretativa del artículo 2356 del Código Civil, explicada y sostenida en multitud de decisiones por la Corte, significa lo anterior que en cuanto hace a la prueba de la culpa del demandado, es la aludida actividad, por efecto de la naturaleza peligrosa que le es propia, una de aquellas en que opera la consecuencia probatoria práctica de hacer comparecer a dicho demandado en situación de culpa presunta [...], presunción de cuyo efecto indemnizatorio no puede liberarse del todo sino en cuanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña [...]".<sup>46</sup>

En la hipótesis de los daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales de resultado, nuestro máximo tribunal argumenta:

"El criterio cardinal sobre el que descansa el sistema no es otro distinto al que normalmente impera cuando se trata de obligaciones contractuales, según el

---

entre sus miembros los riesgos que sufren sus asociados, según los principios de la transferencia y la distribución". Terestchenko, Michel. *Philosophie politique*. Tome I. Ed. Hachette, Les fondamentaux, Paris, 1994, p.149.

<sup>45</sup> Sin embargo, ésta no es la única teoría utilizada por la Corte Suprema de Justicia colombiana. Para un análisis más completo al respecto, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio, y Ternera Barrios, Francisco. "La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual". *Actualidad Jurídica*, N° 11, Universidad del Desarrollo, enero 2005, Santiago-Concepción, pp. 213 a 230.

<sup>46</sup> C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Legis, Bogotá, octubre de 1992, p. 1157.  
A título de mero ejemplo, puede consultarse también: C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Legis, Bogotá, junio de 1999, p. 984.., C.S.J. Cas. Civ. 22/02/ 1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Legis, Bogotá, agosto 1995, p. 880., y C.S.J. Cas. Civ. 4/12/1963. M.P. Enrique López de la Pava, G. J., números 2268 y 2269, p. 279.

cual el deudor de obligaciones de tal estirpe se encuentra de pleno derecho en falta cuando no las ejecuta y no puede demostrar que esa inejecución no le incumbe, lo que de hecho significa instituir una presunción de culpa [...], presunción que no es absoluta, puesto que el deudor puede destruirla probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (artículo 1604 del C.C.)".<sup>47</sup>

A través de esta presunción de culpa que no admite prueba en contrario, la jurisprudencia colombiana pretende justificar el "castigo" impuesto por todos regímenes de indemnización de perjuicios mediante un reproche moral por un comportamiento considerado censurable, lo cual parece claramente inspirado en reglas generales enunciadas a partir de los principios de la moral judeo-cristiana.<sup>48</sup>

"En Colombia, a pesar de la utilización más o menos esporádica del término 'riesgo' [...], la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código Civil viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad".<sup>49</sup>

Sin embargo, para fundamentar su decisión, nuestro máximo tribunal suele hacer referencia a una supuesta tradición romana:<sup>50</sup>

<sup>47</sup> C.S.J. Cas. Civ. 12/06/1990. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. G.J. t. CC, número 2439, pp. 268 y 269.

Véase, también, a título de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 19/04/1993. M.P. Pedro Laffont Pianetta. G.J. t. CCXXII, número 2461, p. 404., C.S.J. Cas. Civ. 26/09/1952. M.P. Pedro Castillo Pineda. G.J. t. LXXIII, números 2119 y 2120, pp. 248 y 249., y C.S.J. Cas. Civ. 7/06/1951. M.P. Alberto Holguín Lloreda. G.J. t. LXIX, números 2100 y 2101, p. 688.

<sup>48</sup> Sobre el método de Hugo Grocio para la creación de reglas generales a partir de los planteamientos de la moral judeo-cristiana, véase: Villey, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Ed. PUF, Paris, 2003, pp. 545 a 558.

<sup>49</sup> C.S.J. Cas. Civ. 22/05/2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. *Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Legis, Bogotá, julio de 2000, p. 1138.

<sup>50</sup> "El juriconsulto romano mantiene siempre su mirada fija en el caso concreto, sobre el cual acostumbran a consultarlo. [...] [N]acido de la experiencia, siempre sometido al control de la experiencia, el derecho romano no se presenta como una construcción acabada; como un ordenamiento lógico de reglas implacables y fijas, una 'ciencia' en el sentido específico del término, un orden normativo. Aquél es una búsqueda, una vida. [...] [E]l principio del artículo 1382 [art. 2341 C.C. col.] no es expresado, en ninguna parte, en el derecho romano. En la época de los orígenes, la falta de un principio abstracto no tiene nada de sorprendente. De la misma manera que Roma, en un principio, sólo sancionó mediante la reivindicación ciertas situaciones especiales de los ciudadanos romanos con respecto a las cosas, aquélla sólo consagró sanción para ciertos delitos. [...]". Villey, Michel. *Le droit romain*. pp. 37 y 96.

“No se ve, por tanto, razón alguna para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva. [...] En suma: si nuestro C.C., siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han de interpretarse todos los preceptos de dicha obra que tocan con tal materia [...]”.<sup>51</sup>

B. Empero, esta argumentación es un mero juego de palabras utilizado para excluir la culpa, como juicio de valor, de algunas normas de responsabilidad civil y, a la vez, servirse del vocablo para sostener la existencia de un fundamento moral único de la responsabilidad civil en el derecho colombiano.<sup>52</sup>

Explico mi afirmación, una *norma de responsabilidad* subjetiva tiene, en principio, la siguiente estructura: *supuesto de hecho*, conducta calificada como culposa, daño y vínculo causal. Sanción, indemnizar. Si la aparejamos con una norma que consagre una presunción de culpa, el supuesto de hecho de la *norma de responsabilidad* sigue siendo el mismo, sólo que ahora una *norma de presunción* le permite al demandante probar solamente la conducta que causa el daño y lo libera de la prueba de la culpa. Sin embargo, si el demandado logra probar la ausencia de culpa, no se aplica la sanción, puesto que la conducta no cumplió con todas las condiciones del supuesto de hecho de la *norma de responsabilidad*.<sup>53</sup>

Ahora bien, si afirmamos que la presunción no admite prueba en contrario, ya no estaremos frente a dos normas, una respecto del fondo –la *norma de responsabilidad*– y otra concerniente a la prueba –la *norma de presunción*–, sino, simple y llanamente, frente a una modificación de la *norma de responsabilidad*, de tal suerte que la culpa es eliminada como condición de su supuesto de hecho. En

<sup>51</sup> C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1969. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. números 2310 a 2312, pp. 105 y 106.

<sup>52</sup> “Nuestra ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas [...]. En vez de ‘el ansia de generalidad’ podría haber dicho también ‘la actitud despectiva hacia el caso particular’”. Wittgenstein, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Trad. Francisco Gracia Guillén. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 46.

<sup>53</sup> Una regla de fondo hace referencia al “derecho sustancial que fundamenta los derechos y las obligaciones [...]; por oposición a las reglas que presiden la prueba de los hechos y actos jurídicos”. Y una presunción es, simplemente, el “procedimiento técnico que permite, a su beneficiario, probar el hecho desconocido, difícil o imposible de demostrar directamente, mediante el aporte de la prueba, más fácil, del hecho conocido [...]”. Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Ed. PUF, Paris, 1996, pp. 372 y 640.

efecto, la culpa se excluye en la acción: el demandante no tiene que probarla; y se excluye en la excepción: el demandado no puede, tampoco, argumentarla como causal de exoneración. ¿En dónde se encuentra, entonces, la culpa? ¿Cuándo se hace el juicio de valor? A estas preguntas sólo podría responderse de la siguiente manera: no se hace juicio de valor alguno, en ningún momento y en ningún caso. Está excluido.<sup>54</sup>

Normalmente se afirma que la presunción de culpa sólo se puede desvirtuar mediante la prueba de la causa extraña; sin embargo, esto resulta igualmente criticable, ya que la culpa es una calificación subjetiva del comportamiento del agente, y la causa extraña sólo sirve para probar en contra del nexo causal –que es otra de las condiciones del supuesto de hecho de la *norma de responsabilidad*–. Cuando se dice que un comportamiento es culposo se está sosteniendo “Fulano, usted actuó mal”, y si Fulano logra probar la causa extraña, estará diciendo “el que causó el daño fue Mengano o tal cosa, y no yo”. Vemos cómo la prueba de la causa extraña no está encaminada a demostrar que el agente actuó bien –sin culpa–, sino que su actuación, culposa o inculpable, no causó el daño.

También suele argumentarse que regímenes de responsabilidad como el de las actividades peligrosas no son, realmente, objetivos, sino que sólo implican una “presunción de responsabilidad”.<sup>55</sup> Empero, esta explicación no aporta absolutamente nada a la discusión y se limita a oscurecerla mediante la utilización

<sup>54</sup> “[...] [L]as presunciones absolutas o irrefutables son mucho más que simples reglas de prueba de un derecho o de una situación jurídica, pues constituyen verdaderas reglas sustanciales imperativas, a la aplicación de las cuales no es posible escapar, especialmente aportando prueba contraria de lo que establecen”. Larroumet, Christian. *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*. Trad. Viviana Díaz Perilla. Ed. Legis/Universidad del Rosario/Ambassade de France, Bogotá, 2006, p. 388. “Cuando la presunción se transforma en una regla de fondo del derecho, porque no se acepta la prueba en contrario, la responsabilidad es independiente de la culpa y está ligada al riesgo”. Malaurie, Philippe, et Aynès, Laurent. *Droit civil. Les obligations*. Ed. Cujas, Paris, 1998, p. 49.

“Una presunción de culpa, sostenía Henri Capitant, tiene que poderse desvirtuar mediante la prueba de la ausencia de culpa; si no, ésta deja de ser una presunción de culpa”. Rodière, René. “La présomption de responsabilité du fait des choses inanimées”. In *Études offertes à Georges Ripert. Le droit privé français au milieu du XXème siècle*. Tome II Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950, p. 189.

<sup>55</sup> La “presunción de responsabilidad” fue utilizada por nuestra jurisprudencia como fundamento en las primeras sentencias sobre actividades peligrosas. Consúltese: C.S.J. Cas. Civil. 14/03/38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G. J., t. XLVI, N° 1936, pp. 211 a 217 y C.S.J. Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, N° 1936, pp. 560 a 565.

Actualmente, parte de la doctrina nacional pretende explicarla como una noción autónoma, pero estos intentos teóricos no han tenido mayor éxito. Véase, a manera de ejemplo: Martínez Ravé, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis, Bogotá, 2003, pp. 727 y 795.

de expresiones desprovistas de sentido. Explico mi afirmación: una *norma de responsabilidad* tiene dos elementos: (i) un supuesto de hecho con varias condiciones, un comportamiento –que en los regímenes subjetivos se califica como culposo–, un daño y un vínculo causal; y (ii) una sanción: indemnizar. Así, pues, si el comportamiento de Fulano encuadra en el supuesto de hecho de la norma –cumple con sus condiciones de aplicación–, estará obligado a reparar el daño, será “responsable” del perjuicio. Ahora bien, las *normas de presunción* se refieren a los supuestos de hecho de otras normas, estableciendo facilidades probatorias. En este orden de ideas, respecto de las *normas de responsabilidad*, se podrían presumir la culpa del comportamiento, el daño o el vínculo causal; es decir, una presunción se refiere a las condiciones del supuesto de hecho y no a la sanción. Si un comportamiento –el “ser”– corresponde al supuesto de hecho de una norma –el “deber ser”–, se dice que la sanción “le es aplicable”, y no que ésta “se le presume”. “Presunción de responsabilidad” es una frase desprovista de sentido, ya que el verbo “presumir” no puede predicarse del vocablo “responsabilidad”, de la misma forma en que el adjetivo “azul”, en principio, no puede predicarse de un sustantivo como “canción”.<sup>56</sup>

¿Por qué, entonces, la doctrina insiste en servirse de esta expresión engañosa? Personalmente, pienso que lo hace para evitar la utilización abierta de la expresión “responsabilidad objetiva”. Estas frases que se usan en lugar de otras son bastante corrientes en el lenguaje ordinario. Así, por ejemplo, se suele decir a los niños que los bebés son traídos por cigüeñas desde París, en lugar de explicarles el proceso de la procreación humana. Sin embargo, en lenguaje del derecho, estos expedientes resultan muy infortunados. La existencia de regímenes de responsabilidad que excluyen la culpa como condición de aplicación es una realidad que no tiene por qué ocultarse por medio de expresiones sin sentido.

Como pudimos ver, la famosa presunción de culpa que no admite prueba en contrario no es más que un juego de palabras utilizado para excluir el juicio de valor de algunos regímenes de indemnización de perjuicios<sup>57</sup> y, al mismo tiempo,

<sup>56</sup> “Lo que quiero enseñar es: cómo pasar de un sinsentido no evidente a uno evidente”. Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, p. 321, proposición 464.

<sup>57</sup> “[...] [L]as ‘ficciones en el derecho’ o dogmáticas, [...], son el fruto de una *renuncia consciente* de la doctrina y la jurisprudencia que, mediante su empleo, intentan explicar el régimen de un instituto con la cobertura de una *mentira aceptable*. [...] Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, cuando se predica la necesidad de la culpa como factor de atribución, y se sostiene simultáneamente

sostener la existencia de un fundamento único de la responsabilidad civil basado en una supuesta tradición de origen romano.<sup>58</sup> Esto es lo que se conoce como un mito jurídico: una argumentación que no guarda ninguna coherencia con el resto del sistema y que es aceptada como un dogma absoluto e indiscutible.<sup>59</sup>

Vemos cómo el derecho privado colombiano cuenta con un importante número de regímenes objetivos de responsabilidad, tanto en materia extracontractual como contractual, que tienen un amplio campo de aplicación, lo cual nos permite concluir que la responsabilidad por culpa se encuentra lejos de constituir un principio general en mi país. Sin embargo, la jurisprudencia suele servirse de teorías bastante criticables con el fin de mantener el vocablo "culpa" dentro de su discurso. Esto me recuerda un célebre diálogo entre Mefistófeles y el estudiante, en Fausto, de Goethe:

*"El estudiante.* Sin embargo, toda palabra debe contener siempre una idea.

*Mefistófeles.* Según, pero no debe uno inquietarse mucho por esto, porque cuando faltan ideas, hay palabras que pueden sustituirlas; con ellas puede discutirse enérgicamente, y hasta con ellas erigirse un sistema. Como las palabras son fácilmente creídas, no se borraría de ellas ni una coma".<sup>60</sup>

---

que la liberación exige la demostración de la incidencia de una causa ajena, se está ocultando bajo la apariencia de una imputación subjetiva una atribución objetiva del daño. [...] De esta forma el intérprete instala dogmáticamente una ficción en el derecho que traduce al mismo tiempo una renuncia y una dejación. Una renuncia, más o menos consciente, a brindar una explicación científicamente rigurosa del fenómeno considerado; y una dejación por parte de la doctrina cuyo deber, se entiende, consiste precisamente en señalarle al legislador el desarreglo entre la norma y la realidad. [...] Si un encanto ha tenido siempre la ficción es, precisamente, la posibilidad de *cambiar la norma sin mutar el texto*; si se quiere, una forma conservadora de innovar. Una manera de revestir la innovación con formas ya aceptadas para granjear la aceptación del cambio". De Lorenzo, Miguel Federico. "Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado". In Alterini, Atilio, y Nicolau, Noemí. *El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*. Ed. La ley, Buenos Aires, 2005, pp. 65, 66 y 67.

<sup>58</sup> "Roma es la proyección de un mito. La conciencia histórica y las genealogías asociadas con ella tienen una dimensión política que no puede ser subestimada [...]". Monateri, P.G. "Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica romana". In *La invención del derecho privado*. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Ed. Siglo del hombre, Bogotá, p. 121.

<sup>59</sup> "[...] [C]uando la doctrina, pese a ser consciente de la ficción, la conserva como explicación lógica, renunciando a todo proceso crítico sobre su valor científico, ésta termina, con el tiempo, por transformarse en un mito jurídico, que es el punto en el cual las nociones y principios relativos y discutibles se vuelven absolutos. Es el estadio en el cual *el conocimiento se transforma en creencia*". De Lorenzo, Miguel Federico. Op. cit., p 66.

<sup>60</sup> Goethe, J. W. *Fausto*. Trad. Edimat libros S.A. Ed. Sol 90, Barcelona, 2000, p. 44.

## **La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla\***

**José Luis Diez Schwerter\*\***

Profesor de Derecho Civil, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

### **1. Premisa**

Los organizadores de este Seminario me han solicitado comentar la conferencia del profesor Fabricio Mantilla sobre la culpa en derecho colombiano, intentando especialmente aludir a la evolución que en la misma materia ha experimentado el derecho chileno.<sup>1</sup>

\* Versión escrita de la intervención realizada en el Seminario "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno", Manifestación del Capítulo chileno de la Association Henri Capitant, efectuado el día 7 de diciembre de 2006 en la Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Para su preparación se tuvo a la vista el texto de la ponencia "*El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*", del Profesor Mantilla Espinosa, que fue proporcionado por los organizadores, y que se incluye en este mismo volumen.

\*\* Magíster en Derecho con mención en Responsabilidad Extracontractual y Doctor en Derecho por la Universidad de Roma "Tor Vergata".

<sup>1</sup> Este trabajo no pretende realizar un análisis exhaustivo de la culpa en Chile, sino sólo aportar las referencias necesarias para cumplir con el encargo encomendado por los organizadores de este Seminario. Para mayores profundizaciones sobre este tema véanse: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pp. 162 a 209 y 291 a 449; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, especialmente pp. 207 a 249; DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, "*Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil*", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 185, 1989 [pero 1990], pp. 107 a 139; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "*Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 2, 2000, pp. 347 a 370; DUCCI CLARO, Carlos, *Responsabilidad civil (ex-contractual)*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, El Imparcial, Santiago, 1936; LARROUCAU TORRES, Jorge Andrés, *La culpa y el dolo en la responsabilidad extracontractual. Análisis jurisprudencial*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Fondo de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 2005 (existe versión en prensa en Editorial LexisNexis proyectada para 2007); LÓPEZ MATAMALA, Juan Pablo, *La culpa y el dolo como elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Análisis de las sentencias pronunciadas por la Excma. Corte Suprema de Justicia entre 1999 a 2003*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 2005; RAMOS PAZOS, René, *Responsabilidad extracontractual*, Fondo de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 2003, pp. 44 a 66; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 162

El encargo es especialmente interesante si se tiene presente que con Colombia compartimos el mismo modelo normativo general en este tema: las reglas del Código Civil de Bello.<sup>2</sup>

En su conferencia el profesor Mantilla ha señalado que en el actual derecho colombiano el "supuesto *principio general de responsabilidad por culpa* ya no es tan general", ello básicamente por la "proliferación de regímenes objetivos de indemnización de perjuicios", tanto en sede de responsabilidad extracontractual como en la contractual:

a) En sede aquiliana central importancia ha tenido a este respecto "el régimen de responsabilidad por daños causados en el desarrollo de actividades peligrosas, creado por la jurisprudencia colombiana a mediados de los años treinta, mediante una interpretación finalista del texto del artículo 2356 de nuestro Código Civil [colombiano] (art. 2329 C.C. ch.)" que ha derivado de él una presunción "irrefragable" de culpa, y

b) En sede contractual determinante ha sido la utilización de la clasificación de las obligaciones en *de medios* y *de resultado*, en el entendido que el incumplimiento de una obligación de resultado conllevaría a un régimen objetivo de responsabilidad.

Veamos ahora qué ha sucedido al respecto en Chile.

a 256; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 141 a 214; ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco, "El buen padre de familia como criterio de la culpa y su aplicación a la responsabilidad civil extracontractual", en AAVV., *Derecho de daños*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 3 a 51; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855 - 2005: Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 281 a 291.

<sup>2</sup> Sobre la adopción del Código Civil chileno en Colombia véanse: BALMES ARTEAGA, Enrique, "El Código de Bello en Colombia", en *Congreso Internacional "Andrés Bello y el Derecho"*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 411 ss; HARKER PUYANA, Edmundo, "El Código de don Andrés Bello en Colombia", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 201, 1973, pp. 25 ss. y GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 374 ss. Para un análisis comparativo de la evolución del elemento daño en la responsabilidad civil en los países que aun siguen el modelo de Bello, véase: DIEZ SCHWERTER, José Luis, "La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: del modelo de Bello a nuestros días", en *Revista de Derecho Privado*, N° 9, 2005, Universidad Externado de Colombia, Colombia, pp. 177 a 203; y en AA.VV. (TAPIA - MARTINIC, coordinadores), *Sesquicentenario del Código Civil: Pasado, presente y futuro de la codificación*, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, LexisNexis, 2005, Tomo II, pp. 839 - 865.

## 2. Culpa y dolo: factores generales de imputación de daños extracontractuales en Chile

---

En Chile la responsabilidad extracontractual tiene como factores generales de imputación de daños el dolo o al menos la culpa, según se desprende de lo señalado en los artículos 2314 y 2329 de nuestro Código Civil.

En efecto, el primero de ellos establece que “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño o otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”; siendo conceptualizadas las nociones de “delito” y “cuasidelito” en el artículo 2284 del mismo cuerpo legal, indicándose que:

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

Si el hecho de 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 cuasidelito...”.

Por su parte el art. 2329 del Código Civil dispone en su inciso 1º que:

“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.

---

## 3. El abandono de los factores subjetivos en hipótesis específicas

---

El principio general de responsabilidad por dolo o culpa está matizado por diversos preceptos que, ubicados dentro y fuera del Código Civil, establecen hipótesis específicas de responsabilidad en base a factores de imputación diversos.

### a) El abandono de los factores subjetivos en ciertas figuras del Título XXXV del Libro IV del Código Civil

Se ha observado recientemente que el Código Civil abandonaría los factores de imputación subjetivos (culpa o dolo) cuando regula las hipótesis de responsabilidad civil de los "padres" por los "delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir" (art. 2321),<sup>3</sup> la que afecta al "dueño de un animal" y a "toda persona que se sirva de un animal ajeno" respecto de los "daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado" (art. 2326),<sup>4</sup> la que alcanza al que "tenga" "un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio" por el daño causado por éste (art. 2327)<sup>5</sup> y a los que "habitan" la parte del edificio de donde "cae o se arroja" de su parte superior una cosa que causa daño (art. 2328).<sup>6</sup>

### b) El abandono de los factores subjetivos fuera del Código Civil

Este fenómeno se presenta también en diversos sectores especiales de responsabilidad civil que hoy día tienen reglamentación fuera del Código Civil.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Así, se ha sostenido que "la inexistencia de prueba liberatoria aleja necesariamente a esta situación de un sistema de responsabilidad subjetiva" (LARROUCAU TORRES, Jorge Andrés, ob. cit., p. 159); y para Rodríguez esta hipótesis sería derechamente una "sanción civil" (RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "Responsabilidad extracontractual", cit., p. 203). Alessandri la consideraba una "presunción de derecho" de culpa (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, ob. cit., N°s 77, pp. 124 y 125).

<sup>4</sup> Para Guzmán Brito esta norma consagra un caso de responsabilidad extracontractual objetiva: GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno con una referencia especial a la regla *periculum est emptores*", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, 1997, pp. 966 y 967.

<sup>5</sup> Así sostienen que esta regla consagra una hipótesis de responsabilidad extracontractual objetiva: ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, "La responsabilidad objetiva", en *Cuadernos Jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, N° 6, 1996, p. 9; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno con una referencia especial a la regla *periculum est emptores*", cit., pp. 966 y 967; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo "Responsabilidad extracontractual", cit., p. 203; LARROUCAU TORRES, Jorge Andrés, ob. cit., p. 177, entre otros; y en la jurisprudencia: C. S., 15 de mayo de 2002, en RDJ, t. 99, sec. 1ª, pp. 95 ss. considerando décimo. Alessandri la consideraba una "presunción de derecho" de culpa (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, ob. cit., N°s 77, pp. 124 y 125).

<sup>6</sup> Para Guzmán Brito esta norma consagra un caso de responsabilidad extracontractual objetiva (GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno con una referencia especial a la regla *periculum est emptores*", cit., pp. 966 y 967); lo mismo sostienen: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo "Responsabilidad extracontractual", cit., p. 203, y LARROUCAU TORRES, Jorge Andrés, ob. cit., pp. 182 y 183, entre otros, y C. S., 15 de mayo de 2002, en RDJ, t. 99, sec. 1ª, pp. 95 ss. considerando décimo, entre otros.

<sup>7</sup> Los autores suelen hacer diversos listados de estas hipótesis, los que no siempre son coincidentes. Así,

Es lo que sucede, por ejemplo, en la responsabilidad civil por daños nucleares,<sup>8</sup> en la que afecta al "propietario" y "tenedor" de un vehículo motorizado por los daños que el "conductor" ocasione con su "uso",<sup>9</sup> en la derivada de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, y por cualquier clase de materias o desechos, que ocurra dentro de las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, y la ocasionada por instalaciones terrestres que produzcan daños al medio ambiente marino por vertimiento o derrame de sustancias contaminantes,<sup>10</sup> en la que afecta al Estado y las Municipalidades por "falta de servicio",<sup>11</sup> en la responsabilidad estatal por violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de derechos humanos,<sup>12</sup> y ello sin perjuicio de que para un sector doctrinario y jurisprudencial en derecho público existiría una responsabilidad "objetiva" general.<sup>13</sup>

por ejemplo, véanse los que efectúan: ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 2005, pp. 206 a 208; ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *La responsabilidad objetiva*, cit., pp. 15 ss. (en los que denomina casos de responsabilidad objetivos "extravagantes" al Código Civil); y LAGOS NARVÁEZ, Patricio, *La responsabilidad objetiva. Algunos aspectos doctrinarios y su acogida en la legislación especial chilena*, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1990.

<sup>8</sup> Regulada con detención en el Título V de la Ley sobre Seguridad Nuclear, N° 18.302 (artículos 49 a 66), donde sin dejar margen a dudas su artículo 49 señala que "la responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley".

<sup>9</sup> Art. 174 inciso 1° de la Ley 18.290: "El conductor, el propietario del vehículo y tenedor del mismo a cualquier título, a menos que estos últimos acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad, son solidariamente responsables de los daños o perjuicios que se ocasionen con su uso, sin perjuicio de la responsabilidad de terceros de conformidad a la legislación vigente".

<sup>10</sup> En los términos que establecen los artículos 144 a 148 de la Ley de Navegación (D.L. N° 2.222).

<sup>11</sup> Artículo 42 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado (DFL 1/19653, de 17.11.2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575):

"Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por *falta de servicio*.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en *falta personal*".

También en artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (DFL-1, de 26.07.2006 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695):

"Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por *falta de servicio*.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en *falta personal*".

Como hipótesis específicas de responsabilidad por falta de servicio se pueden mencionar la que afecta al Estado o a las Municipalidades por el "mal estado de las vías públicas o por su falta o inadecuada señalización" (art. 174 inciso 5° de la Ley N° 18.290) y la que afecta a los "órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria", quienes, según el artículo 38 de la Ley N° 19.966 (sobre Régimen de garantía en Salud, llamada ley AUGE), "serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio".

<sup>12</sup> Así la Tercera Sala de la C. de Santiago ha señalado que "se puede, así, ciertamente llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o "absoluta" del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos" (causa Rol N° 1.211-2002, en *Número Identificador LexisNexis* 36105).

<sup>13</sup> Interpretación que se funda, especialmente, en lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República, 4° de la Ley General de Bases de la Administración del Estado y en la redacción del artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades ("principalmente").

En otras ocasiones, sin llegar a abandonarse los factores subjetivos de imputación, el legislador especial agrava la responsabilidad introduciendo presunciones, como acontece, por ejemplo, en la responsabilidad por daño ambiental.<sup>14</sup>

#### 4. Las hipótesis de responsabilidad sin culpa son excepcionales

Si bien estas figuras de responsabilidad sin culpa son ya numerosas, debe recordarse que aun son hipótesis específicas, que no han reemplazado al dolo o la culpa como criterios generales de imputación de daños.

En tal sentido nuestra Corte Suprema precisa que “el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla”.<sup>15</sup>

#### 5. Alcance del artículo 2329 de nuestro Código Civil: las interpretaciones de Ducci y Alessandri

Otro punto interesante al que la intervención del profesor Mantilla nos lleva a referirnos es el relativo al alcance del artículo 2329 de nuestro Código Civil.

<sup>14</sup> En efecto la Ley N° 19.300 (sobre bases generales del medio ambiente) sigue el principio de la responsabilidad subjetiva al establecer en su artículo 51 inciso 1° que “todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley”.

Pero dicha regla se morigeró a favor de la víctima al establecerse en el artículo 52 que:

“Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido” (sobre el alcance de este artículo véase: HUNTER AMPUERO, Iván, “La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005, pp. 9 a 25).

<sup>15</sup> C. S., 15 de mayo de 2002, en *RDJ*, t. 99, sec. 1°, pp. 95 ss. considerando décimo, que agrega que ello ocurre “por excepción, en las situaciones descritas en los artículos 2327 y 2328 del Código Civil y 155 del Código Aeronáutico. En el caso del Estado y sus organismos, entre otras, en las señaladas en los artículos 21 del Código de Minería, 8° del Decreto Ley N° 3.557, de 1981; 50 y 52 de la Ley N° 18.302, 17 de la Ley N° 18.415 y 52 de la Ley N° 19.300 y 174 de la Ley N° 18.390, modificado por el N° 35 del artículo 1° de la ley N° 19.495, si bien esta última norma de la Ley del Tránsito establece propiamente una presunción de responsabilidad”.

Ello por cuanto él ha aludido a una importante evolución de la jurisprudencia colombiana operada en torno a una regla semejante (artículo 2356 del Código Civil colombiano), la que, iniciada en los años treinta del siglo XX, ha conducido a fundar un "régimen de responsabilidad por daños causados en desarrollo de actividades peligrosas", el que incluso operaría como "*una presunción irrefragable de culpa*".

Al respecto en Chile destacan los aportes de los profesores Ducci y Alessandri, quienes, en paralelo a los movimientos jurisprudenciales colombianos,<sup>16</sup> también plantearon nuevas alternativas de lectura de esta regla original de Bello.

El primero de ellos, en su Memoria de Prueba (publicada en 1936) dedicó un apartado específico a la "*Responsabilidad por las cosas que se desprende del Art. 2329*", en donde sostuvo que fuera de las hipótesis de responsabilidad por ruina de un edificio y por el hecho de los animales (reglamentadas especialmente por el Código), y frente a los "muchos casos" en que puede ser "imposible de probar" la "negligencia" de quien "tiene a su cargo la vigilancia de la cosa" "la única forma en que procederá en estos casos la responsabilidad por el hecho de las cosas será aquel en que la jurisprudencia considere que del hecho mismo del daño se desprende el que se ha incurrido en negligencia, como ya lo ha hecho en ciertos casos";<sup>17</sup> es decir, agrega Ducci, "interpretando el inciso 1º del artículo 2329 en el sentido que *hay ciertos daños que, dadas las circunstancias en que se producen, significan por sí mismos la existencia de dolo o culpa en la persona que ha determinado esas circunstancias; o sea, que se trate de daños que puedan imputarse a malicia o negligencia de una persona por el sólo hecho de producirse y sin necesidad de que esa malicia o negligencia se prueben*".<sup>18</sup>

Este autor volverá a analizar esta regla en 1971, afirmando allí que "*una interpretación adecuada del art. 2329 del Cód. Civil, debe llevar a la conclusión que él contiene una presunción de responsabilidad con relación a las actividades peligrosas y a las cosas que causan daño. En el primer caso, respecto al que las desarrolla; en el segundo, respecto del que las tiene a su cuidado*".<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Iniciados con la trascendente y ya célebre sentencia: Casación Civil, 14 de marzo de 1938, G. J., 1934, p. 215. M. P. Ricardo Hinojosa Daza.

<sup>17</sup> Todas las citas de: DUCCI CLARO, Carlos, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>18</sup> DUCCI CLARO, Carlos, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>19</sup> DUCCI CLARO, Carlos, *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas - Hechos de las cosas - Circulación de vehículos*, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 100.

También Arturo Alessandri Rodríguez se detuvo en este precepto.

Primero en su artículo "Une nouvelle interprétation de l'article 2329 du Code Civil Chilien", incluido en una obra colectiva publicada en París en 1939 (precisamente en memoria del profesor Henri Capitant),<sup>20</sup> y posteriormente en su conocido tratado sobre responsabilidad aquiliana publicado en 1943, donde luego de analizar la redacción de la norma ("*que pueda imputarse*"), su ubicación (después de tratar los casos de responsabilidad por hecho ajeno y por hecho de las cosas) y los ejemplos que contiene, concluye que, lejos de repetir o confirmar lo dispuesto en el art. 2314, ella vino a establecer "*una presunción de culpabilidad [que él denomina 'por hecho propio'] cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente*".<sup>21</sup>

En todo caso, los autores posteriores no siempre seguirán estos postulados.<sup>22</sup>

Finalmente cabe consignar que a diferencia de lo que sucedería en Colombia, ninguno de estos autores llegó a atribuirle el carácter de "irrefragable" a las presunciones de culpa que postularon. En efecto, para Ducci el demandado puede eximirse de responsabilidad probando que el hecho "se debe a fuerza mayor o caso fortuito, a una falta de la víctima, a hecho de un tercero o, en general, *si no existe una falta imputable en su contra*",<sup>23</sup> y para Alessandri idéntico resultado logrará acreditando que el hecho "*acaeció sin culpa de su parte, por un caso fortuito, por una imprudencia exclusiva de la víctima o de un tercero, etc*".<sup>24</sup>

<sup>20</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, "*Une nouvelle interprétation de l'article 2329 du Code Civil Chilien*", en *Études de Droit Civil à la Mémoire de Henri Capitant*, París, Dalloz, 1939, pp. 9 ss. (existe reimpresión por Topos Verlag AG – Librairie Edouard Duchemin, Liechtenstein – París, 1977).

<sup>21</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, cit., pp. 292 a 301 (con específicas referencias en este texto a lo que paralelamente sucedía en el derecho colombiano, en particular a la sentencia de la Corte de Casación de Colombia publicada en la Gaceta Judicial de Colombia, Tomo XLVI, año 1938 N° 1934, p. 211 y N° 1936, pp. 515 y 560, y a las opiniones de Francisco Tafur Morales y por su intermedio a las de Zuleta).

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, Abeliuk sostiene que "nada hay en el precepto que permita sostener una presunción de culpa, cuyos exactos alcances no se pueden precisar en la ley" (ABELIUK MANASEVICH, René, *ob. cit.*, t. I., p. 206); y para Corral el inciso 1° del artículo 2329 simplemente viene a "manifestar la exigencia de la 'relación de causalidad', en tanto que "los números del art. 2329 tampoco contienen presunciones de culpa, sino presunciones de causalidad" (CORRAL TALCIANI, Hernán, *ob. cit.*, pp. 229 y 230).

<sup>23</sup> DUCCI CLARO, Carlos, *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas - Hechos de las cosas - Circulación de vehículos*, cit., pp. 135 y 136.

<sup>24</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, cit., pp. 298 y 299.

## 6. Las lecturas jurisprudenciales del artículo 2329 del Código Civil

Si bien la jurisprudencia chilena ha entendido tradicionalmente que el artículo 2329 reiteraría lo dispuesto previamente por el artículo 2314 del Código Civil,<sup>25</sup> existen recientes pronunciamientos que han seguido las posiciones doctrinarias que hemos analizado.

Dentro de estos fallos destaca especialmente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 23 de julio de 1993, que con erudita riqueza argumentativa señaló:

*“Que forma parte de la experiencia común, que el uso del fuego como medio de limpieza de terrenos rústicos es una actividad de suyo extremadamente peligrosa, en particular en una zona como la de la Octava Región, eminentemente forestal. Por lo mismo, de acuerdo a la probabilidad normal, según aquella experiencia, un incendio producido por el fuego proveniente de un roce ha de entenderse culpable, salvo prueba de haberse empleado la diligencia debida. Esta conclusión se apoya en el recto entendimiento del artículo 2329 del Código Civil, así como en los principios generales de la prueba. En efecto, de aquella disposición deriva que, en presencia de actividades que de suyo son peligrosas, los resultados dañinos de ellas han de entenderse imputables a culpa del que realiza tal actividad, porque ellas generan normalmente daños cuando no se emplea la debida diligencia. El más ilustre de nuestros comentaristas sobre la responsabilidad civil, escribía al respecto que: “La presunción de culpabilidad que, según nosotros, establece el artículo 2329, no se aplica sino cuando el hecho que cause el daño, por su naturaleza o por las circunstancias en que se ha realizado, permite atribuirlo a la culpa o al dolo de (sic) agente, es susceptible de ser imputado a su descuido o a su negligencia. Hay hechos que denotan por sí mismo la*

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, recientemente nuestra Corte Suprema ha dicho que “los artículos 2314 y 2329 del Código Civil (...) consultan la regla general en materia de responsabilidad civil por hechos propios y derivada del dolo o culpa de la acción u omisión causante del perjuicio” (C. S., 8 de mayo de 2002, causa rol N° 3427-01, considerando 21°. En el mismo sentido la misma Corte en sentencias de 26 de septiembre de 2000, en causa Rol N° 2994-99, considerando 2°, y de 6 de marzo de 2001, en causa Rol N° 3104-99, considerando 2°), todas citadas por LÓPEZ MATAMALA, Juan Pablo, *ob. cit.*, p. 57 (el texto completo de estas sentencias puede obtenerse con esos datos en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)). Sentencias anteriores en LARROUCAU TORRES, Jorge, *ob. cit.*, p. 140, nota 480.

*culpabilidad de su autor porque provienen ordinariamente de descuido o de negligencia; según las probabilidades humanas, es razonable atribuirlos al dolo o a la culpa; su sola realización induce a pensar que no han podido realizarse sin ellos, como un choque de trenes o de otros vehículos (tranvías, automóviles), la caída de un ascensor, etc. En tales casos, la sola existencia del hecho perjudicial basta para presumir que ha existido culpa... Es lo que nos dice la razón natural" (A. Alessandri R., "Une nouvelle interprétation de l'article 2329 du Code Civil chilien", en "Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant", N° 5, pág. 13, París, 1939). Es la misma idea que traduce el principio probatorio del que hace uso de (sic) Common Law y que se expresa en el brocardo Res Ipsa Loquitur; la cosa habla por sí misma. De acuerdo a él: "Debe existir prueba razonable de negligencia; pero allí donde se demuestra que la cosa está bajo la dirección del demandado o de sus agentes, y el accidente es tal que de acuerdo al curso ordinario de las cosas no sucede si aquellos que tienen su control no sucede si usan el cuidado apropiado (sic), ello provee razonable evidencia, en ausencia de explicación del demandado, que el accidente sucedió por falta de cuidado" (Earle en Scott vs. London and St. Katherine Docks Co. 1865, 3 H & C 596, 159 Eng. Rep. 665)".<sup>26</sup>*

En tiempos recientes otras sentencias han seguido la misma tendencia<sup>27</sup> (precisan-

<sup>26</sup> C. de Concepción, 23 de julio de 1993, en RDJ, t. 90, sec. 2ª, pp. 91 ss. (redactada por el abogado integrante Ramón Domínguez Aguila), donde se agrega: "Que, de consiguiente, en ausencia de una prueba concreta y cabal de que circunstancias ajenas al demandado, imprevisibles e irresistibles, han permitido la propagación del fuego usado en el roce desde el predio del demandado al de los demandantes o que se han tomado todas las precauciones que una esmerada prudencia aconseja en tales circunstancias, ha de entenderse acreditada la culpa en el incendio producido en el predio de estos últimos".

<sup>27</sup> Así: C. de Santiago, 7 de septiembre de 2000, en RDJ, t. 97, sec. 2ª, pp. 65 ss. (con redacción del abogado integrante señor Alberto Lyon P.), también en *Gaceta Jurídica* N° 243, p. 74, y en *Número Identificador LexisNexis* 21059, donde se señala que esta conclusión se extrae de "(a) la redacción misma de dicha disposición, pues, al utilizarse por el legislador la expresión subjuntiva "pueda", se está queriendo aludir, en general, a cualquier daño que sea posible, probable o racional de imputar a malicia o negligencia. De manera que cualquier perjuicio que provenga de haberse alterado el normal, rutinario y consecuencial desenvolvimiento de un determinado quehacer, trabajo o actividad, debe presumirse que proviene de dolo o culpa del agente; y (b) los ejemplos que contiene la misma disposición, todos los cuales se refieren a hechos que suponen la característica antes anotada, en el sentido de que todos ellos alteran el comportamiento normal con el que se ha de proceder en cada una de las circunstancias descritas en cada ejemplo. Así, lo normal es que aquel que dispara un arma de fuego no lo haga en forma imprudente. Así también, lo normal es que aquel que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino tome las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche. Así, finalmente, lo normal es que aquel que se encuentra obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tenga en estado de no causar daño a los que transitan por él", por lo cual concluye la sentencia: "tal disposición no

do incluso que se trataría de una presunción "simplemente legal");<sup>28</sup> pero debe consignarse que ello no constituye aun un fenómeno generalizado.

## 7. ¿Es la hora de reformas legales? Algunos datos del derecho comparado para un posible análisis

Sin perjuicio de la potencialidad que envuelven las referidas reinterpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales del artículo 2329 del Código Civil, lo cierto es que careciéndose en Chile de una regla general de responsabilidad por el hecho de las cosas (como la contenida en el artículo 1384 del Código Civil francés<sup>29</sup> o en el artículo 1113 del Código Civil argentino)<sup>30</sup> seguramente se acerca la hora de debatir la posible agregación a nuestro Código Civil de algún factor general de imputación de daños diverso a la culpa o el dolo, que venga a acompañar a éstos en la tarea de seleccionar los perjuicios resarcibles.<sup>31</sup>

puede constituir una repetición de la regla general contenida en el artículo 2314 del Código Civil, tanto porque ello supondría una redundancia poco frecuente en la obra del legislador civil, cuanto porque la norma se encuentra precisamente inserta al final de las presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas, lo que sugiere que ella ha querido instituir la regla general en materia de presunción de responsabilidad por el hecho propio"; también sentencia dictada por el señor César G. Panes Ramírez, Juez Letrado Titular del Primer Juzgado Civil de Concepción el 3 de septiembre de 1999, confirmada por la C. de Concepción en sentencia de 6 de octubre de 2000 y por C. S. en sentencia de 28 de diciembre de 2000, todas en *Número Identificador LexisNexis* 17821 (se trataba de un caso de responsabilidad municipal por mantener calle con "forados y sin resguardo alguno" "en situación de provocar caídas de los peatones"); con las mismas consideraciones y ante situación fáctica equivalente: C. de Chillán, 26 de diciembre de 2005, Rol N° 27.976-2004-Civil (redacción del Ministro señor Darío Silva Gundelach), en *Número Identificador LexisNexis* 34542; C. S., 7 de mayo de 2001, Rol N° 1430 - 2000 (redacción a cargo del Abogado Integrante Enrique Barros) en *Número Identificador LexisNexis* 18590, y en RDJ, t. 98, sec. 1ª, pp. 88 ss. (responsabilidad municipal por "acera en estado de causar peligro a quienes transitaban por ella"); y C. S., 29 de mayo de 2002, causa Rol N° 4784-2000, considerando 11° (con precisa redacción del abogado integrante Enrique Barros B.).

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, se ha señalado que "teniendo la presunción analizada el carácter de simplemente legal, ella pudo haber sido destruida durante la secuela del juicio probándose que la causa que originó el daño fue producto de fuerza mayor, del hecho culpable de un tercero o de culpa de la víctima, ninguno de cuyos requisitos se encuentra probado en autos". C. de Concepción, 4 de noviembre de 1997, en *Fallos del Mes*, N° 481, pp. 2600 ss., considerando 10° (redacción de la Ministra doña Irma Meurer), no menciona, en todo caso, como causal de irresponsabilidad, la prueba de la diligencia del demandado.

<sup>29</sup> Código Civil francés artículo 1384 inciso 1°: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

<sup>30</sup> Artículo 1113 inciso 1° del Código Civil argentino: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado".

<sup>31</sup> Un reclamo expreso en tal sentido formulaba Alessandri hace más de 60 años (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, cit., N° 78, pp. 125 a 127).

En tal sentido el derecho comparado contiene diversas soluciones que podrían considerarse en este contexto. Así existen reglas de responsabilidad por la tenencia de bienes riesgosos o peligrosos o por el desarrollo de actividades (anormalmente) riesgosas o peligrosas (como acontece, con matices, en Italia,<sup>32</sup> Bolivia,<sup>33</sup> Brasil,<sup>34</sup> Cuba,<sup>35</sup> México,<sup>36</sup> Paraguay,<sup>37</sup> Perú,<sup>38</sup> Portugal,<sup>39</sup> en el "Anteproyecto de reforma

<sup>32</sup> Código Civil italiano (de 1942) artículo 2050: "Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

El principio general de responsabilidad por culpa está consagrado en el artículo 2043 de este Código.

<sup>33</sup> Código civil boliviano (de 1975), artículo 998: "Actividad peligrosa. Quien en el desempeño de una actividad peligrosa ocasiona a otro un daño, está obligado a la indemnización si no prueba la culpa de la víctima".

El principio general de responsabilidad por culpa está consagrado en el artículo 984 de este Código.

<sup>34</sup> Código civil brasileño (de 2002), artículo 927 Parágrafo único. – "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

El principio general de responsabilidad por culpa deriva del inciso 1° de esta norma en relación con el artículo 186 del mismo Código.

<sup>35</sup> Código civil cubano (1987) artículo 47. "Las causas que generan la relación jurídica son: a) los acontecimientos naturales; b) los actos jurídicos; c) los actos ilícitos; ch) el enriquecimiento indebido; y d) las actividades que generan riesgo".

Artículo 104. "Las actividades que generan riesgo son actos lícitos que por su propia naturaleza implican una posibilidad de producir daño o perjuicio".

Artículo 107. "El contenido de la responsabilidad por actividades que generan riesgo comprende:

- a) la reparación del daño material; y
- b) la indemnización de los perjuicios".

<sup>36</sup> Código Civil para el Distrito Federal (de 1928), artículo 1913: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que este daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

<sup>37</sup> Código civil paraguayo (de 1985), artículo 1846: "El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder".

Artículo 1847. "El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

El principio general de responsabilidad por culpa está consagrado en los artículos 1833 y 1834 de este Código.

<sup>38</sup> Código civil peruano (de 1984) artículo 1970: "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a repararlo".

El principio general de responsabilidad por culpa está consagrado en el artículo 1969 de este Código.

<sup>39</sup> Código civil portugués (de 1967) artículo 493: "(Danos causados por coisas, animais ou actividades) 1. Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.

2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir".

El principio general de responsabilidad por culpa está consagrado en el artículo 483 de este Código.

del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX",<sup>40</sup> en los "Principios de derecho europeo de la Responsabilidad Civil" redactados por el llamado "European Group on Tort Law";<sup>41</sup> y en medida más restringida en España,<sup>42</sup> o por "violation of a ... rule of unwritten law pertaining to proper social conduct" (Holanda),<sup>43</sup> o por obrar "contra las buenas costumbres" (México),<sup>44</sup> o por "faits contraires aux mœurs" (Suiza).<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Art. 1362 "Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément. L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1".

El principio general de responsabilidad por culpa está consagrado en el artículo 1352 de este Anteproyecto.

Existe reciente traducción al castellano de este Anteproyecto: "Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX", traducción a cargo de Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>41</sup> Art. 1 : 101. "Norma fundamental.

(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo.

(2) En particular, el daño puede imputarse a la persona

a) cuya conducta culpable lo haya causado; o

b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o

c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones".

La versión en inglés y la traducción al castellano de estos "Principios" a cargo de Miquel MARTÍN-CASALS, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 9, 2005, pp. 221 a 234; también en Internet con antecedentes sobre su elaboración y los miembros del referido Grupo en <http://civil.udg.edu/tort/>.

<sup>42</sup> Código Civil español (de 1889) artículo 1908: "Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

1º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

2º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades

3º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen".

<sup>43</sup> Código civil holandés Libro 6 artículo 162: "1. A person who commits an unlawful act toward another which can be imputed to him, must repair the damage which the other person suffers as a consequence thereof.

2. Except where there is a ground of justification, the following acts are deemed to be unlawful: the violation of a right, an act or omission violating a statutory duty or a rule of unwritten law pertaining to proper social conduct.

3. An unlawful act can be imputed to its author if it result from his fault or from a cause for which he is answerable according to law or common opinion".

Se ha reproducido aquí traducción al inglés tomada de "New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1990, p. 298 (que contiene versión original y traducciones al inglés y francés).

<sup>44</sup> Artículo 1910 del Código Civil Federal (de 1928): "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

<sup>45</sup> *Code des Obligations* suizo (de 1911), artículo 41: "1. Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer".

## 8. La situación de las obligaciones de medio y de resultado en la responsabilidad contractual

Finalmente en lo que respecta a la responsabilidad contractual Fabricio Mantilla nos señalaba que en Colombia el proceso objetivador se ha visto favorecido al utilizarse generalizadamente la clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado, con la consecuencia que el incumplimiento de una obligación de resultado conllevaría a un régimen objetivo de responsabilidad.

No sucede lo mismo en Chile, donde la doctrina debate la posible acogida de esta clasificación en nuestro ordenamiento<sup>46</sup> y la jurisprudencia escasamente la ha utilizado.<sup>47</sup>

Corroborando lo dicho la Corte de Apelaciones de Santiago que en sentencia de 31 de enero de 2002 señaló que: "la clasificación de las obligaciones que distingue entre las de resultado y de medio o prudencia, es desconocida en el Código Civil

<sup>46</sup> Análisis críticos en: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, cit. pp. 53 y 54, nota 2; ABELIUK MANASEVICH, René, ob. cit., t. I, p. 205; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, cit., pp. 207 a 214. Aceptan aplicar esta tesis en Chile, TAPIA SUÁREZ, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Editorial LexisNexis, 2006 (reimpresión de la obra original de 1941 y que correspondió a su Memoria de Prueba elaborada en la Universidad de Concepción), pp. 498 a 505; GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro, *Responsabilidad contractual. Obligaciones de medio y de resultado*, ConoSur LexisNexis Chile, 2002; también, aunque con otros análisis en tema de prueba: PEÑAILILLO AREVALO, *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 222 ss. En todo caso otras propuestas de objetivación de la responsabilidad contractual en: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 24, N° 1, 1997, pp. 151 a 177.

<sup>47</sup> En tal sentido se ha resuelto: que "el transporte aéreo se rige por un estatuto de responsabilidad objetiva, lo que supone acreditar la obligación, el daño y la causalidad, cuestiones todas que aparecen acreditadas y permiten atribuir responsabilidad a la demandada, quien asumió una obligación de resultado, respecto de la cual no puede exonerarse acreditando que obró con la diligencia debida, ni que sobrevino un caso fortuito cualquiera, sino sólo la ocurrencia de las hipótesis contempladas normativamente en el cuerpo legal que rige este tipo de transporte aéreo (artículo 20 N° 2 del Convenio de Varsovia)" (C. de Santiago, 4 de agosto de 2006, en *Número Identificador LexisNexis*: 35972); o "que la doctrina y la jurisprudencia han aceptado una diferencia en la esencia del concepto de la obligación médica, en el sentido que en la dualidad de ésta como obligación de medio u obligación de resultado, se ha concluido que aquella asumida por el médico frente al paciente, es una típica obligación de medio, concepto que se contraponen a la obligación de resultado, desde que el profesional, como agente del Estado o como particular, no se compromete a curar al enfermo, sino que solamente a poner sus conocimientos y su experiencia en la forma más diligente posible, con vista al mejoramiento del atendido" (sentencia de 4 de abril de 2003, dictada por el Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Talcahuano, señor Manuel Muñoz Astudillo, la que, en todo caso, fue revocada por la C. de Concepción en sentencia de 18 de diciembre de 2003, ambas en *Número Identificador LexisNexis* 31322).

y tampoco la acepta la doctrina, señalándose por los autores (Alessandri y Abe-liuk) que esta estimación es inaceptable, pues la disposición del artículo 1547 del Código Civil presume la culpa contractual sin hacer diferencias y no es posible sostener la existencia de obligaciones de resultado y de medio".<sup>48</sup>

## 9. Algunas vías adicionales de debilitamiento de los criterios subjetivos de imputación en derecho chileno

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, en Chile han operado otras vías de debilitamiento de la exigencia tradicional de culpa en ambos sectores de responsabilidad civil, a las que me voy a referir muy brevemente ahora.

Estas son:

### a) La culpa contra la legalidad

En muchos sectores de la actividad humana nuestro ordenamiento jurídico tipifica diversos deberes de conducta. La trascendencia de ello es que muchas veces se entenderá que la sola infracción de esta normativa constituye culpa del agente, "culpa contra la legalidad".<sup>49</sup>

En tal sentido se ha fallado que "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa".<sup>50</sup>

Buen ejemplo de esta situación se verifica en la responsabilidad civil derivada de accidentes del tránsito, donde la normativa del ramo (Ley de Tránsito, Manual de Carreteras, Manual de Señalización y otras ordenanzas en la materia) exige el cumplimiento de una serie de comportamientos a quienes se desplazan por las

<sup>48</sup> Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de enero de 2002, en RDJ, t. 99, sec. 2ª, p. 9 y en *Número Identificador LexisNexis* 23964.

<sup>49</sup> Desarrollos sobre este tema véanse en ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, cit., N° 125, pp. 175 a 181; CORRAL TALCIANI, Hernán, *ob. cit.*, pp. 215 y 216; LARROUCAU TORRES, Jorge, *ob. cit.*, pp. 192 a 194 (con referencias jurisprudenciales).

<sup>50</sup> C. Santiago, 17 de abril de 2002, en *Gaceta Jurídica* N° 262, pp. 81 ss. considerando 20º, con cita a Planiol y Ripert (redacción del ministro Sergio Muñoz Gajardo).

vías públicas, en términos tales que su violación contribuirá determinadamente para establecer la culpa del infractor en el juicio indemnizatorio respectivo.<sup>51</sup>

Otro tanto acontece en la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, en donde el examen de culpa se ha centrado en el cumplimiento o incumplimiento del deber de protección u obligación de seguridad que como parte del contrato de trabajo tiene el empleador respecto de la vida y salud de los trabajadores, y que positivamente se deriva del artículo 184 del Código del Trabajo<sup>52</sup> así como de una abundante normativa, de diversa jerarquía, que lo complementa y/o concretiza,<sup>53</sup> todo ello en términos tales que para nuestra jurisprudencia su infracción hace concluir la existencia de culpa del empleador (llamada incluso directamente "culpa contra la legalidad").<sup>54</sup>

A lo anterior debe añadirse que se ha entendido que el cumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias no exime del deber de adoptar las demás medidas de prudencia y atención que las circunstancias requieran.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Recuérdese además que en esta materia el legislador ha tipificado un abundante número de presunciones de responsabilidad (así, por ejemplo, en los artículos 172 y 173 de la Ley N° 18.290, Ley de Tránsito).

<sup>52</sup> El artículo 184 del Código del Trabajo establece en sus dos primeros incisos lo siguiente: "El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica".

<sup>53</sup> Anteriormente hemos abordado el alcance dado por nuestra jurisprudencia reciente al artículo 184 y a su normativa complementaria, en: DIEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales*, en Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 10, Universidad de Los Andes, 2005, pp. 73 a 98; también, CONCHA MACHUCA, Ricardo Alberto, *Algunos aspectos de la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo ante la jurisprudencia*, Fondo de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2005, pp. 42 a 102 (analizando también jurisprudencia anterior).

<sup>54</sup> En tal sentido: C. Santiago, 30 de enero de 1996, considerando 13°, *Número Identificador LexisNexis* 15353 (señalándose allí "que la empresa no dio cumplimiento a tales medidas, por lo que además de haber incurrido en una omisión contractual configuró una culpa contra la legalidad"). En el mismo sentido: C. Santiago, 5 de noviembre de 2001, en *Gaceta Jurídica*, N° 257, pp. 170 y 171 (donde se señala que el empleador "responde hasta de culpa levisima, bastando la mera imprudencia o negligencia, el deber de informar de los riesgos o la infracción de reglamentos para incurrir en dicha responsabilidad"); y, C. Antofagasta, en sentencia de 17 de abril de 2003, *Número Identificador LexisNexis* 28975.

<sup>55</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, cit., N° 125, p. 180. Y en la jurisprudencia expresamente en: C. Santiago, 17 de abril de 2002, en *Gaceta Jurídica* N° 262, pp. 81 ss. considerando 20°, con cita a Planiol y Ripert (redacción del ministro Sergio Muñoz Gajardo).

## b) La imposición del criterio de la culpa levísima

Aunque puede ser discutible, se ha sostenido tradicionalmente en Chile que en materia extracontractual la culpa levísima basta para generar responsabilidad.<sup>56</sup>

Y exigiendo este mismo grado de reprochabilidad se analiza jurisprudencialmente el cumplimiento de la obligación de seguridad que tiene el empleador respecto de la vida y salud de sus trabajadores en virtud del contrato de trabajo, cuando de su infracción se deriva responsabilidad civil.<sup>57</sup>

## c) La especial agravación de la responsabilidad del empresario en nuestra práctica

Como demostró notablemente Pedro Zelaya Etchegaray, en materia de responsabilidad extracontractual de los empresarios "nuestra jurisprudencia ha iniciado un interesante y sugerente proceso de paulatina objetivación de la responsabilidad civil del empresario" a través se una serie de "paliativos" de la responsabilidad por culpa presunta, entre los que mencionó: la progresiva dificultad de alegar con éxito la prueba liberatoria ex art. 2320 inciso final, la culpa *in omitiendo* de los dependientes, la culpa anónima o del dependiente desconocido, consideración de la falta del servicio o culpa en la organización y la responsabilidad contractual por estipulación a favor de terceros, entre otros.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> No admitiendo graduación la culpa cuasidelictual, por no serle aplicable el artículo 44 del Código Civil, se concluye que "toda culpa, cualquiera que sea su gravedad, aun la más leve o levísima, impone a su autor la obligación de reparar" (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, cit., N° 130, p. 196), en el mismo sentido: CORRAL TALCIANI, Hernán, *ob. cit.*, pp. 213 y 214; y en la jurisprudencia, Corte de Santiago, 21 de agosto de 1940. RDJ, t. 39, sec. 2ª, p. 55; C. S., 20 de octubre de 1954. RDJ, t. 51, sec. 1ª, p. 509; C. S., 7 de abril de 1958. RDJ, t. 55, sec. 1ª, p. 35 e, implícitamente, C. S., 23 de enero de 1975., en *Fallos del Mes*, N° 194, p. 292. Una revisión de las distintas posiciones en este tema, concluyendo que en responsabilidad extracontractual debe responderse sólo de culpa leve, en: LARROUCAU TORRES, Jorge, *ob. cit.*, pp. 129 a 133.

<sup>57</sup> Así por ejemplo: C. de Santiago: 25 de noviembre de 1998, en *Gaceta Jurídica*, N° 221, pp. 200 ss.; C. S., 27 de mayo de 1999, en RDJ, t. 96, sec. 3ª, pp. 89 ss.; C. Santiago, 17 de enero de 2000, en *Gaceta Jurídica*, N° 235, pp. 199 ss.; C. S., 8 de agosto de 2000, en RDJ, t. 97, sec. 3ª, pp. 152 ss.; C. Santiago, 25 de octubre de 2000, en *Gaceta Jurídica*, N° 245, pp. 233 ss.; C. Concepción, 20 de mayo de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 270, pp. 160 ss. (citando a su vez fallo de la C. S. publicado en RDJ, t. 96, sec. 3ª, pp. 89 ss.); C. Concepción, 10 de julio de 2002, confirmada por C. S. en fallo de 20 de enero de 2003, ambas en *Fallos del Mes*, N° 506, pp. 5267 ss., entre otros.

<sup>58</sup> Al respecto véase: ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, "La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente (un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 197, 1995 [pero 1996], pp. 117 a 142. Sobre este fenómeno específicamente en la responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales véase DIEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales*, cit.

## 10. Conclusiones

Efectuado el análisis precedente, se puede concluir que si bien en Chile la culpa ha experimentado importantes evoluciones, nuestro sistema general de responsabilidad civil sigue siendo subjetivo y en él la culpa sigue cumpliendo la función que le ha sido característica en el sistema romanista, esto es –en palabras de mi profesor Sandro Schipani– “‘completar’ el sistema, recurriendo a él es posible integrarlo todas las veces que se presenten casos nuevos, no comprendidos en el ámbito de las figuras típicas”.<sup>59</sup>

Diversa entonces parece ser la evolución interpretativa que han tenido en Chile y Colombia las reglas del Código de Bello en materia de culpa, pues aquí los procesos de marcada objetivación general de la responsabilidad aquiliana y contractual que nos ha referido Fabricio Mantilla (aun) no se han verificado.

Finalmente quiero expresar mi agradecimiento a los organizadores de este importante Seminario por la invitación a participar en él.

En particular expreso palabras de gratitud al profesor Ramón Domínguez Águila, pues el hecho que en esta austral ciudad hayamos podido tener este enriquecedor Seminario, con la ilustre visita de profesores venidos de Argentina, Colombia y Francia, es al menos en gran parte, por “culpa” o mejor dicho “gracias” al dilatado y fructífero trabajo que él ha desplegado en la prestigiosa *Association Henri Capitant*.

<sup>59</sup> SCHIPANI, Sandro, “El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad”, en *Materiales II, Corso di Perfezionamento e di Magister in: “Derecho Romano y Unificación del derecho. Experiencia europea y latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual)”*, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Centro di Studi Latinoamericani, s.f. [pero 1999], p. 122, añadiendo que “los casos nuevos de daño no originado por culpa, y no comprendidos en el ámbito de las figuras típicas, quedan sin resarcir, hasta cuando no exista una intervención del legislador”.

## **La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile\***

**Bruno Caprile Biermann**

Magíster UNIVERSIDAD DE PARÍS II, FRANCIA.

Profesor de Derecho Civil, UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO y

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA S.S.M.A. CONCEPCIÓN.

Mediante una ordenanza del 23.03.2006 y que entró en vigor el mismo día, se introdujo una sustancial reforma al derecho de las garantías en Francia, que significó introducir un libro IV al Código de Napoleón, que bajo el epígrafe "De las Garantías" consolida la regulación de la generalidad de las cauciones.<sup>1</sup>

La génesis de la reforma está estrechamente vinculada a la *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, que hoy día nos convoca. En efecto, fue por iniciativa de ésta y especialmente de su presidente, aquí presente, que en el año 2003 se conformó un grupo de trabajo, conocido como Comisión GRIMALDI, que evacuó el año 2005 un anteproyecto de ley y una exposición de motivos.

\* El texto corresponde a la transcripción de la conferencia que el autor expuso en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Concepción, en el marco del Seminario sobre Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno, seminario que constituyó una manifestación del Capítulo Chileno de la *Association Henri Capitant*, de los amigos de la Cultura Jurídica Francesa, el 7 de diciembre de 2006.

<sup>1</sup> Acerca de la reforma, puede consultarse: SIMLER, Philippe, "Avant-propos et dispositions générales"; HOUTCIEFF, Dimitri, "La garantie autonome et la lettre d'intention"; LEGAIS, Dominique, "Le gage de meubles corporels"; STOUFFLET, Jean, "Le nantissement de meubles incorporels"; CROCCQ, Pierre, "La réserve de propriété"; DUPICHOT, Philippe, "L'antichrèse"; DELEBECQUE, Philippe, "L'hypothèque"; GRIMALDI, Michel, "L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire", todos en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, La Semaine Juridique, supplément au N° 20, 17.05.2006; AVENA-RABARDET, Valérie, "Réforme des sûretés", en *Dalloz* 2006.897. Entre los autores nacionales, consúltese el excelente trabajo de RÍOS LABBÉ, Sebastián, "La reforma del Derecho de Garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Lanerí, N° 7, dic. 2006, págs. 89 y s.

Ahora bien, mediante una ley de 26.07.2005, el Poder Legislativo delegó en el Ejecutivo la potestad de dictar las normas tendientes a introducir la reforma, es decir, la reforma se introdujo por la vía de lo que en nuestro medio se conoce como decreto con fuerza de ley. Es así como surgió *L'ordonnance* del 23.03.2006, que introduce la reforma.

El nuevo libro IV del *Code* consolida, como decíamos, la regulación de la totalidad de las garantías. Sin embargo, ello no quiere decir que la reforma introduzca modificaciones en lo sustantivo respecto de todas las garantías. En efecto, la ley delegatoria contuvo una serie de limitaciones que condujo a que, mientras respecto de algunas garantías el nuevo libro IV se limita a reproducir los textos anteriores, en otras contiene auténticas innovaciones.

En cuanto a su estructura, el libro IV se divide en dos títulos, el primero destinado a las garantías personales, y el segundo a las garantías reales.

En los minutos que me han sido asignados no podemos tener la pretensión de abordar íntegramente la reforma. El objetivo de esta exposición es simplemente un vistazo de la reforma francesa, pero con la mirada de un chileno. De esa forma creo que podemos destacar algunos rasgos que nos permitan, por una parte, comprender mejor nuestro sistema al contrastarlo con un sistema distinto y, a la vez, poder vislumbrar algunos grandes lineamientos que podrían orientar reformas futuras.

La máxima dice que debemos huir de las comparaciones, puesto que hay siempre uno que sale perdiendo. No es ese naturalmente el espíritu que me anima, sino, como dije, poder comprender mejor nuestro sistema y eventualmente extraer las orientaciones que inspiran las reformas emprendidas en el derecho galo.<sup>2</sup>

En esta visión sinóptica, seguiré el mismo orden que el nuevo libro IV del *Code* y abordaré en una primera parte las garantías personales y en una segunda parte las garantías reales.

<sup>2</sup> Con posterioridad a la conferencia, se aprobó la ley 2007-211, del 19.02.2007, que instituyó la fiducia en Francia, la que ha sido incorporada en los artículos 2011 y siguientes y que permite al constituyente la transferencia de bienes, derechos o *garantías* a un fiduciario, que los mantiene separados de su patrimonio, para actuar en pos de un fin determinado a favor del beneficiario.

## I. Las garantías personales

El título I del libro IV regula la fianza, las garantías autónomas y la *lettre d'intention* (si lo traducimos literalmente debiéramos decir "cartas de intención").

**No me referiré a la fianza**, pues, como expliqué anteriormente, debido a las limitaciones establecidas por la ley delegatoria, la reforma no consideró esta garantía (existe una reforma indirecta respecto a la fianza real, debido a una jurisprudencia francesa, pero no lo abordaré).

En consecuencia, abordaremos en un primer momento las garantías autónomas (A) y luego diremos dos palabras acerca de las cartas de intención (B).

### A. Las garantías autónomas

La reforma introduce al Código la regulación de las garantías autónomas. Leamos el nuevo artículo 2321 del *Code*.

**Art. 2321:** La garantía autónoma es el compromiso por el que el garante se obliga, respecto de una obligación suscrita por un tercero, a abonar una cantidad bien a la primera solicitud, o bien con arreglo a las modalidades acordadas.

En caso de abuso o fraude manifiesto por parte del beneficiario o de colusión de éste con el ordenante, el garante no estará sujeto a dicho compromiso.

El garante no podrá oponer ninguna excepción respecto de la obligación garantizada.

Salvo convenio en contrario, la garantía autónoma no seguirá a la obligación garantizada.

**La regla contiene, en primer término, una definición de las garantías autónomas y más adelante avanza la principal característica de éstas, como es la inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato base o contrato garantizado, esto**

es, que no puede pretender obstaculizarse el pago por excepciones fundadas en la ineficacia, nulidad o cualquier otro vicio del contrato garantizado.

**No olvidemos que la generalidad de las cauciones tienen un carácter accesorio**, de tal suerte que la extinción del contrato garantizado acarrea la extinción de la garantía. Las garantías autónomas son, en cambio, independientes del contrato garantizado, de modo que la ineficacia del contrato principal no las afecta.

Estas garantías son prácticamente desconocidas en nuestro medio y se las suele identificar con una de ellas, de mayor aplicación práctica en nuestro derecho interno, como es la boleta bancaria de garantía.<sup>3</sup>

**Es solo en fecha reciente que la doctrina chilena reconoció la verdadera naturaleza jurídica de la BBG, calificándola como una garantía autónoma.** De hecho, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras acogió dicha calificación mediante modificación al capítulo 8-11 de su Recopilación de normas introducida en octubre de 2002 (circulares N° 3.195, de fecha 4.10.2002, y N° 3.199, de 21.10.2002)

Nótese también que la definición admite que **la garantía autónoma puede tener varias modalidades**: la más conocida es la pagadera a primer requerimiento o primera demanda (que es el caso de la boleta bancaria de garantía), pero también existen otras en que puede pagarse contra presentación de un documento (certificación de un experto, etc.)

La regla del art. 2321 recoge el límite establecido por la doctrina comparada para deslindar aquellos casos en que la garantía debe pagarse de aquellos en que puede detenerse lícitamente el pago: **el fraude o abuso manifiesto**. Es el mismo problema para casos en que se puede detener el pago de la BBG y casos en que se debe pagar: fraude o abuso manifiesto que emane de prueba líquida.

Finalmente, la reforma modificó también el art. 313-10 del Código del Consumo francés **estableciendo expresamente la interdicción de otorgar garantías**

<sup>3</sup> Consúltense nuestro trabajo "La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento", Editorial Jurídica de Chile, agosto 2002.

**autónomas en el ámbito de los créditos otorgados a consumidores y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario en los contratos de arrendamiento.**

**Se trata de una regla que revela un peligro que, al parecer, aún no ha sido vislumbrado en nuestro medio. ¿Podrá un particular otorgar una garantía autónoma?** Naturalmente, ya no se trataría de una boleta bancaria de garantía, sino sencillamente de una boleta de garantía. Parece evidente que esa garantía no quedaría regida por el art. 69 N° 13 de la Ley General de Bancos ni por el capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. En principio, debiéramos admitir su validez, fundada en el principio de autonomía de la voluntad.

**En Francia**, algunas instituciones bancarias pretendieron escapar a la protección legal establecida en favor del fiador exigiendo al garante que constituyera una garantía autónoma. La jurisprudencia de la Corte de París las anuló tempranamente (fallos de Corte de París de 1990 y 1992).

**En nuestro medio**, no sería de extrañar que un acreedor versado procediera del mismo modo. Naturalmente, la eficacia de la garantía quedará sujeta a la solvencia del garante, pero lo relevante es que éste quedaría privado de toda excepción que emane del contrato garantizado. De esa forma, se le podría exigir el cumplimiento de un contrato nulo, resuelto, etc.

Contribuye a **agravar estas aprensiones el que en nuestro medio se exige al garante constituirse en fiador y codeudor solidario** y nuestra jurisprudencia ha entendido que éste es un codeudor solidario que manifiesta que carece de interés en la deuda. En Francia, en cambio, se utiliza la fianza.

#### **B. Las cartas de intención (*lettres d'intention*)**

**Se trata de una garantía desconocida en nuestro medio y que me parece interesante al menos mencionarla.** El artículo 2322 del *Code* dispone: "La carta de intención es el compromiso de hacer o no hacer algo, cuyo objeto es el apoyo a un deudor en la ejecución de su obligación hacia su acreedor".

Esta garantía **surgió en la década de 1960 en la práctica financiera anglosajona**, donde se las conoce como *comfort letters*, y luego se expandieron rápidamente.

**La situación más frecuente en que se aplican es la siguiente:** una sociedad filial desea obtener un crédito y, sin embargo, su capacidad financiera no se lo permite. La solución pudiera obtenerse entonces solicitando a la sociedad matriz que se constituya en fiadora o en codeudora solidaria de las obligaciones de la filial. Sin embargo, puede ocurrir que la matriz no desee constituir esa garantía, sea porque limita su propia capacidad de crédito o bien porque requiere formalidades especiales (junta de accionistas) que no se está dispuesta a otorgar.

En ese contexto, surgieron las cartas de intención, en que **la sociedad madre se obliga a prestar su apoyo a la filial, a vigilarla, a cautelar el manejo de los negocios de ésta, pero sin que dicha obligación constituya una fianza o una codeuda solidaria.**

Es por eso que, como lo dice la disposición, de esta garantía **surge una obligación de hacer** (prestar apoyo) o de no hacer (no enajenar sus acciones o derechos en la filial, no exigirle el pago de los créditos que tenga en su contra antes de que se pague el acreedor).

Por lo mismo, **en caso de incumplimiento por parte del deudor garantizado, la sanción no puede ser la de obligar al emisor de la carta de intención a cumplir en su lugar**, sino simplemente a indemnizar al acreedor de los perjuicios que pudieran resultarle en caso de incumplimiento de esas obligaciones de hacer o no hacer.

La verdad es que no creemos que esta garantía pueda importarse en Chile: con dificultad se logra que pague el fiador o el codeudor solidario, sería prácticamente imposible obtener la satisfacción con una carta de intención: dejémosla, por ende, para el uso de los anglosajones.

Habiendo concluido esta visión sinóptica de las garantías personales, veamos someramente las reformas en cuanto a las garantías reales.

## II. Las garantías reales

El título II del nuevo libro IV, destinado a las garantías reales, se divide en dos grandes subtítulos, el primero destinado a las garantías que recaen sobre cosas muebles (A) y sobre cosas inmuebles (B). Seguiremos el mismo orden.

### A. Garantías reales sobre cosas muebles

El art. 2329 del *Code* dispone que: "Las garantías sobre los bienes muebles son:

- 1° Los privilegios mobiliarios;
- 2° La prenda de bienes muebles corporales;
- 3° La prenda (*nantissement*) de bienes muebles incorporales;
- 4° La propiedad retenida en concepto de garantía".

Permítanme formularles dos comentarios preliminares

1° No analizaremos los privilegios mobiliarios, que corresponden a lo que nosotros conocemos como causales de privilegio; y

2° En Francia se distingue entre la prenda sobre cosas corporales, que se designa como "gage", de la que recae sobre cosas incorporales "nantissement". En Chile se habla de prenda para ambas.

Entrando en materia, nos referiremos exclusivamente a algunos aspectos de la reforma:

#### ***1. La prenda deja de ser un contrato real y se transforma en un contrato solemne***

**La prenda deja de ser un contrato real y deviene un contrato solemne, en que la solemnidad consiste en la escrituración. Sin embargo, la oponibilidad de la garantía a los terceros dependerá de la entrega.**

Si adaptamos lo anterior a nuestro sistema de efecto personal del contrato, diríamos que el contrato de prenda es solemne y que la entrega no es sino la forma de efectuar la tradición del derecho real de prenda.

**Se trata de una reforma que debe aplaudirse, puesto que, tal como afirma un sector autorizado de la doctrina, la categoría de contratos reales no es sino la pervivencia en el derecho moderno de un anacronismo.**<sup>4</sup> Esa categoría se justificaba en el derecho romano, en que la fuerza obligatoria del contrato emanaba del cumplimiento de una forma (en este caso la entrega), pero ya no en el derecho moderno, en que su fuerza obligatoria emana del poder creador de reglas que se reconoce a la voluntad.

**En Chile la jurisprudencia ha resuelto que el contrato de mutuo, cuando está regido por la ley de operaciones de crédito de dinero, es un contrato consensual.**<sup>5</sup> De esa forma se han evitado los inconvenientes que genera la calificación de contrato real para los contratos de apertura de línea de crédito. De hecho, en Francia antes de la reforma también ya se había abandonado la calificación de contrato real para el mutuo conferido por bancos e instituciones financieras.

**Esta modificación es de enorme importancia, pues permite empeñar cosas futuras.** El carácter real de la prenda lo impedía (pese a que hubo autores como M. Mestre que sostuvieron lo contrario), pues no es posible entregar cosas que no existen.

Finalmente, nótese que el contrato de prenda es específico, en otras palabras, no se admite la cláusula de garantía general prendaria, sobre lo cual volveremos más adelante.

## ***2. Se suprime la prohibición del pacto comisorio***

El nuevo artículo 2348 del *Code* prescribe que: "Podrá acordarse, durante la constitución de prenda o posteriormente a ésta, que en caso de no ejecución de la obligación garantizada, el acreedor se convierta en el propietario del bien dado en prenda.

<sup>4</sup> Cf. LARROUMET, Christian, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, Economica, 4ª ed., 1998, T. III, Nº 223.

<sup>5</sup> C. Concepción, 27.12.1990, rol 668-90, inédito; Cf. DOYARÇABAL CASSE, Solange, "Naturaleza jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne", en *Revista Derecho U. Católica de Valparaíso*, 1998, 199.

El valor del bien, en ausencia de una tasación oficial del mismo en un mercado regulado en el sentido del Código Monetario Financiero, será determinado el día de su transferencia por un perito tasador designado de forma amistosa o judicial. Toda cláusula en contrario se considerará no escrita.

Cuando este valor sea superior al del importe de la deuda garantizada, la cantidad correspondiente a la diferencia será abonada al deudor o, en el caso de haber otros acreedores pignoratícios, será consignada".

### **3. *Gage sur stocks***

Otra de las grandes novedades de la reforma es que se permite la constitución de prenda sobre stocks de mercaderías. En nuestro medio esa posibilidad está admitida desde el año 1982 por la Ley N° 18.112, sobre prenda sin desplazamiento, permitiéndose expresamente la subrogación de nuevas mercaderías, materias primas o productos elaborados, de modo que no ahondaremos.

### **4. *La propiedad como garantía***

**La cláusula de reserva de propiedad es aquella** por la cual se suspende la transferencia del dominio, con una finalidad de garantía, hasta la ejecución de la contraprestación debida. En concreto, el vendedor entrega desde ya la cosa al comprador, pero se estipula que el dominio no se transfiere al comprador con la entrega o tradición, sino que se posterga hasta el pago del precio.

La cláusula de reserva de dominio **ha tenido un enorme desarrollo en los países europeos y, en particular, en Alemania y Francia**, en circunstancias que en nuestro medio es absolutamente ignorada. La novedad de la reforma francesa consiste exclusivamente en su regulación en el Código Civil.

**En nuestro medio la contradicción entre dos reglas del Código (arts. 680 y 1874) ha llevado a la mayoría de la doctrina nacional a negarle efecto.** En un trabajo anterior planteamos su admisibilidad en el derecho chileno y las ventajas que presentaría, particularmente en caso de quiebra del comprador, puesto que

éste podría escapar al concurso con los acreedores y retirar administrativamente la cosa en su calidad de propietario.<sup>6</sup>

## B. Garantías reales sobre cosas inmuebles

El artículo 2373 del *Code* prescribe que: "Las garantías sobre los bienes inmuebles son los privilegios, la anticresis y las hipotecas.

La propiedad del inmueble podrá igualmente ser retenida en garantía".

Luego se admite cláusula de reserva de propiedad incluso para bienes raíces.

### 1. La anticresis-arrendamiento (*antichrèse-bail*)

Está regulada en el art. 2435; en él se dispone que se entrega la cosa al acreedor, pero luego éste la da en arrendamiento.

### 2. La hipoteca recargable (*hypothèque rechargeable*)

En Francia, a diferencia de lo que ocurre en Chile, se ha mantenido siempre el principio de especialidad de las garantías reales en cuanto a la obligación garantizada, en el sentido de que éstas deben estar determinadas.

En Chile, en cambio, se admite la cláusula de garantía general hipotecaria y, al menos en la Ley 18.112, se admite también la cláusula de garantía general prendaria. Conviene explicar a los profesores invitados que en nuestro país es entonces frecuente que el deudor constituya una hipoteca para garantizar todas las obligaciones presentes y futuras, derivadas de cualquier clase de acto y contrato, que tenga para con el acreedor.

<sup>6</sup> Pueden consultarse nuestros trabajos: "La Reserva de Propiedad, Garantía Eficaz en el Derecho Chileno", en Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, vol. 27, N° 1, 2000, págs. 29 y s.; y "Les nouvelles fonctions de la propriété: la propriété retenue à titre de garantie", Rapport chilien, en Journées Vietnamiennes, "La Propriété", Tome LIII/2003, Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, Paris, 2006, págs. 403 y s.

En consecuencia, en este sentido la reforma francesa no significa una novedad en Chile. **Lo que sí me parece destacable son las limitaciones que se le han introducido en Francia, que pudieran orientarnos para evitar algunos abusos marcados.**

**Esos límites consisten fundamentalmente en que:**

- a) Debe señalarse, bajo pena de nulidad, un monto máximo o tope.
- b) De esa forma se evita que el deudor quede "prisionero" de su banco, ya que se puede recargar con el mismo banco u otro. En Chile, esa posibilidad no existe. El banco apuesta a que el deudor, si quiere irse a otro banco, tiene que prepagar el crédito. No le sirve ofrecer otra segunda hipoteca sobre el mismo predio, ya que nadie va a aceptarla si la primera se ha constituido con cláusula de garantía general, pues no sabe el monto hasta el cual se extiende.
- c) El constituyente tiene el derecho a retractarse: en nuestro país lo cierto es que el codificador jamás contempló la hipoteca con cláusula de garantía general. Por lo mismo, la normativa no contempla (al menos expresamente) el derecho del tercero que constituye la hipoteca para garantizar obligaciones ajenas de retractarse, esto es, de manifestar que la garantía sólo asegurará el pago de las obligaciones contraídas por el deudor hasta ese momento, mas no las que contraiga en el futuro. Creemos, sin embargo, que en Chile puede lograrse la misma solución por aplicación analógica del artículo 2339, ubicado en la reglamentación de la fianza.

Recapitulando, mientras la hipoteca recargable francesa está concebida para favorecer al deudor, la hipoteca con cláusula de garantía general chilena beneficia fundamentalmente al acreedor.

### **3. El préstamo vitalicio hipotecario (*prêt viager hypothécaire*)**

Esta institución está inspirada en el "*reverse mortgage*" anglosajón y procura resolver una situación frecuente en nuestras sociedades, producto del aumento de las expectativas de vida de la población. La situación es la siguiente: la del jubilado que necesita dinero para vivir y que su único bien de importancia es la vivienda en que mora. Si obtiene un préstamo para solventar sus necesidades,

debe servir la deuda en vida, lo que puede resultarle imposible. Si vende la casa, quedará privado del lugar en que quiere terminar sus días.

La figura en estudio permite que un establecimiento financiero otorgue un préstamo a una persona natural, garantizado con una hipoteca sobre un inmueble destinado a la habitación, pagadero tanto en capital como en intereses al deceso del deudor o al momento de la venta del inmueble hipotecado. Se establece que la deuda del mutuario o de sus herederos no podrá exceder jamás el valor del inmueble, determinado por peritos

La eficacia de las garantías es, sin lugar a dudas, un requisito indispensable para el adecuado funcionamiento del crédito, a su vez esencial en una economía de mercado, como la que impera en nuestro país y también en Francia. Desde ese punto de vista, es natural que el legislador, la doctrina y la jurisprudencia procuren poner a disposición del acreedor cauciones que sean efectivas, de rápida ejecución y que lo pongan al abrigo de la insolvencia del deudor. Sin embargo, tampoco podemos perder de vista que es misión fundamental del legislador, pues a él toca establecer reglas generales y obligatorias, evitar los excesos que, lamentablemente, no son ajenos a nuestro medio. El margen de maniobra de la jurisprudencia es, en este sentido, más limitado. Pensamos que la reforma francesa que hemos expuesto sinópticamente puede servirnos para inspirar futuras reformas en Chile, que permitan por una parte ampliar nuestro sistema de garantías, como por otra establecer límites que protejan al constituyente, en pro de un sistema más diversificado y equilibrado, que cautele los intereses del constituyente, del acreedor y de la sociedad en general.

## **Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica**

**Francisco Ternera Barrios**

Profesor Principal de la Facultad de Jurisprudencia,  
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

La doctrina y la jurisprudencia colombianas han acogido vigorosamente la denominada regla general del no cúmulo o no acumulación de responsabilidades. En las siguientes líneas nos ocuparemos de la aplicación de esta regla en el ámbito de la responsabilidad médica.

Se considera que las responsabilidades extracontractual y contractual son instituciones diferentes, que no se ofrecen a las víctimas simultáneamente, toda vez que tienen objetos diferentes: aquella sanciona la inejecución de reglas de conducta, legales o jurisprudenciales, y esta sanciona la inejecución de una obligación contractual. De manera concreta, la jurisprudencia colombiana asevera que la regla del *no cúmulo de responsabilidades* se refiere, principalmente, a dos aspectos. Se prohíbe la yuxtaposición de responsabilidades<sup>1</sup> y se condena el doble resarcimiento.<sup>2</sup>

La responsabilidad civil médica regula los intereses de las personas relacionados con la operación económica de la prestación de servicios de salud. Es decir, entre otras materias, aborda las intrincadas relaciones médico-paciente, médico-auxiliares, centro de salud-médico y centro de salud-paciente.<sup>3</sup> En Colombia, además de las

<sup>1</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de noviembre de 1938. G.J., t. XLVII, p. 411.

<sup>2</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 15 de mayo de 1946. G.J., t. LX, p. 27, y 30 de marzo de 1951, G.J., t. LXIX, p. 366.

Igualmente, véase a: Francia. *Cour de Cassation*. Civ 1re, fallo del 7 de junio de 1989. Gaz. Pal. 1990, 17 Jul. Obs. F. Chabas y Civ 1re, fallo del 30 de enero de 1996. JCP 1996. IV.675.

En el mismo sentido: Chile. Corte Suprema, fallo del 20 de octubre de 1994. RDJ, t. XCI, sec. 1ª, p. 100.

<sup>3</sup> Sobre la responsabilidad al interior de un equipo médico y la responsabilidad de la clínica por el hecho ajeno, consúltese a: Pizarro Wilson, Carlos. "La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno". *Revista chilena de derecho privado Fernando Fueyo Laneri*. N° 1, diciembre 2003, Santiago, pp. 181 a 205.

determinaciones recogidas en el Código Civil relacionadas con la responsabilidad civil, la responsabilidad civil médica se encuentra gobernada por la Ley 23 de 1981 y su Decreto 3380 del mismo año.

A continuación presentaremos los diferentes regímenes de responsabilidad médica acogidos en Colombia (I). Posteriormente hablaremos de algunas consecuencias jurídicas de la heterogeneidad de regímenes jurídicos (II).

## I. Regímenes de responsabilidad civil médica

El régimen de responsabilidad de los daños surgidos con ocasión de la prestación de servicios de salud es, en términos generales, contractual (A). Sin embargo, en algunos eventos la jurisprudencia colombiana se sirve de un régimen de responsabilidad extracontractual (B).

### A. Regla general: responsabilidad contractual

Respecto de la medicina privada, desde el 30 de octubre de 1915,<sup>4</sup> la Corte Suprema de Justicia colombiana ha estimado que la relación médico-paciente está regulada por una especie de contrato de prestación de servicios, cuyas obligaciones son de *medios*.<sup>5</sup> Calificada como un contrato de prestación de servicios, la relación médico-paciente se sirve de la normativa aplicable para los contratos de arrendamiento de servicios (Arts. 2053 a 2059 C.C. col. - Arts. 1996 a 2012 C.C. ch.), a más de las reglas del régimen general de los contratos.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 30 de octubre de 1915. G.J. N°s 1282 y 1283, p. 204. Igualmente, Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 5 de marzo de 1940. G. J., t. XLIX, N°s 1953 y 1954. M.P. Liborio Escallón, pp. 115 a 122.

<sup>5</sup> Consúltese, por ejemplo, a: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 12 de septiembre de 1985. G.J., t. CLXXX, N° 2419, M.P. Horacio Montoya Gil, p. 420., Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 26 de noviembre de 1986. G. J., t. CLXXXIV, N° 2423, M.P. Héctor Gómez Uribe, p. 387, y Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 13 de septiembre de 2002. Exp. 6199. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

<sup>6</sup> Ahora, en algunos fallos recientes, la Corte Suprema ha afirmado que la relación médico-paciente es una relación "multiforme", que en algunos casos debe calificarse como prestación de servicios y en otros como mandato, confección de obra o, incluso, como un contrato atípico. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 30 de enero de 2001. Exp. 5507. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. En la doctrina consúltese a: Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. T. II. Ed. Universidad Javeriana. Bogotá, 2005, pp. 254 a 276.

En términos generales, la jurisprudencia colombiana ha asegurado que se trata de un régimen de culpa probada, en el cual el demandante debe probar la culpa del médico,<sup>7</sup> desconociéndose lo consagrado en el Art. 1604 C.C. col. (Art. 1547 C.C. ch.). Con todo, en el caso de la cirugía plástica se reconocen algunas obligaciones de resultado cuando el profesional se compromete a ofrecer un resultado preciso.<sup>8</sup> En este caso, desde luego, el régimen señalado por la jurisprudencia es el de la responsabilidad objetiva.

El Art. 5 de la Ley 23 de 1981 presenta algunos supuestos a partir de los cuales se puede reconocer la conformación de la relación médico-paciente, a saber: decisión voluntaria de ambas partes; acción unilateral del médico en caso de emergencia; solicitud de terceras personas, como en el caso de representantes de incapaces, entre otros.

La reparación del perjuicio que se origine por una conducta relacionada con estos supuestos, salvo la acción unilateral del médico en caso de emergencia, debe perseguirse por la vía contractual. Hablamos de perjuicios *materiales* e *inmateriales*<sup>9</sup> relacionados directamente con el acto médico (v.gr. la impericia del profesional en la realización de una operación).<sup>10</sup> De igual manera, daños

<sup>7</sup> Véase a: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 13 de septiembre de 2002. Exp. 6199. M.P. Nicolás Bechara Simancas., Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 4 de abril de 2001. Exp. 6436. M.P. Jorge Santos B., Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 30 de enero de 2001. Exp. 5507. M.P. José Fernando Ramírez G., Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 26 de noviembre de 1986. G. J., t. CLXXXIV, N° 2423, M.P. Héctor Gómez U., p. 387, y Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 5 de marzo de 1940. G. J., t. XLIX. N°s 1953 y 1954. M.P. Liborio Escallón, pp. 115 a 122.

Sin embargo, en cierto fallo se aseguraba que se trataba de un régimen de responsabilidad de culpa presunta. Consúltese a: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 3 de noviembre de 1977. G.J., t. CLV. N° 2398, p. 331.

<sup>8</sup> Véase a: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 26 de noviembre de 1986 G.J., t. CLXXXIV, N° 2423. M.P. Héctor Gómez Uribe, pp. 358 a 389, y Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2002. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13546.

<sup>9</sup> La jurisprudencia colombiana parece inclinarse por esta clasificación de los perjuicios. Con la expresión daño *inmaterial* se hace referencia al daño moral de la víctima. Pensamos que la expresión no es afortunada, toda vez que la *inmaterialidad* no es sinónimo de *extrapatrimonialidad*. Antes bien, una variedad muy importante de los bienes, respecto de los cuales se reconocen derechos patrimoniales, son los denominados bienes inmateriales, como las obras literarias, artísticas y científicas, signos distintivos (v.gr. marcas, lemas comerciales y nombres comerciales), invenciones industriales (v.gr. patentes y diseños industriales), la prestación misma, etc.

Sobre la clasificación que criticamos véase a: Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 14970 de 5 de mayo de 2005.

Respecto de las distintas variedades de bienes consúltese a: Ternera, Francisco. La realidad de los derechos reales. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007.

<sup>10</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. del 12 de julio de 1994. G.J., t. CCXXXI. N° 2470, p. 49.

anteriores o posteriores al acto médico en sentido estricto, como los perjuicios por medicamentos, errores de laboratorio, prótesis defectuosas, también deben ser resarcidos en sede contractual.

## **B. Excepción: responsabilidad extracontractual**

De manera excepcional el daño producido por la actividad médica tendría que ser reparado por la vía extracontractual. La sede extracontractual solamente es pertinente en los siguientes casos, de medicina privada (1) y medicina pública (2).

### **1. Reparación en la medicina privada**

Brevemente nos ocuparemos de la reparación de daños de la acción unilateral del médico en caso de emergencia (a) y de los daños por rebote (b).

a) Resarcimiento de daños por la acción unilateral del médico en caso de emergencia

Esta hipótesis tendría que extenderse al caso del cambio de tratamiento. En términos generales, concluimos que todos los eventos relacionados con decisiones unilaterales del cuerpo médico parecen no ser calificados como "contrato".<sup>11</sup> Por consiguiente, la reparación de los perjuicios que se causen tendría que presentarse en sede extracontractual.

b) Daños por rebote de terceros

Hablamos de los daños de las víctimas por rebote, es decir, aquellos terceros respecto del contrato que sufren un daño propio –no como herederos de la víctima principal–. En efecto, el perjuicio *material* o *inmaterial* sufrido por el paciente, originado en su muerte o en lesiones que comprometen su integridad física, afectiva o su vida de relación, puede extenderse a otras personas que tienen con el paciente una relación de interés.

<sup>11</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La jurisprudencia colombiana ha considerado que estos perjuicios deben ser re-sarcidos en sede extracontractual. El régimen extracontractual al que se ha hecho referencia es el de la culpa probada del Art. 2341 C.C. col. (Arts. 2314 C.C. ch. y 1382 C.C. fr.),<sup>12</sup> incluso, si el daño se produjo por la omisión de una obligación de resultado,<sup>13</sup> como en materia de cirugía plástica.

## 2. Reparación de daños en la medicina pública

Nos referimos a la prestación del servicio médico por un centro de salud estatal (del orden nacional, departamental o municipal). Hemos de precisar que la reparación en la medicina pública parece no ocuparse tanto en el contrato médico-paciente, sino que se reconoce que el profesional es un mero agente de la prestación del *servicio público* hospitalario y el paciente un beneficiario de este *servicio público*. En este orden de ideas, es importante aclarar que el posible responsable es la entidad de derecho público: el centro de salud estatal; por su parte, el médico sólo sería responsable cuando cometa una falta personal que sea separable de sus funciones.

La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, con el fin de unificar los regímenes de indemnización de perjuicios, no toma en cuenta el acuerdo de voluntades y somete directamente la situación al régimen especial de responsabilidad extracontractual del Art. 86 del Código Contencioso Administrativo colombiano –*acción de reparación directa*–. En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

<sup>12</sup> Colombia. Corte Suprema. Cas. Civ. del 12 de julio de 1994. G.J., t. CCXXXI, N° 2470. p. 49. Véase, igualmente, a: Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. del 30 de enero de 2001. Exp. 5507, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>13</sup> Según Démogue, son obligaciones de *resultado* aquellas en las cuales se promete un resultado determinado. La prestación es puntualmente determinada, toda vez que el deudor ha prometido un *resultado* preciso, “de contornos definidos”. El deudor de una obligación de *resultado* no se libera probando que obró con extrema diligencia. No, el deudor se libera solamente ofreciendo el cumplimiento del resultado prometido o con la prueba de la causa extraña (v.gr. fuerza mayor o caso fortuito). Es decir, el régimen de responsabilidad de las obligaciones de *resultado* es objetivo, que no tiene en cuenta la diligencia o la culpa del deudor. Por su parte, en las obligaciones de *medios*, el deudor no promete exactamente un resultado determinado; se compromete, solamente, a hacer todo lo posible para conseguir un resultado que tiene un carácter incierto.

Véase a: Démogue, R. *Traité des obligations*, t. V, p. 599, N° 1237. París, 1923.

En la jurisprudencia: Colombia. Corte Suprema de Justicia. G.J., t. XLIII, p. 178, y Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. Sentencia del 3 de noviembre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G. J., t. CLV, N° 2396, p. 331.

“Sin duda, en este caso, el anormal funcionamiento de la atención hospitalaria genera responsabilidad de carácter extracontractual, pues surge, de manera exclusiva, de la relación entre el paciente Peña Mejía y el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, que es de naturaleza legal y constitucional. El daño es imputable a esta Empresa Social del Estado, quien presta de manera directa el servicio público de salud, en desarrollo del mandato del artículo 49 de la Constitución Política”.<sup>14</sup>

Por lo demás, debe aclararse que si bien durante algunos años el Consejo de Estado acogió el régimen de responsabilidad extracontractual de la culpa probada del hospital público –*falla del servicio probada*–, el alto tribunal cambió su orientación y optó por un régimen de culpa presunta –*falla del servicio presunta*–, que exige, para desvirtuar la presunción de culpa del centro de salud público, la prueba de la diligencia y cuidado en la prestación del servicio.<sup>15</sup> Incluso, en casos de obstetricia, se ha acogido una responsabilidad objetiva de la entidad estatal.<sup>16</sup>

## II. Consecuencias jurídicas de la heterogeneidad de regímenes

Como podemos ver, los daños relacionados con la prestación de servicios de salud están reglamentados por una normativa completamente heterogénea. En efecto, las diferencias pueden estar relacionadas con el término de prescripción y el régimen de responsabilidad.

Por un lado, si el causante del daño es una entidad pública, su reparación se demandará a través de la acción de reparación directa, que tiene una caducidad de sólo dos años (Art. 86 C.C.A. col.). Si el autor del daño fue un centro de salud

<sup>14</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002. M.P. Alier Hernández Enríquez. Exp. 2807.

<sup>15</sup> La unificación de criterios en torno al tema se consiguió con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992. M.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897.

<sup>16</sup> Véanse los siguientes fallos: Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Fallo del 28 de abril de 2005. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 14786., Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2004. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 25416., Consejo de Estado. Sección Tercera. Fallo del 18 de abril de 1994. M.P. Julio César Uribe Acosta. Exp. 7973, y Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 1992. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 6754.

En la doctrina, véase a: Tamayo Jaramillo, Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Ed. Díké. Medellín, 2001, pp. 150 a 261 y Mantilla, Fabricio. “El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano” (inédito).

particular, la acción prescribe 10 años después del incumplimiento (Art. 2536 C.C. col.).<sup>17</sup>

Por otro lado, como se ha dicho, en principio se aplicará el régimen contractual (régimen de culpa probada y excepcionalmente un régimen de responsabilidad objetiva por omisión de una obligación de *resultado*). Así mismo, ciertas hipótesis estarán sometidas a las reglas de la responsabilidad extracontractual, como la acción unilateral del médico en caso de emergencia y los daños de los terceros por rebote. Ahora, esta pluralidad de regímenes puede tener como consecuencias jurídicas decisiones disímiles. Sirvan de ejemplo los perjuicios ocasionados al paciente por el incumplimiento de una obligación de *resultado* y los daños por rebote causados a terceros. En este caso, tendríamos que reconocer que se presentaría una dualidad de regímenes: régimen contractual de responsabilidad objetiva del médico con el paciente por la omisión de una obligación de resultado y régimen extracontractual de culpa probada, por la misma conducta del profesional, respecto de algunos terceros por sus perjuicios por rebote.

La situación que nos ocupa se podría ilustrar de la siguiente manera: una paciente, una "estrella" de la televisión, sufre un perjuicio con ocasión de una cirugía estética en que el profesional se había comprometido a obtener un *resultado* concreto; esta persona podría, entonces, demandar al cirujano por incumplimiento de su obligación de *resultado*, es decir, su daño será sometido a un régimen de responsabilidad objetiva, que implica que el demandado no puede exonerarse probando la ausencia de culpa. Ahora, en cuanto a los perjuicios por rebote respecto de terceros (v.gr. el esposo o el canal de televisión a título de empleador), el régimen aplicable es el extracontractual general por culpa probada (Arts. 2341 C.C. col. - 2314 C.C. ch. y 1382 C.C. fr.), que no sólo exige la prueba de la culpa, sino que, además, reconocido como un régimen de responsabilidad subjetiva, permite al demandado exonerarse probando que actuó con diligencia y cuidado (ausencia de culpa).

<sup>17</sup> Aclaramos que los términos de prescripción, regulados por normas de orden público, no pueden ser modificados por los particulares. Excepcionalmente, en materia de prescripción extintiva, reconocemos algunas normas dispositivas cuyos términos pueden ser modificados por los particulares (v.gr. Arts. 1923 y 1938 C.C. col.). Véase a: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia del 22 de enero de 1994. M.P. Eduardo García S. Publicación parcial en: *Jurisprudencia de seguros. Corte Suprema de de Justicia 1971-2000*. Ed. Acoldece- Fasecolda. Bogotá, 2000, p. 215.

En una hipótesis como la de marras no parece justificable que los perjuicios causados por un mismo hecho sean sometidos a un régimen objetivo de responsabilidad respecto de ciertas víctimas y a un régimen subjetivo respecto de otras.

Esta heterogeneidad de normas jurídicas ha ocasionado no pocas incertidumbres en cuanto al régimen jurídico aplicable. De igual manera, registramos con preocupación que esta situación ha sido fuente de soluciones judiciales disímiles respecto de las diferentes víctimas de un mismo daño.

En definitiva, las diferencias de fondo que existen entre los regímenes contractual y extracontractual sugieren en la práctica soluciones diferentes respecto de hechos y conductas semejantes, como en el caso explicado de los daños por rebote.

En este orden de ideas, una posible solución podría ser la unificación de los regímenes de responsabilidad.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Véase a: Viney, Geneviève. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*. Ed. LGDJ. París, 1995, pp. 442 a 452.

# **La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino**

**Sebastián Picasso**

Profesor de Derecho Civil, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

---

## **I. Introducción**

---

No es novedoso afirmar que la codificación es hija del Iluminismo, de un sistema de pensamiento que cree en la existencia de verdades eternas dictadas por la Razón y asequibles a los hombres también por medio de ella. Los códigos se plantean, así, como el receptáculo de esos principios perennes, en base a una sistematización racional que aspira a dar solución a todos los problemas que pueden presentarse en la práctica.

Sin embargo, aquella pretensión iluminista-positivista-exegética no tiene ya vigencia en nuestros días. La complejidad que han asumido las actuales estructuras sociales ha forzado la aparición de numerosos "microsistemas", constituidos por estatutos particulares que regulan sectores puntuales de las relaciones humanas —el trabajador, el consumidor, el titular de datos personales, etc.— de manera completa y sistemática. La pretendida completitud y universalidad de los códigos dejó paso, de ese modo, a una notable dispersión normativa, lo que ha llevado a hablar de la existencia de un verdadero proceso de "descodificación".

En ese marco, se ha producido una resignificación del rol de los códigos. Ya no son ellos el receptáculo de *todo* el derecho; se los concibe más bien como los contenedores de las reglas básicas del sistema, de los principios generales que sirven para dar coherencia y unidad a una trama normativa compleja integrada por múltiples estatutos particulares.

Otro dogma, el de la inmutabilidad de los códigos –en tanto reflejo de las reglas dimanantes de la Razón, ella misma inmutable–, también se ha visto refutado por los hechos. Los cambios sociales, políticos y económicos producidos desde la codificación fueron demandando sucesivas adaptaciones del texto a aquellos cuerpos legales, mediante reformas legislativas o por obra de una jurisprudencia que fue asumiendo de forma cada vez más consciente su rol creador.

Frente a todos esos procesos, muchos códigos centenarios se mantienen todavía en pie. Es el caso del Código Civil francés, paradigma y modelo de los códigos modernos. Y es también el caso del Código Civil argentino.

Sin embargo, es claro que esos cuerpos normativos no son ya los mismos que fueran sancionados en el siglo XIX. No sólo porque de hecho han sufrido modificaciones en su texto en virtud de reformas parciales, sino también porque, fundamentalmente, un código no es sólo ni tanto lo que en él se dice cuanto lo que en él se lee. Y la lectura que la doctrina y la jurisprudencia hacen de ellos hoy en día poco o nada tiene que ver con la que imperaba en la época de su sanción. Pensemos, sin ir más lejos, en el concepto de contrato, el dogma de la autonomía de la voluntad o el principio de la fuerza vinculante de las convenciones. Ningún jurista del siglo XIX habría podido conciliar esas ideas, v.g., con el control judicial de las cláusulas abusivas o la teoría de la imprevisión. Mucho menos con la posibilidad de que el juez pueda disponer la renegociación del contrato, como lo propone actualmente el art. 1135-2 del anteproyecto de reformas francés.

Desde luego, el hecho mismo de que esos viejos textos hayan podido contener los cambios que se sucedieron en las últimas dos centurias habla de la genialidad de los codificadores, que supieron concebir cuerpos de leyes capaces de superar la visión de su propio tiempo. Pero tanto los retoques parciales cuanto la interpretación evolutiva de los textos legales tienen un límite, pasado el cual se hace necesario introducir reformas profundas que den cuenta del estado actual del pensamiento jurídico.

## II. La cuestión en la Argentina

---

Fiel a las ideas de su tiempo, el Código Civil argentino plasmó una concepción liberal-individualista del contrato. El dogma de la autonomía de la voluntad campeaba en él casi sin cortapisas, y con las solas excepciones derivadas de la necesidad de conformar su objeto a la moral y las buenas costumbres (art. 953). Expresa o implícitamente, el codificador se pronunció contra institutos tales como la lesión o el abuso del derecho.

Un importante cambio legislativo sobrevino con la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1968 por la ley 17.711, que confirió al sistema el perfil que en buena medida conserva aún en nuestros días. La reforma modificó sensiblemente la filosofía original del Código, tiñéndolo de un espíritu más solidarista y poniendo el acento en la protección de la confianza y la buena fe.

Así, la buena fe fue consagrada expresamente como principio rector de la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198); se introdujo la lesión, en su variante subjetivo-objetiva (explotación de un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de lesionado, para obtener una notoria desproporción entre las prestaciones, art. 954); se consagró la teoría de la imprevisión (art. 1198, segundo párr.); se reguló el abuso del derecho, acogiendo los dos criterios objetivos predominantes en la doctrina (espíritu de la ley y buena fe, moral y buenas costumbres); se facultó a los jueces a morigerar las cláusulas penales abusivas (art. 656, segundo párr.), etc.

La reforma insufló una indudable vitalidad al sistema del Código, que pudo continuar respondiendo a las demandas de la realidad durante casi cuatro décadas suplementarias. Sin embargo, también esos nuevos textos comienzan a revelarse insuficientes para abarcar todos los matices de la realidad económica y social de nuestros días. Problemáticas tales como la de los contratos conexos, los de larga duración –con los difíciles problemas que plantea la posibilidad de su rescisión unilateral– y los contratos por adhesión son algunos de los tantos ejemplos que reclaman soluciones acordes con los tiempos que corren. La protección del débil jurídico, considerada un verdadero principio general del derecho, debe también ser acentuada en el campo contractual, más allá de las disposiciones que ya contiene la Ley de Defensa del Consumidor, cuya reforma, paradójicamente, es objeto de tratamiento legislativo por estos días.

En procura de satisfacer estas nuevas aspiraciones, cuatro proyectos de reforma del Código Civil han sido elaborados en la Argentina en las últimas dos décadas.

En efecto, en el año 1987, las dos Cámaras del Congreso Nacional sancionaron el denominado "*Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987*", elaborado por un destacado grupo de juristas en el seno de la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial designada por la Cámara de Diputados de la Nación. Este proyecto, que fue finalmente vetado en su totalidad por el Poder Ejecutivo Nacional, proponía importantes reformas al Código Civil vigente, unificándolo con el Código de Comercio.

Por su parte, el 5 de septiembre de 1992, la Cámara de Diputados de la Nación resolvió constituir una comisión encargada de elaborar un nuevo proyecto de Código Unico Civil y Comercial. El proyecto recibió media sanción de Diputados, pasando al Senado para su estudio. Sin embargo, no obtuvo finalmente sanción legislativa. Al igual que el de 1987, el Proyecto propuso una importante reforma del Código Civil. Entre otras cosas, unificó la responsabilidad civil.

Casi al mismo tiempo, mediante el decreto N° 468/92, el Poder Ejecutivo Nacional creó una comisión con el objeto de proponer reformas a la legislación civil y comercial. Este organismo produjo un Proyecto de Unificación que fue elevado al Senado de la Nación. Una vez más, el proceso de su sanción legislativa quedó trunco. A diferencia de los anteriores, este proyecto no mantenía la estructura ni el articulado actual del Código Civil. También en este caso se optó por la unificación de las esferas contractual y aquiliana de responsabilidad, estableciéndose normas comunes para ambas.

Finalmente, en el año 1998 vio la luz el más reciente proyecto de reforma, el llamado "*Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998*", elaborado por una comisión conformada por los Dres. Atilio A. Alterini, Héctor Alegría, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. Pese al tiempo transcurrido, y si bien fue objeto de tratamiento parlamentario, el proyecto no ha logrado hasta ahora consagración legislativa. Sin embargo, en razón de constituir el intento más reciente de reformar la legislación civil, y dado que, en buena medida, se nutre de la experiencia y los debates surgidos en ocasión de los proyectos anteriores, consideramos útil consagrarle un estudio más particularizado.

### III. Introducción general al proyecto de unificación civil y comercial de 1998

A diferencia de los proyectos de 1987 y el de la Comisión Federal de 1992, el de 1998 (en adelante, el Proyecto) plantea la derogación del Código Civil vigente –así como del Código de Comercio– y su reemplazo por un nuevo y único cuerpo normativo, que cuenta con un total de 2532 artículos. La teoría general del contrato es abordada en el Libro IV (*De los Derechos Personales*), Título II (*De los contratos en general*), dedicándosele un total de 164 artículos.

Además de diversos códigos extranjeros y los anteriores proyectos nacionales, el Proyecto tuvo especialmente en cuenta la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (ratificada por la Argentina) y proyectos europeos tales como el de "*Contract code*" de Mc. Gregor, los principios de Unidroit sobre los contratos de comercio internacional, el proyecto de Código Europeo de los Contratos, y el proyecto de la comisión presidida por Ole Landö.

Tal vez podría decirse que el Proyecto, al igual que sus predecesores, prolonga y profundiza la filosofía insuflada al Código Civil argentino por la ya mencionada reforma de la ley 17.711. Encontramos así una serie de disposiciones que tienden a otorgar una fuerte protección a quienes se encuentran en una situación de debilidad jurídica, al tiempo que se refuerza el valor fundamental de la buena fe en todos los ámbitos del derecho privado. Sin embargo, el Proyecto es también respetuoso de la autonomía privada, a la que le permite desplegar toda su potencia en el denominado "contrato discrecional", sobre el que ya volveremos.

Intentaremos a continuación trazar un breve panorama de las reformas más importantes que el Proyecto propone al nivel de la teoría general del contrato. Lo haremos dividiendo nuestra exposición entre aquellos puntos en que el Proyecto sólo profundiza aspectos que ya se encuentran implícita o explícitamente contenidos en el Código argentino actual, y aquellos otros donde se introducen verdaderas innovaciones con respecto al derecho vigente.

#### IV. Aspectos que el proyecto profundiza

**1. La buena fe.** El profesor Mazeaud, en su brillante exposición, señaló que en el anteproyecto Catala no existe ninguna regla general que imponga un deber de lealtad a los contratantes, lo que indicaría que la buena fe no es considerada por el proyecto como un principio fundamental del derecho de los contratos, sino más bien como un contrapeso a los principios de libertad y estabilidad contractual.

El proyecto argentino, por el contrario, refuerza el camino ya emprendido por la ley 17.711 en el sentido de hacer del principio de buena fe el eje de las relaciones jurídicas en general, y del derecho contractual en particular. Así:

- En materia de obligaciones, dispone que tanto el deudor como el acreedor deben cooperar de buena fe para que el interés de éste sea satisfecho mediante la prestación (art. 677).
- En la etapa precontractual, se consagra el deber de las partes de comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas (art. 920).
- La Sección Primera del Capítulo IX del Título II del Libro IV se denomina “Fuerza obligatoria y deber de buena fe”, y contiene una norma que –retomando el art. 1198 del Código vigente– dispone que las partes deben actuar de buena fe durante la celebración y la ejecución del contrato (art. 966).
- También se consagra la buena fe como regla principal para la interpretación del contrato (art. 1023).
- Por último, en el Capítulo XIII, denominado “*Postcontrato*”, se dispone que con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Y se añade que este deber regula la existencia y alcance de las obligaciones accesorias que subsisten, la restitución y reparación de daños en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato, y la interpretación y cumplimiento de tales obligaciones.

**2. La causa.** Una de las excepciones a la dificultad de "exportar" la teoría de la causa –según la gráfica expresión utilizada en su disertación por el profesor Mazeaud– está constituida por el caso argentino. El Código Civil argentino fue causalista desde sus inicios, a punto tal que contiene tres normas (arts. 500 a 502) que son la traducción literal de los arts. 1131 a 1133 del Código Civil francés.

Pues bien, el Proyecto profundiza esta tendencia, dado que además de mantener esos textos se hace eco de la concepción sincrética o mixta de la causa, permitiendo que los móviles subjetivos sean casualizados si integran expresa o implícitamente la declaración de voluntad común (art. 257).

Por otra parte, se regula expresamente la frustración de la causa: el art. 259 prescribe que ella debe existir en la formación del acto jurídico y durante su celebración, y subsistir durante su ejercicio. Y añade: *"La alteración sustancial de las circunstancias que existían al tiempo de la celebración priva de causa al acto que haya sido otorgado en miras a la satisfacción de un interés que presupone ostensiblemente la subsistencia de esas circunstancias al tiempo del cumplimiento o ejecución"*.

Por añadidura, todas estas normas se encuentran reguladas al tratar acerca de los actos jurídicos –dado que el Código Civil argentino contiene una teoría general de los actos jurídicos, sistemática que el Proyecto mantiene–, lo cual permite extender la idea de causa a todos los negocios jurídicos, y no únicamente a los contratos.

A su vez, ya en la parte relativa a los contratos, el art. 1059 reitera que *"la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tal frustración proviene de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y la alteración sobreviene por causas ajenas a las partes y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada"*.

En la medida en que regula la frustración del fin con base en la idea de causa, y que la extiende a todos los actos jurídicos –interpretación que hoy sostiene la doctrina argentina ampliamente mayoritaria sobre la base de los textos vigentes–, el proyecto argentino es, entonces, aun más causalista que el francés.

**3. La lesión.** El Proyecto no sólo mantiene a la lesión subjetivo-objetiva como un vicio del acto jurídico, sino que a las tres situaciones de debilidad contempladas por el Código vigente (necesidad, ligereza e inexperiencia), añade la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones; la avanzada edad y el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza (art. 327).

**4) La imprevisión.** La teoría de la imprevisión es mantenida por el Proyecto en términos similares a los actualmente vigentes, aunque se realizan algunas precisiones en cuanto a sus condiciones, y se permite que la parte perjudicada pueda optar por demandar la resolución del contrato o su adecuación (art. 1060), siendo que el texto actual sólo permite pedir la resolución. En cualquier caso, la parte demandada puede también pedir la adecuación –si se optó por la resolución– o a la inversa, siendo en definitiva el juez el encargado de determinar cuál de esas soluciones se adoptará en cada caso (art. 1061).

## V. Aspectos que el proyecto modifica

---

Pero además de profundizar muchas de las tendencias ya esbozadas por el Código Civil vigente –en su redacción posterior a la reforma de 1968–, el Proyecto innova en numerosas materias. A veces lo hace limitándose a consagrar expresamente lo que hasta ahora era producto de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria respecto de determinada materia –como sucede en el caso de las obligaciones de medios y de resultado–. En otras oportunidades, en cambio, el Proyecto toma partido en aspectos polémicos, modificando incluso las soluciones actualmente vigentes. Veamos.

**1. Distinción de los contratos discrecionales y predispuestos.** Una muy importante innovación del Proyecto consiste en desdoblar en buena medida el régimen de los contratos, dependiendo de que ellos hayan sido producto de la libre negociación de las partes (contratos “discrecionales” o “paritarios”), o bien se trate de convenios cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por una de las partes (“predispuestos”).

Así, inmediatamente luego de definir al contrato en general, el Proyecto caracteriza a esas dos subespecies (art. 899, incs. "b" y "c"), a las que habrán de asignarse efectos diversos en muchos aspectos. En líneas generales, puede decirse que mientras en los contratos discrecionales rige plenamente la autonomía privada, con las únicas limitaciones derivadas de la prohibición del objeto y la causa ilícitas, inmorales o prohibidos, en los predispuestos hay disposiciones que importan una reglamentación más detallista e intervencionista, o habilitan al juez a controlar su contenido. Entre ellas pueden mencionarse:

- La obligación de redactar los contratos en forma clara, completa y fácilmente legible (art. 905).
- La precisión en el sentido de que las condiciones generales deben ser asequibles para el no predisponente (art. 906)
- La consagración de la interpretación *contra proferentem*.
- El régimen de cláusulas abusivas. El Proyecto considera expresamente tales a las que limitan la responsabilidad por daños; las que desnaturalizan las obligaciones; las que importan renuncia o restricción de los derechos del no predisponente, o ampliación de los del predisponente que resultan de normas supletorias, etc. (art. 968). Se confiere no obstante validez a esas cláusulas si el no predisponente las ha aprobado expresamente y por escrito, si esa aprobación resulta razonable (art. 969), salvo que se trate de un contrato de adhesión (art. 970), definido por el Proyecto como aquel contrato predispuesto en que la parte no predisponente "*ha estado precisada a declarar su aceptación*" (art. 899).

Estas disposiciones deben a su vez conjugarse con las de la Ley de Defensa del Consumidor, que ya contiene una protección fuerte a favor de este último, y un régimen específico de cláusulas abusivas (art. 37, ley 24.240). De modo que, en la filosofía del Proyecto, existirían tres niveles de protección contractual, dependiendo del grado de debilidad de la parte protegida:

a) La protección fuerte que se confiere a los consumidores en el microsistema respectivo. Allí, v.g., el régimen de cláusulas abusivas es aun más estricto, pues no incide en su invalidez la eventual aceptación expresa y por escrito del consumidor.

b) La protección algo más atenuada que el Proyecto confiere a la parte débil en los contratos predispuestos.

c) La ausencia de protección especial para cualquiera de las partes en los contratos discrecionales, en los que rige a rajatabla la autonomía de la voluntad.

Viene al caso aclarar que consumidor es para la ley argentina el consumidor final de un producto o servicio, y que, al menos de acuerdo al texto de la ley actualmente vigente, se encuentran excluidos de ese estatuto, entre otros, los pequeños empresarios y los profesionales liberales (arts. 1 y 2, ley 24.240), quienes podrían, entonces, encontrar protección en el régimen que el Proyecto diseña para los contratos predispuestos.

De este modo, y en una tónica similar a la que adopta el anteproyecto francés, se produce el curioso fenómeno que ya señaló el profesor Mazeaud en el sentido de que son ahora las reglas de un microsistema (el derecho del consumo) las que influyen al sistema general, pues la protección que el Proyecto propone en materia de contratos predispuestos consiste sustancialmente en el trasvasamiento de reglas que ya están previstas para los contratos de consumo.

**2. Formación del contrato.** En esta materia, el Proyecto, entre otras cosas:

- Adopta la "teoría de la Punktation", estableciendo que los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. El contrato queda integrado, en las estipulaciones pendientes, mediante el posterior acuerdo de las partes o la integración con las normas supletorias o los usos y costumbres (art. 916).

La solución es extraña al sistema actualmente vigente, en el que se exige el acuerdo de las partes sobre todos los elementos del contrato (arts. 1148 y 1150, Código Civil).

- Consagra expresamente la categoría del "daño al interés negativo" –que suscita desencuentros doctrinarios– a efectos de establecer la extensión del resarcimiento en los casos de responsabilidad precontractual (art. 920). A su vez, se dispone que aquél "*comprende los gastos comprometidos con la*

*finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas de celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio restrictivo" (art. 1600 inc. c).*

**3. Contratos conexos.** El Proyecto se hace cargo del problema generado en el tráfico actual por la denominada "conexidad contractual" disponiendo que *"los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación"* (art. 1030).

**4. "Anticipatory breach".** Introduciendo una institución propia del *common law*, el Proyecto reconoce a la parte no incumplidora el derecho a resolver el contrato si, siendo previsible que la otra parte no cumpla por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia, le exige que dé seguridades suficientes en el sentido de que el cumplimiento será realizado dentro de un plazo razonable, y ésta no se las da (art. 1058).

**5. Responsabilidad por incumplimiento.** Se trata tal vez de la materia donde se introducen los cambios más trascendentes:

**a) Unificación de la responsabilidad.** Cumpliendo una aspiración acariciada desde hace tiempo por la doctrina argentina, el Proyecto unifica la responsabilidad civil, sometiendo la reparación de los daños a las mismas reglas, sin importar que el nocimiento tenga su fuente en el incumplimiento de una obligación preexistente o en la violación del deber genérico de no dañar a otro.

Dice, así, el artículo 1581 que *"Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño"*. Por su parte, el artículo 1584 precisa que *"La responsabilidad comprende el deber del deudor: a) De procurar al acreedor aquello a que tiene derecho conforme al artículo 678; b) De reparar el daño, en caso de infracción al deber general de no dañar"*. Más allá de lo discutible de incluir la ejecución forzada de la obligación como un supuesto de responsabilidad, lo cierto es que el Proyecto no deja dudas en el sentido de que la reparación de los daños derivados del incumplimiento de

cualquier obligación –contractual o no– se rige por las mismas normas que regulan la reparación de los daños causados por los hechos ilícitos extracontractuales.

Ello tiene importantes consecuencias:

- Se eliminan los problemas planteados por las situaciones dudosas en cuanto a su naturaleza (entre muchos otros: transporte benévolo; pasajero embestido por un autobús antes de pisar el estribo; mala praxis médica en hospitales públicos, etc.).
- No hay distinción entre las normas aplicables a la acción del acreedor y las que puedan ejercer los terceros lesionados por el incumplimiento.
- Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual se resarcen todas las consecuencias que tengan un nexo de causalidad adecuada con el hecho o el incumplimiento (art. 1609).
- Las normas que regulan la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas, o por actividades riesgosas (arts. 1661 y ss.), son también aplicables en la esfera contractual, aunque el proyecto excluye de esa posibilidad, en principio, a los profesionales liberales (art. 1662).
- El art. 1673, que regula la responsabilidad colectiva de los miembros de un grupo que realiza una actividad riesgosa, se aplica también al incumplimiento del contrato.
- Los “daños punitivos”, que el Proyecto introduce en su art. 1587 para sancionar a quienes “*actúan con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos*”, pueden también ser impuestos en materia contractual. La incorporación de esta figura –que no compartimos– es entonces aún más osada que en el propio ámbito del *common law*, del que ha sido tomada, pues en el sistema anglosajón la aplicación de los *punitive damages* se restringe esencialmente al terreno extracontractual, salvo puntuales excepciones.

**b) Obligaciones de medios y de resultado.** Reflejando el criterio doctrinal y –sobre todo– jurisprudencial dominante, el Proyecto incorpora expresamente

el distingo entre las obligaciones de medios y de resultado (art. 726), aunque omite decir expresamente, como sí lo hace el anteproyecto francés, que en estas últimas el deudor sólo se libera probando la causa extraña. De todos modos, ello puede deducirse fácilmente de la propia caracterización de esta clase de deberes calificados.

El Proyecto asigna expresamente el carácter de obligación de resultado a la del transportista de personas o cosas (art. 1208); la del hotelero (art. 1292); la de los propietarios de casas de depósitos (art. 1298), y la del prestador del servicio de cajas de seguridad (art. 1300).

Una aplicación especial del distingo entre los deberes de medios y los de fines se encuentra en materia de responsabilidad de los profesionales liberales, a los que el Proyecto declara sujetos en principio a deberes de medios, salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto (art. 1681).

**c) Obligación de seguridad.** El Proyecto prevé también la consagración expresa de una obligación de seguridad contractual, en estos términos: *"quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) Si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes; b) Si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado"* (art. 1668).

Por otra parte, y en una fórmula criticable, se establece como principio general el carácter de obligación de medios de ese deber de seguridad, pues salvo disposición legal o convención de las partes, el obligado se libera si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas (art. 1669). La disposición genera además ciertas perplejidades en orden a su coordinación con las normas sobre responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas, que en virtud de la unificación son también aplicables en materia contractual.

**d) Impedimento ajeno a la voluntad del deudor.** Al tratar acerca de la relación causal, y junto al caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1612 y 1613), el Proyecto introduce como eximente al *"impedimento ajeno a la voluntad del deudor"*

(arts. 1614 y 1615), caracterizado como aquel tal que *“sin configurar caso fortuito, no puede ser evitado, superado o resistido, mediante el empleo de la diligencia exigible en las circunstancias propias de la relación contractual”*. Se trata de una figura ya prevista en el artículo 79 ap. 5 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que involucraría *“antes que la noción de caso fortuito, la de causa extraña al deudor, vale decir, la que obsta a su cumplimiento a pesar de su conducta diligente”*. El concepto vincularía entonces la cuestión con la diligencia exigible, y particularmente con la teoría de la prestación de la culpa. De este modo, la obligación del deudor *“se concreta en el deber jurídico de superar cualquier impedimento ajeno a su voluntad, o las consecuencias de ese impedimento, mediante el empleo de una conducta que, al efecto, es razonablemente exigible”*. Por ello, el deudor no es responsable si ha obrado esa conducta, *“que constituye la diligencia propia del contrato”* (Alterini - López Cabana).

En definitiva, la cuestión lleva a la clásica distinción entre imposibilidad de cumplimiento absoluta y relativa. Suele decirse que la primera es aquella que no puede ser vencida por las fuerzas humanas, mientras que la segunda es la que no puede superar el deudor que observa la diligencia prestable. La doctrina argentina ha considerado, en general, que la imposibilidad de cumplimiento debe ser absoluta, pues la mera dificultad en cumplir la prestación no libera al deudor. Sin embargo, la figura del impedimento ajeno a su voluntad permitiría al obligado exonerarse demostrando una imposibilidad relativa. Si esa tesis fuera aplicada en todo tipo de obligaciones –incluidas las de resultado–, ello redundaría, pues, en una notable subjetivación de la responsabilidad contractual, que juzgamos inadecuada a la luz de las tendencias actuales en la materia.

## VI. Colofón

---

Para finalizar, nos gustaría poner de resalto la circunstancia poco usual de que en un país donde se han elaborado cuatro proyectos de reforma del Código Civil en los últimos 20 años –en todos los casos, con participación de la más calificada doctrina–, ninguno de ellos haya logrado hasta ahora ver la luz. Intereses corporativos o rivalidades doctrinarias se han conjugado con la falta de interés que muchas veces han demostrado los poderes políticos al respecto. Posiblemente también hayan influido el hecho de que, en todos esos casos, se pretendió cambiar íntegramente el Código Civil. Dado que ese cuerpo normativo expresa un balance de infinitud de intereses contrapuestos en el cuerpo social, la tarea no se presenta nada fácil. Los albores de la Codificación en Francia ya vivieron algo similar, con el sucesivo fracaso de los proyectos Cambacères. En cuanto a la Argentina, el Código Civil aún vigente fue aprobado por el Congreso a libro cerrado, mientras que la ley 17.711 –que como ya se mencionó efectuó una reforma profunda del Código– fue impuesta *manu militari* durante un gobierno de *facto*. Tal vez resulte más realista encarar cambios parciales, como está ocurriendo en Francia, donde se comenzó por introducir reformas en el derecho de familia, luego en el derecho de las garantías, y ahora está en debate el excelente anteproyecto de reformas al derecho de las obligaciones del que nos ha hablado el profesor Mazeaud.

En cualquier caso, es evidente que, por más venerables que sean, no es dable exigir a los Códigos lo que Shakespeare exige del amor: que sea “*un firme faro, eternamente fijo, que ve las tempestades sin nunca estremecerse*” (soneto 116). A diferencia del amor shakesperiano, los códigos deben cambiar si se topan con cambios, pues es de su esencia el servir de instrumento para la convivencia humana. Y ésta, ya lo sabemos, se va desplegando de maneras siempre distintas al ritmo del devenir histórico.

## ***Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia***

**Por Denis Mazeaud**

Profesor de Derecho, UNIVERSIDAD PANTHÉON-ASSAS (PARÍS II)<sup>1</sup>

1. A manera de introducción, conviene detenerse en el doble objetivo que se han propuesto tanto los creadores, encabezados por Pierre Catala, como los redactores del proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, esto es, en el plano nacional, la renovación del Código Civil y, en el plano internacional, exportar el Código Civil.

2. En primer lugar, la renovación del Código Civil. En la actualidad el Código Civil francés, en lo que concierne al contrato, ya no refleja al derecho vivo. Mientras que, desde 1804, con excepción de algunos artículos, el texto del Código se ha mantenido inmóvil, fijo, la letra y el espíritu del derecho contractual francés han evolucionado considerablemente. Esta profunda evolución se ha producido fuera del Código Civil, esto es, por una parte, en otros códigos como el Código de Comercio y el Código del Consumo, los que tienen reglas esenciales del derecho contractual contemporáneo; por otra parte, en la jurisprudencia, gracias a la obra titánica realizada desde hace más de dos siglos por la Corte de Casación, la que creó las reglas fundamentales que gobiernan actualmente este universo contractual.

De este proceso de evolución del derecho contractual francés resulta:

- No sólo un Código Civil envejecido que solamente se conjuga en pasado y ya no más en presente ni mucho menos en futuro. No sólo un código que ya no constituye "el" código de los contratos, el derecho común de los contratos, sino "un" código más entre otros.

<sup>1</sup> El texto corresponde a la transcripción de la conferencia que el autor expuso para magistrados, profesores, abogados y alumnos, en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Concepción. Traducido por la Sra. Maritza Nieto, traductora francés-español, Universidad de Concepción.

- Sino que además un derecho contractual heterogéneo, desordenado y de difícil acceso, ya que se encuentra diseminado en varios códigos y en recopilaciones de jurisprudencia; en consecuencia, un derecho muy imprevisible.

De allí nace la necesidad de renovar el Código Civil, de agrupar en su interior lo esencial del derecho contractual, de devolver al Código Civil las reglas contractuales dispersas en otros códigos o consignadas en el Boletín de la Corte de Casación; en resumen, de renovar el Código Civil. En suma, era imperativo recodificar el derecho contractual para dar de nuevo al Código Civil el estatus de derecho común y la marca de derecho vivo del contrato.

3. En segundo lugar, el segundo objetivo de los promotores del anteproyecto de reforma es que el Código Civil vuelva a ser, a escala europea e internacional, un modelo que se pueda exportar, capaz de influenciar a los legisladores extranjeros y especialmente al legislador europeo. En el estado actual, debido a los vicios que lo afectan, el Código Civil en general y el derecho francés de los contratos en particular ya no constituyen un pasaporte que permita al modelo contractual francés brillar más allá de sus fronteras.

Así las cosas, se imponía la reforma del Código Civil, en su título relativo a los contratos, si se deseaba que el modelo contractual francés recobrase “los colores de la pasión y los caminos de la conquista”,<sup>2</sup> volviese a ser una fuente de inspiración para los legisladores extranjeros y quizás especialmente para enfrentar el desafío europeo y el proceso de armonización de su derecho contractual, ya bastante avanzado, como lo revela la existencia de los *Principios de derecho europeo de los contratos*, que constituirán muy probablemente la fuente del derecho contractual europeo de mañana o de pasado mañana.

4. La trama de este artículo está constituida por este doble objetivo: realizar la renovación del Código Civil (I) y asegurar el resplandor del modelo contractual francés (II).

<sup>2</sup> J. MESTRE, “Faut-il réformer le titre III du livre III du Code Civil?”, RDC 2004, p. 1167, sp. P. 1169

## I. La renovación del Código Civil

5. En su subtítulo relativo a los contratos, la renovación se ha traducido en una doble empresa de restauración del Código Civil (A) y de revisión del derecho de los contratos propiamente tal (B).

Detengámonos sucesivamente en estas dos acciones destinadas a asegurar la renovación del Código.

### A) La restauración del Código Civil

6. La restauración del Código fue hecha por los redactores del anteproyecto, quienes procedieron, en primer lugar, a la reestructuración de su título relativo al derecho de los contratos.

#### 1) Reestructuración

7. a) En esta perspectiva, los autores del anteproyecto han trabajado, **por una parte**, para asegurar una mejor **inteligibilidad** del Código y, por ende, hacerlo más accesible. En relación a esto hay que notar que el nuevo subtítulo consagrado al contrato comienza con una sección que contiene definiciones de los diferentes tipos de contrato e introduce en el Código nuevas definiciones, dando forma de ley a prácticas contractuales existentes, como el contrato de adhesión y el contrato marco. Por otra parte, es interesante subrayar, en la perspectiva del mejoramiento de la inteligibilidad del Código, el aporte esencial de estas definiciones que contribuyen a la claridad del derecho francés y que se inscriben en una tendencia europea e internacional consistente en definir los términos utilizados.

8. b) La reestructuración del Código Civil, además de traducirse en un mejoramiento del acceso y de la inteligibilidad de sus disposiciones, se concreta, **por otra parte**, en una **modificación de su estructura**; el subtítulo I del anteproyecto CATALA, titulado "Del contrato y de las obligaciones convencionales en general", se compone de siete capítulos: "Disposiciones generales", "Requisitos esenciales para la validez de los contratos", "Efecto de los contratos", "Modalidades", "Extinción" y "Prueba de las obligaciones". Un nuevo capítulo VI, titulado "Las operaciones sobre créditos", está consagrado a la cesión de créditos, la subrogación personal, la novación y la delegación.

Podemos decir que la nueva estructura constituye un claro avance en relación a la estructura actual. De esta manera, son traídas de vuelta al subtítulo consagrado al contrato disposiciones actualmente ubicadas en otras subdivisiones del Código, lo que le da una mayor cohesión. Por ejemplo, es el caso del texto relativo a la capacidad para contratar, que está actualmente "cobijado" en el título que trata de "de la mayoría de edad y de los mayores que están protegidos por la ley". De manera muy oportuna, los redactores del anteproyecto lo integraron en la sección que trata del consentimiento. Además, en el anteproyecto, al interior mismo del subtítulo consagrado al contrato, se ha realizado una reorganización interna, lo que dará al Código una mayor coherencia. De esta manera, las disposiciones relativas a la estipulación a favor de otro, a la promesa de hecho ajeno, a los causahabientes, a partir de este momento se integran de manera mucho más lógica en la sección relativa a los efectos del contrato frente a terceros, en circunstancias que actualmente están insertas en la que rige el consentimiento. En el mismo orden de ideas, la regla en cuanto a la lesión también, y de manera muy oportuna, ha sido desplazada de la sección relativa al consentimiento a aquella relativa al objeto.

9. La restauración del Código no nace sólo de modificaciones que buscan mejorar su estilo y su estructura; ella nace, en segundo lugar, de la preocupación de los autores del anteproyecto por reafirmar la primacía del Código Civil por sobre las otras fuentes, legales o jurisprudenciales, del derecho contractual.

## **2) Primacía**

10. Concretamente, esta jerarquía establecida en beneficio del Código Civil de entre las diversas fuentes del derecho contractual, especialmente de entre los diferentes códigos que contienen disposiciones que lo rigen, nace del hecho de que se traen de vuelta al Código Civil disposiciones que hasta ahora estaban insertas en códigos especializados, particularmente en el Código del Consumo. Esta integración conlleva una generalización de las reglas en cuestión y les confiere el estatus de reglas de derecho común. Esto sucede, por ejemplo, con reglas relativas a la protección contra las cláusulas abusivas y a la interpretación del contrato a favor de la parte débil. Hasta ahora, ellas estaban integradas en el Código del Consumo y sólo beneficiaban a los consumidores; a partir de ahora, se las trae de vuelta al Código Civil, en el derecho común del contrato y tienen entonces, como

tal, la vocación de actuar a favor de los contratantes débiles y dependientes, y esto independientemente de su estatus el día de la celebración del contrato.

Agregaremos que esta mutación de estatus (de derecho especial a derecho común), cuyo objeto son estas reglas, da testimonio de la preocupación de los redactores del anteproyecto por promover la justicia contractual y, en esta perspectiva, tomar en cuenta las diferencias que existen a veces entre contratantes al momento de la conclusión del contrato. Es un golpe asestado contra los tenaces mitos de la libertad y de la igualdad contractual, que todavía constituyen las bases de la teoría general del contrato.

11. El trabajo de restauración del Código Civil llevado a cabo por el anteproyecto se traduce, en tercer lugar y de manera fundamental, en una importante tarea de reactualización de sus disposiciones.

### **3) Reactualización**

12. Reactualización realizada a través de la codificación de las reglas que ya forman parte de nuestro derecho positivo, pero que no han sido integradas aún en el Código Civil.

Reactualización que ha consistido, por una parte, en la consagración de reglas, de conceptos y de instrumentos contractuales que ya habían adquirido su derecho a figurar en nuestro universo contractual, en nuestro derecho positivo, desde hace lustros, pero que aún no encontraban abrigo en el Código Civil.

#### *a) Codificación-consagración.*

13. Este fenómeno de codificación-consagración tiene que ver, **en primer lugar**, con **reglas de origen jurisprudencial**. El anteproyecto consagra de esta manera un gran número de reglas que la Corte de Casación había creado, ya sea debido al silencio del Código, para completar sus imprecisiones y sus lagunas; ya sea debido al desuso de algunas de sus disposiciones. De manera desordenada y entre otras muchas otras, el Código consagra y codifica:

- **En el momento de formación de un contrato:**
  - la obligación de negociar de buena fe;

- la obligación precontractual de información;
- las reglas relativas a la oferta y la aceptación.

(Reglas que concilian la protección de los imperativos de libertad y de lealtad contractual).

- **En cuanto a la validez del contrato:**
  - la nulidad del contrato en caso de reticencia dolosa;
  - la nulidad del contrato por causa inmoral, a pesar del desconocimiento de un contratante del motivo inmoral de su cocontratante.

(Reglas que concilian la protección de los intereses privados y la defensa del interés general).

- **En cuanto a los efectos del contrato:**
  - Cumplimiento forzoso en especie de las obligaciones de hacer y de no hacer, en circunstancias que el artículo 1142 actual contiene un principio contrario a la ejecución forzosa en equivalente de tales obligaciones.

(Regla que ilustra el apego del derecho francés al principio moral del respeto de la palabra dada y de la fuerza obligatoria del contrato).

14. La reactualización del Código realizada por el anteproyecto CATALA no es sólo el resultado de la consagración de reglas de tipo jurisprudencial, nace luego de la consagración de ciertas **creaciones de origen doctrinario** que, desde ahora, forman parte de nuestro derecho positivo.

Sin orden alguno, de ahora en adelante, gracias al anteproyecto, estarán grabadas aquí también en el mármol de la ley:

- la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado heredadas de Demogue;
- la teoría moderna de las nulidades creada por Japioit;
- la teoría de la oponibilidad del contrato a terceros y por los terceros, sistematizada por A. Weil.

15. La reactualización del Código Civil hecha por el anteproyecto Catala finalmente se traduce en una recepción importante de algunas **creaciones de la práctica contractual**. Hacen de esta manera su entrada por la puerta ancha en el Código, el acuerdo de principio, la promesa unilateral de venta, el pacto de preferencia, las cláusulas de renegociación, la cláusula resolutoria expresa y los contratos interdependientes.

Fenómenos de recepción de la jurisprudencia, de la doctrina y de la práctica que traducen perfectamente la pluralidad de las fuentes contemporáneas del derecho vivo de los contratos.

16. El trabajo de reactualización, en el anteproyecto, no equivale únicamente a la consagración de reglas bien fundamentadas y sólidamente establecidas de nuestro derecho positivo que, todavía hoy, están fuera del Código; él se concreta, por otra parte, a través de un fenómeno de consolidación de reglas y de conceptos que no tienen actualmente la firmeza y la solidez para obtener la certificación de reglas de derecho positivo. Evocaré algunas ilustraciones de este fenómeno.

#### b) *Codificación-consolidación.*

17. **Primero**, el anteproyecto consagra la **jurisprudencia Chronopost**, inaugurada el 22 de octubre de 1996<sup>3</sup> (y reiterada a partir del 30 de mayo de 2006)<sup>4</sup> por la sala comercial de la Corte de Casación. Esta, en nombre de la causa, ha considerado no escrita la cláusula limitativa de responsabilidad estipulada en el contrato de transporte rápido celebrado entre Chronopost y uno de sus clientes, en virtud del cual la empresa de transporte rápido estaba obligada, en caso de atraso, a indemnizar al remitente pagándole, independientemente de la importancia del perjuicio, el equivalente del precio pagado cuando se concluyó el contrato. La sala decidió que se debía borrar esta cláusula del contrato, porque al reducir excesivamente la sanción del incumplimiento de la obligación esencial de puntualidad

<sup>3</sup> Cass. com., 22 oct. 1996: *Contrats, conc., consomm.*, 1997, comm. N° 24, obs. L. Leveneur; D. 1997, 121, note A. Sériaux; somm. comm., 175, obs. P. Delebecque; *Defrénois*, 1997, 333, obs. D. Mazeaud; JCP1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II.22881, obs. D. Cohen; *RTDciv.* 1997, 418, obs. J. Mestre.

<sup>4</sup> Cass. com., 30 mai 2006: D.2006, 2288, comm. N° 183, obs. L. Leveneur; D. 2006, 2288, note D. Mazeaud.

suscrita por el transportista, en la que se cristalizaba la economía del contrato, “contradecía el alcance de la obligación contraída”; los nuevos artículos 1121, párrafo 3, 1125 párrafo 2 y 1386-2 del anteproyecto consagran claramente esta jurisprudencia. Ellos disponen que son consideradas no escritas “toda cláusula inconciliable con los elementos esenciales” que componen el objeto de contrato, así como “toda cláusula inconciliable con la realidad de la causa” y toda cláusula que limite o excluya la reparación en caso de falta a una obligación esencial. Se confirma así la idea de que una cláusula que arruine la coherencia interna del contrato, porque contradice el alcance de la obligación esencial suscrita por el deudor, debe ser suprimida del contrato.

Estas disposiciones testimonian el hecho de que la exigencia de coherencia contractual, la prohibición de contradecirse en perjuicio de otro, constituye una idea dotada de cierta vitalidad en nuestro derecho contemporáneo.

18. **En seguida**, la segunda regla de origen jurisprudencial consolidada por el anteproyecto es la **sanción de la fuerza económica**. En dos fallos del 30 de mayo de 2000<sup>5</sup> y del 3 de abril de 2002<sup>6</sup>, la primera sala civil de la Corte de Casación admitió, bajo forma de principio, la nulidad del contrato por violencia económica, cuando un contratante ha abusado de la situación de dependencia económica de su cocontratante en el momento de la celebración del contrato, para obtener un provecho contractual excesivo. De manera similar, el anteproyecto expresa, en su artículo 1114 – 3 párrafo 1, que *“hay igualmente fuerza cuando una de las partes se compromete dominada por una situación de necesidad o de dependencia, si la otra parte aprovecha esta situación de debilidad sacando del contrato una ventaja manifiestamente excesiva”*.

Al integrar esta solución jurisprudencial en el Código, el anteproyecto una vez más hace justicia contractual y se separa de la visión clásica y abstracta de la

<sup>5</sup> *Comm. com. élec.* 2002, N°89, obs. Ph. Stoffel-Munck, N° 89; *Contrats, conc., consom.*, 2000, comm. N° 142, obs. L. Leveneur; D. 2000, 879, note J.-P. Chazal; D. 2001, somm. comm., 1140, obs. D. Mazeaud; Defrénois, 2000, 1124, obs. Ph. Delebecque; JCP2002.I.184, obs. G. Loiseau; *RTDciv.*2000, 827, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>6</sup> *Comm. com. élec.* 2002, N° 89, obs. Ph. Stoffel-Munck, N° 89 *Contrats, conc., consom.*, 2002, N° 121, obs. L. Leveneur; D. 2002, 1860, note J.-P. Gridel et J.-P. Chazal; somm. comm. 2844, obs. D. Mazeaud; Defrénois, 2002, 1246, obs. E. Savaux; JCP2002.I.184, obs. G. Virassamy; *RTDciv.* 2002, 502, obs. J. Mestre et B. Fages

igualdad contractual que habían mantenido los redactores del Código de 1804. El desequilibrio contractual excesivo deja de ser el precio que hay que pagar por la libertad cuando él nace de la explotación abusiva de la desigualdad económica existente el día de la celebración del contrato.

19. **Finalmente**, la tercera regla de origen jurisprudencial consolidada por el anteproyecto es la **obligación de renegociar** el contrato que se ha vuelto profundamente desequilibrado durante su ejecución a causa de un cambio de circunstancias.

A través de dos fallos, dictados respectivamente los días 3 de noviembre de 1992<sup>7</sup> y 24 de noviembre de 1998,<sup>8</sup> la Corte de Casación decidió sustancialmente que falta a su obligación de cumplir el contrato de buena fe y compromete su responsabilidad, el contratante que se niega a renegociar un contrato que se ha vuelto profundamente desequilibrado durante su cumplimiento e impide, de esta manera, que su cocontratante establezca precios competitivos.

El anteproyecto consolida esta jurisprudencia. En términos del artículo 1135-2, en ausencia de cláusula de renegociación, un contratante que ha concluido un contrato de tracto sucesivo, que, debido a las circunstancias, se ha desequilibrado a tal punto que pierde todo interés para él, puede encargar al presidente del Tribunal de Gran Instancia para que éste ordene una renegociación y, en caso de fracaso de buena fe de la renegociación, cada contratante puede entonces terminar unilateralmente con el contrato.

Con esta disposición, se aplaudirá la preocupación de imponer una cierta solidaridad entre los contratantes cuando el contrato llega a ser excesivamente desequilibrado como consecuencia de un cambio de circunstancias imprevisible e irresistible, al punto que pierde todo interés para uno de los contratantes.

20. Hemos terminado con el examen de la restauración del Código, en su texto, su estructura y su sustancia, en la perspectiva más general de la obra de renovación

<sup>7</sup> *Defrénois*, 1993, 1377, obs. J.-L. Aubert ; JCP1993.II.22164, obs. G. Virassamy; RTDciv.1993, 124, obs. J. Mestre.

<sup>8</sup> *Conc., consomm*, 1999, comm. N° 56, obs. M. Malaurie-Vignal; *Defrénois*, 1999, 371, obs. D. Mazeaud; JCP1999.I.143, obs. Ch. Jamin; RTDciv.1999, 98, obs. J. Mestre et 646, obs. P.-Y. Gautier

del Código emprendida por los autores del anteproyecto de reforma. Esta obra de renovación también toma la forma de una empresa de revisión del derecho de los contratos, en otras palabras, por la reforma pura y simple de ciertas reglas que irrigaban nuestro derecho positivo, ya sea en el Código, ya sea fuera de él, y que el anteproyecto modificó más o menos radicalmente.

## B) La revisión del derecho de los contratos

21. Esta revisión del derecho de los contratos realizada por el anteproyecto Catala se concreta, en primer lugar, a través de la derogación de ciertas reglas de derecho francés (1) y, en segundo término, por ciertas innovaciones (2).

### 1) *Las derogaciones.*

22. Para ilustrar este fenómeno, nos detendremos en reglas que evidencian el apego de los redactores del anteproyecto al principio moral del respeto de la palabra dada, al principio de la fuerza obligatoria del contrato y su preocupación por preservar la seguridad jurídica.

23. a) **Por una parte**, mientras que en derecho positivo la **revocación abusiva de una oferta** sólo se sanciona por la vía de la responsabilidad contractual del oferente y por la indemnización por daños y perjuicios en beneficio del destinatario de la oferta cuyas lógicas esperanzas han sido truncadas; a partir de ahora se afirma claramente en el artículo 1105-4 del anteproyecto que la revocación de una oferta a una persona determinada, durante el plazo en que el oferente se obligó a esperar respuesta, no puede impedir la formación de contrato. Sucede lo mismo en caso de muerte del oferente, en ese mismo periodo.

Reglas notables en la medida en que ellas rompen con el lazo tradicional entre voluntad y contrato, y permiten la formación de éste contra la voluntad del oferente o a pesar de su deceso; reglas que apuntan a proteger las esperanzas lógicas, la confianza legítima del destinatario de la oferta.

24. b) **Por otra parte**, se elimina la muy controversial solución de la Tercera Sala Civil de la Corte de Casación que sancionaba a través de simples daños y perjuicios la **retractación del promitente** durante el plazo de opción dado al beneficiario de

una promesa unilateral de contrato.<sup>9</sup> El artículo 1106 del anteproyecto dispone que “la retractación del promitente durante el tiempo que se otorga al beneficiario para expresar su consentimiento no puede impedir la formación del contrato”. Por consiguiente, a pesar de dicha retractación, la aceptación del beneficiario, durante el plazo de opción determinará la formación y el cumplimiento forzado del contrato.

Y una solución parecida establece el anteproyecto en caso de incumplimiento de un pacto de preferencia. Mientras recientemente todavía la Corte de Casación decidía que cuando el promitente celebraba el contrato, objeto del pacto de preferencia, con un tercero de mala fe, el beneficiario del pacto sólo podía obtener la nulidad de este contrato, el anteproyecto de reforma dispone que el contrato celebrado entre el promitente y el tercero de mala fe no es oponible al beneficiario del pacto. Regla que, implícitamente, permite a este último substituir en los derechos y obligaciones al tercero de mala fe.

Y destacaremos que el 26 de mayo de 2006, una Sala mixta de la Corte de Casación operó en este punto un giro de jurisprudencia al decidir que el beneficiario del pacto podía, a condición de probar la mala fe del tercero, obtener la nulidad del contrato concluido, en violación del pacto de preferencia, y su sustitución en los derechos y obligaciones de ese tercero.<sup>10</sup>

Es especialmente interesante destacar que el anteproyecto no está lejano a este giro de jurisprudencia. Efectivamente, en su informe, el consejero de la Corte de Casación se inspiró expresamente en las disposiciones del anteproyecto para proponer la solución que fue finalmente adoptada por la Sala mixta. De esta manera, en la actualidad, el anteproyecto es usado como una fuente de inspiración por los artesanos del derecho contractual y se le ha erigido al rango de fuente erudita, aunque virtual, de este derecho.

<sup>9</sup> Cass. civ. 3ème, 15 déc. 1993: D. 1994, somm.comm., 507, obs. O. Tournafond; D. 1995, somm. comm., 230, obs. L. Aynès; *Defrénois*, 1994, 795, obs. Ph. Delebecque; *JCP*1995.II.22366, obs. D. Mazeaud; *RTD*civ.1994, 588, obs. J. Mestre; 26 juin 1996: D.1997, somm. comm., 169, obs. D. Mazeaud

<sup>10</sup> D. 2006, 1861, note P.-Y. Gautier et . Mainguy; panorama, 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson; *Defrénois*, 2006, 1207, obs. E. Savaux; *JCP*2006.II.10142, obs. L. Leveneur; *RDC*2006, 1080, obs. D. Mazeaud; *RTD*civ. 2006, 550, obs. J. Mestre et B. Fages.

25. La revisión del derecho contractual en el anteproyecto de reforma no termina únicamente con la derogación de reglas de nuestro derecho positivo, ella viene también, en segundo lugar, a introducir innovaciones más o menos audaces, más o menos notables, realizadas por sus redactores y que implican también una modificación importante de nuestro derecho positivo.

## 2) *Las innovaciones*

26. Entre otros aspectos, el anteproyecto dicta reglas muy innovadoras en materia de **responsabilidad contractual**.

27. a) **Por una parte**, en virtud del **artículo 1341**, el acreedor que sufre un daño patrimonial debido al incumplimiento del contrato imputable al deudor puede optar por la responsabilidad extracontractual con el fin de obtener reparación. Regla innovadora, ya que ella constituye una importante atenuante al principio tradicional de no acumulación, según el cual un contratante, víctima de un daño, no puede optar por una acción en responsabilidad extracontractual y que fragiliza la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual.

28. b) Por otra parte, en virtud del artículo 1342 del anteproyecto, cuando un tercero es víctima de un daño causado por el incumplimiento de un contrato, debe teóricamente accionar reclamando la responsabilidad contractual contra el deudor para obtener su reparación. Esta regla innovadora se funda en la idea de la doble necesidad de respetar las previsiones contractuales del deudor, demandado en justicia por responsabilidad hacia un tercero, y no tratar mejor al tercero que al acreedor. En consecuencia, el texto agrega, de manera muy lógica, que el deudor demandado en justicia por responsabilidad contractual hacia el tercero víctima podrá oponer todas las excepciones, especialmente todas las cláusulas que habría podido oponer a su propio contratante.

Esta regla conlleva una reforma muy importante de nuestro derecho positivo. No solamente retoma el célebre fallo Besse dictado en 1991<sup>11</sup> por el pleno de la Corte de Casación, a partir del cual, con excepción de las acciones ejercidas al interior

<sup>11</sup> Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991: *D.* 1991, 549, note J. Ghestin; *JCP*1991.II.21743, obs. G. Viney ; *RTD*civ.1991, 750, obs. P. Jourdain

de una cadena de contratos traslaticios de propiedad, todas las acciones ejercidas por un tercero víctima de un perjuicio causado por el incumplimiento de un contrato son de naturaleza extracontractual; sino que además, con esta regla, el anteproyecto sustituye, en cierta medida, al principio tradicional del efecto relativo del contrato concluido, el del efecto atractivo del contrato incumplido.

29. Cerraremos este punto precisando que el artículo 1342 sólo abre una acción de responsabilidad extracontractual al tercero víctima a condición de que él muestre que el incumplimiento contractual causante de su perjuicio constituye también en su opinión un hecho generador de responsabilidad extracontractual, lo que, por hipótesis, no es frecuente.

Sobre este último punto, el anteproyecto Catala decide una cuestión relativa al régimen de la acción en responsabilidad extracontractual ejercida por un tercero, que opuso hasta el 6 de octubre pasado la primera Sala Civil y la Sala de Comercio de la Corte de Casación; la que se presenta en los siguientes términos: cuando un tercero, víctima de un daño causado por el incumplimiento de un contrato, ejerce una acción en responsabilidad extracontractual, ¿puede simplemente aportar la prueba de que su perjuicio se debe a la falta contractual del deudor o debe demostrar que esta falta contractual constituye también en su opinión una falta delictual o cuasidelictual?

El 6 de octubre de 2006, el pleno de la Corte de Casación decidió que "el tercero de un contrato puede invocar, sobre la base de la responsabilidad extracontractual, un incumplimiento contractual desde el momento en que ese incumplimiento le causó un daño". Este fallo cuestiona nuevamente el principio de la relatividad de la falta contractual y tiende entonces a alinear las condiciones de la acción de responsabilidad extracontractual ejercida por el tercero con aquellas de la acción de responsabilidad contractual ejercida por el acreedor.

30. Hemos terminado con el estudio del anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción desde el punto de vista de la renovación del Código Civil. Falta detenerse ahora en las disposiciones de este texto considerándolas desde otra perspectiva. Dicho de otra manera, conviene apreciar este anteproyecto de acuerdo al segundo objetivo propuesto por sus autores, vale decir, la influencia del modelo contractual francés en Europa y en el mundo.

## II) La influencia del modelo contractual francés

31. La razón esencial que ha llevado a elaborar un anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción es, en el plano internacional, devolver al Código Civil su lustre de antaño y, en el plano europeo, permitir al derecho francés ejercer una influencia en el movimiento actual de armonización europeo del derecho de los contratos.

Para evaluar si este objetivo se ha alcanzado efectivamente y si el anteproyecto garantizará nuevamente la influencia del derecho francés en la escena europea e internacional, reuniremos aquellas reglas de este anteproyecto que constituyen manifestaciones de la recepción de reglas extranjeras y europeas (A) y que representan, por consiguiente, garantías de influencia del modelo contractual francés y aquéllas que son signos de resistencia (B) del anteproyecto a ideas venidas del exterior y que son obstáculos para la influencia del derecho francés. Entendiendo que no pretendemos decir que el derecho francés brillará de nuevo en Europa y en el mundo a través de una imitación servil de otros derechos, sino más bien integrando ciertas reglas venidas del extranjero y adaptándolas al modelo contractual francés.

### A. La recepción

32. La recepción de ideas provenientes del extranjero en el anteproyecto, garantía de influencia y de renovación del modelo contractual francés en el mundo en general y en Europa en particular, se traduce en dos series de fenómenos. En primer lugar, un fenómeno de convergencia entre las reglas del anteproyecto y aquellas, especialmente de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PDEC), que constituirán con certeza la savia, la base del derecho contractual europeo de mañana, si éste llegara a existir algún día.

#### 1) *Convergencia*

33. En nombre de estas convergencias, retendremos dos ilustraciones.

a) **En primer lugar**, la consagración por el anteproyecto de la **resolución unilateral** de un contrato no cumplido, es decir, la resolución sin juez. La resolución

es extrajudicial en derecho europeo. En efecto, según señala el artículo 9:301 de los PDEC, *"Una parte puede resolver el contrato si hay incumplimiento esencial de parte de un contratante"*. Inspirada en las lecciones del análisis económico del derecho, la resolución unilateral descansa en la idea de que gracias a la exclusión del juez, el acreedor víctima del incumplimiento, en lugar de sufrir la espera aleatoria y los gastos inherentes a la intervención del juez, *"puede inmediatamente, o en un plazo razonable, concluir un nuevo contrato con un tercero, lo que le evita perder tiempo y dinero"*.<sup>12</sup> En derecho positivo francés, por el contrario, la resolución de un contrato no cumplido es, en principio, judicial. Este principio sólo cede si *"la gravedad del comportamiento de una de las partes del contrato puede justificar que la otra parte le ponga fin de manera unilateral por su cuenta y riesgo, sin importar si el contrato sea a plazo fijo o no"*, según la fórmula consagrada en varios fallos de la Corte de Casación.<sup>13</sup>

En este punto, el anteproyecto muestra una clara originalidad. En efecto, en virtud del artículo 1158, cuando el acreedor es víctima del incumplimiento tiene ahora la posibilidad de elegir de entre dos modos de resolución: judicial o unilateral. De esta manera, el anteproyecto se acerca a numerosos derechos extranjeros y a los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, en la medida en que la resolución sin juez ya no constituye una simple atenuación del principio de la resolución judicial, en el caso de la existencia de un comportamiento grave del deudor, sino que se convierte en un principio concurrente, que puede ejecutarse cualquiera sea la gravedad del incumplimiento imputable al deudor.

34. Pero, en este tema, la convergencia entre la regla del anteproyecto y la de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos no rima con una concordancia absoluta, prueba de que al integrar reglas extranjeras no acabamos en una imitación servil y que preservamos la especificidad del modelo contractual francés.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998 : D.1999, 197, note C. Jamin et somm.comm., 115, obs. P. Delebecque; *Defrénois*, 1999, 374, obs. D. Mazeaud; *RTDciv.*1999, 374, obs. J. Mestre; 20 févr. 2001: D.2001, 1568, note C. Jamin et somm. comm., 3239, obs. D. Mazeaud; *Defrénois*, 2001, 705, obs. E. Savaux; *RTDciv.*2001, 363, obs. J. Mestre et B. Fages; 14 janv. 2003: *Contrats, conc., consom.*, 2003, comm., N° 87; RDA, 2003, N° 1, p. 149, note Y. Lequette; 28 oct. 2003: *Defrénois*, 2004, 378, obs. R. Libchaber; RDC2004, 277, obs. D. Mazeaud.

Por una parte, en cuanto a sus regímenes respectivos, destacaremos que el acreedor que decide resolver unilateralmente el contrato no cumplido por su deudor debe notificar su decisión a este último y explicarle los motivos de ello. Y, a petición del deudor, esta motivación puede ser objeto de un control judicial. A partir de allí, una de dos alternativas: o bien el juez considera que los motivos presentados por el acreedor están justificados y valida esta resolución unilateral o bien decide que estos motivos son ilegítimos y tiene entonces el poder de neutralizar la resolución pronunciando el mantenimiento forzado del contrato ilegítimamente disuelto y ordenando la continuación de su cumplimiento. Esta solución se distingue del rol tradicional del juez tal como lo concibe el derecho positivo, porque ella otorga al juez el poder de resucitar un contrato destruido por la voluntad unilateral de un contratante. Este mantenimiento judicial del contrato es una innovación destacable.

Por otra parte, el alcance del poder de resolución unilateral dado al acreedor por el anteproyecto CATALA y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos es notoriamente diferente. En términos del artículo 9:304 de los Principios, *"Cuando, desde antes de la fecha en la que una de las partes debe actuar, está claro que no habrá ejecución esencial de su parte, el contratante está habilitado para disolver el contrato"*. Este poder de anticipación otorgado al acreedor, que se basa manifiestamente en una visión económica de la relación contractual, que irriga los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y que permite al acreedor esquivar el riesgo de incumplimiento esencial, no fue acogido por los redactores del anteproyecto menos receptivos a las enseñanzas del análisis económico del derecho.

35. b) **Segunda ilustración** de este movimiento de convergencia entre las reglas del anteproyecto y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos es el **rol y el alcance atribuido a la exigencia de la buena fe en materia contractual**. En los Principios, la buena fe constituye uno de los pilares del orden contractual. Por una parte, en cuanto a la determinación del contenido contractual, la buena fe constituye no solamente un freno a la libertad contractual, la que sólo puede desplegarse respetándola,<sup>14</sup> sino también una fuerza de apoyo, ya que en los

<sup>14</sup> Art. 1:102: "Las partes son libres para concluir un contrato y determinar su contenido, bajo reserva de las exigencias de la buena fe".

términos del artículo 6:102 (c): “Además de las obligaciones expresas, un contrato puede contener obligaciones implícitas que se desprenden (...) de la buena fe”. Por otra parte, durante el cumplimiento del contrato, ella aporta reglas de comportamiento particularmente exigentes de responsabilidad de los contratantes quienes deben, a pesar de cualquier cláusula contraria,<sup>15</sup> ejecutar sus obligaciones y ejercer sus poderes contractuales tomando en cuenta los intereses legítimos de sus cocontratantes y colaborar entre ellos de manera que el contrato produzca su efecto pleno.

Aunque ciertos autores argumentaban para que, al igual que en los Principios, se le reconociera a la buena fe el estatus de principio director del nuevo derecho contractual, los redactores del anteproyecto mantuvieron una prudente reserva. Ciertamente, se explota la buena fe con más prodigalidad que en el Código Civil, donde apenas se le consagra un texto (artículo 1134 párrafo 3), porque varios textos hacen ahora puntual y expresamente alusión a ella, ya sea durante la negociación del contrato, su renegociación o incluso en materia de representación convencional y en cuanto al comportamiento del deudor de una obligación bajo condición suspensiva. Sin embargo, no podemos dejar de constatar que en el anteproyecto no se hace ninguna referencia a la buena fe en las reglas relativas a la validez del contrato y sobre todo no se dicta ninguna regla general que imponga un deber de lealtad a los contratantes; lo que tiende a demostrar que, tal como el derecho positivo, pero contrariamente a los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y de varios derechos extranjeros (Québec, Alemania), la buena fe no es considerada en el anteproyecto Catala como un principio director y fundador del derecho contractual, sino más bien como una simple fuerza de apoyo, un moderador de los principios de libertad y de estabilidad contractual.

36. Además de este movimiento de convergencia, la aceptación de las reglas contractuales europeas e internacionales por el anteproyecto se traduce además en un fenómeno de concordancia del que nos limitaremos a enunciar algunas ilustraciones inspirándonos solamente en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.

<sup>15</sup> Art. 1:201 (2): “Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”.

## 2) Concordancia

37. Para ilustrar este fenómeno, me detendré en dos aspectos:

38. a) **En primer lugar**, nos detendremos en el sistema de **protección contra las cláusulas abusivas**, que muestra la influencia ejercida por los Principios del Derecho Europeo de los Contratos en el anteproyecto. En derecho positivo francés, la protección contra las cláusulas abusivas se ubica en el Código del Consumo; por ello, se concede exclusivamente a los consumidores, víctimas de estas cláusulas estipuladas en contratos celebrados entre ellos y profesionales. En sentido contrario, los profesionales a los que se les han opuesto tales cláusulas no han sido autorizados jamás por la Corte de Casación para aprovecharse de las disposiciones protectoras del Código de Consumo. El anteproyecto introduce una modificación notable del campo de aplicación de la protección. En efecto, en virtud del artículo 1122-2, "*la cláusula que crea un desequilibrio significativo en el contrato en desmedro de una de las partes puede ser revisada o suprimida a solicitud de ésta... cuando ella no ha sido negociada*".<sup>16</sup> Con esta disposición, el anteproyecto iguala la suerte de los contratantes profesionales, víctimas de cláusulas abusivas estipuladas en un contrato de adhesión, con la suerte de los consumidores y opera un acercamiento manifiesto hacia los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, los que tampoco establecen ninguna diferencia en relación al estatus del contratante víctima de una cláusula abusiva, porque, para protegerse de semejante cláusula y obtener su nulidad o su revisión, basta con que el contratante al que se le opone demuestre que ella no ha sido objeto de una negociación individual y que crea en su perjuicio un desequilibrio contractual significativo.

39. Esta nueva regla es interesante por dos razones.

En primer lugar, por una parte, porque al reservar la protección contra las cláusulas abusivas sólo para los contratantes que no han podido negociar libremente la cláusula litigiosa, ella muestra cuán apegados se mantienen los redactores del anteproyecto al modelo neoliberal sobre el que descansa nuestra teoría general del contrato. En efecto, esta regla refleja perfectamente la idea según la cual,

<sup>16</sup> Art. 1122-2.

en principio, el desequilibrio es el precio que hay que pagar por la libertad: si un contratante ha podido negociar libremente una cláusula, entonces no puede sacar provecho del abuso; sólo él es responsable de ello y debe asumir el abuso de que es víctima porque no ha sabido ejercer su libertad. La libertad contractual neutraliza el abuso.

Por otra parte, esta regla que amplía la protección contra las cláusulas abusivas a los profesionales, ejemplifica una tendencia importante de nuestro derecho contemporáneo que, en nombre del imperativo de justicia contractual, persigue cada vez con mayor fuerza los desequilibrios contractuales excesivos.

40. b) **En segundo lugar**, otra ilustración de este fenómeno de concordancia puede constatarse en relación a la obligación de la víctima de moderar su perjuicio. En 2003, la Corte de Casación había afirmado de manera muy clara e indiscutible que la víctima de un perjuicio económico o físico no estaba obligada a limitar el daño en interés del responsable.<sup>17</sup> Sin embargo, el artículo 1373 del anteproyecto CATALA admite la obligación de minimizar el daño: *“Cuando la víctima tuviese la posibilidad, a través de medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir el alcance de su daño o de evitar su agravación, se tendrá en cuenta su omisión mediante una reducción de su indemnización, excepto en los casos en que las medidas dañaran su integridad física”*. Además, a diferencia del derecho positivo, el anteproyecto admite que el juez puede reducir el monto de reparación adeudada a la víctima de un perjuicio, cuando ésta tenía los medios de reducir la gravedad de su daño sin correr ningún riesgo corporal. Destinada a responsabilizar a la víctima, esta regla, que opera una reforma importante de nuestro derecho positivo porque puede aplicarse tanto en materia contractual como extracontractual, está presente especialmente en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. En efecto, según el artículo 9:505, *“El deudor no tiene la obligación de responder por el perjuicio sufrido por el acreedor cuando este último hubiese podido reducir su perjuicio tomando medidas razonables”*. Al hacer esto, el anteproyecto no se contenta con adoptar el derecho europeo en gestación, también retoma una solución admitida por el artículo 77 de la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías. Vale decir que al imponer a la víctima el deber de

<sup>17</sup> Cass. civ. 2ème, 19 juin 2003, ( 2 arrêts): D.2004, somm., comm., 1346, obs. D. Mazeaud; JCP2004. I.101, obs. G. Viney; RTDciv.2003, 716, obs. P. Jourdain.

moderar su daño, el derecho francés saldría de su aislamiento, porque, además de los textos europeos e internacionales, muchos países miembros de la Unión Europea ya lo han adoptado.

Aun cuando este doble fenómeno de convergencia y de concordancia entre las reglas del anteproyecto y las de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos permite augurar una futura influencia del modelo contractual francés fuera de nuestras fronteras geográficas, otras reglas parecen ir contra este objetivo, en la medida en que ellas mantienen ciertas excepciones contractuales francesas y constituyen resistencias frente a las ideas que vienen del extranjero y, en consecuencia, obstáculos para la influencia del derecho francés en la escena europea e internacional.

## B) La resistencia

41. Esta resistencia a las ideas provenientes del exterior la ilustraremos a través de tres reglas del anteproyecto que son emblemáticas de la tradición contractual francesa.

42. 1) **En primer lugar**, nos detendremos en la cuestión relativa a la **determinación del precio**. En los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el principio es aquel de la determinación unilateral del precio. En efecto, en virtud del artículo 6:105, todos los contratos, sin excepción, son susceptibles de ver su contenido determinado unilateralmente y todos los elementos que componen el objeto del contrato, se trate tanto de elementos esenciales, como el precio, o accesorios, pueden ser obra de la voluntad de uno solo de los contratantes.

En derecho positivo francés, la eficacia concedida a la voluntad unilateral, en ese momento del proceso contractual, es más modesta. Efectivamente, fue necesario esperar varios fallos dictados en 1995 por el pleno de la Corte de Casación<sup>18</sup> para que sea tolerado, fuera de disposiciones legales específicas, el poder de un contratante para fijar unilateralmente el precio de los contratos de aplicación de

<sup>18</sup> D. 1996, 13, note L. Aynès; D. *Aff.*, 1996, N° 1, p. 4, note A. Laude; *Defrénois*, 1996, 747, obs. Ph. Delebecque; *JCP*, éd. G, 1996.II.22565, obs. J. Ghestin; *JCP*, éd. E, 1996.II.776, obs. L. Leveneur; *Petites Affiches*, 27 déc. 1995, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis; *RJDA*, 1996, p. 5, M. Frison-Roche; *RTDciv.* 1996, 153, obs. J. Mestre.

un contrato marco. Así, ciertos contratos tan importantes como la compraventa y el arrendamiento siguen bajo la regla de la determinación bilateral del precio. No cabe duda que, después de esos fallos, el poder de la voluntad unilateral progresó en el derecho francés, sin que se le haya dotado, sin embargo, de un alcance tan general como el que tiene en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

En este punto, las disposiciones del anteproyecto muestran una cierta aversión frente al poder de la voluntad unilateral en la determinación del objeto del contrato y se distinguen de esta manera claramente de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. De hecho, el artículo 1121-3 reafirma claramente, bajo forma de principio, la determinación bilateral del objeto del contrato en general y del precio del mismo, en particular, los que deben ser necesariamente fruto de un acuerdo de voluntades durante la celebración del contrato o, en todo caso, determinables posteriormente en función de elementos independientes de la voluntad unilateral de un contratante. Y sólo de manera excepcional, en virtud del artículo 1121-4, en los contratos de tracto sucesivo o escalonado, las partes pueden convenir que la fijación del precio procederá de la voluntad unilateral del acreedor. Pero, comparado con los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el poder de la voluntad unilateral aparece, en el anteproyecto, claramente circunscrito al estatus de excepción, mientras que los primeros manifiestamente lo consideran como un principio general que no sufre ningún tipo de atenuación.

43. 2) **En segundo lugar**, la resistencia del anteproyecto a las ideas provenientes del exterior y el riesgo de aislamiento del derecho francés en la escena europea e internacional se manifiesta a través de la **mantención de la causa**.

¡Ah, la causa! Ese tesoro del derecho francés, esa joya de nuestro patrimonio jurídico, del que uno de los más grandes civilistas contemporáneos decía no hace mucho que actualmente estaba sumergido bajo toneladas de doctrina contradictoria y de una jurisprudencia incierta. La causa, que pocos juristas extranjeros nos envidian; la causa, que es ignorada de manera deliberada en la mayoría de los derechos extranjeros, particularmente en los códigos europeos modernos (Alemania y los Países Bajos) y en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. La causa se mantiene entonces en el anteproyecto CATALA cueste lo que cueste, valga lo que valga.

¿Cómo valorar esta posición del anteproyecto CATALA? En este punto, haremos dos observaciones.

Por una parte, se puede afirmar que la acusación de complejidad y de obscuridad que se le hace tradicionalmente a la causa ya no es oportuna. Los textos que le consagra el anteproyecto son accesibles, inteligibles y claros. Tanto la causa objetiva –que protege el interés privado de un contratante contra una obligación sin contrapartida real– como la causa subjetiva –que protege el interés general de un contrato contrario al orden público, a las buenas costumbres o a una regla imperativa– de ahora en adelante son objeto de una definición simple e iluminadora, accesible a profanos o a juristas que no son de cultura francesa.

44. Por otra parte, lo que sin duda justifica la conservación de la causa es que es el único instrumento que permite, en el estado de nuestro derecho y del anteproyecto, proteger a un contratante del desequilibrio contractual excesivo, de un compromiso cuya contraparte es ilusoria o irrisoria.

En efecto, al igual que nuestro Código Civil actual, el anteproyecto contiene una disposición en virtud de la cual, en teoría, un contrato lesivo, es decir, un contrato cuyas prestaciones son económicamente desequilibradas es, cualquiera sea la importancia de este desequilibrio, válido e intangible. Sobre esta base, en ausencia de toda protección contra la lesión, la conservación de la causa se justifica, porque este concepto es el único instrumento de protección contra un desequilibrio contractual enorme.

Por otra parte, y contrariamente a ciertos derechos extranjeros y a los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el anteproyecto no contempla ninguna regla general en cuyos términos un contratante pueda solicitar la nulidad o la revisión de un contrato afectado de un desequilibrio contractual excesivo que provenga de la explotación abusiva de una situación de dependencia (la lesión calificada). Ahora bien, ciertamente la presencia de una regla general de protección semejante vuelve caduco, en gran medida, el recurso a la noción de causa y explica la ausencia de ésta en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.

La pregunta que se puede plantear entonces, en la perspectiva de la influencia del modelo contractual francés más allá de nuestras fronteras, es saber si no habría sido

más oportuno enunciar una regla general que exprese la idea de lesión calificada en lugar de conservar la causa. El anteproyecto prefirió mantener la causa, fruto del genio jurídico francés; pero, me temo, genio de difícil exportación.

45. 3) **En tercer lugar**, el último bolsón de resistencia del anteproyecto a las ideas extranjeras que evocaremos es el **mantenimiento del rechazo de la revisión judicial por imprevisión**.

A pesar de que el artículo 6:111 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos admite, en caso de desequilibrio contractual surgido con posterioridad a su celebración, que si la revisión convencional fracasa, el juez puede revisar el contrato, cuyo cumplimiento se ha vuelto excesivamente oneroso, "*para distribuir equitativamente entre las partes las pérdidas y las ganancias que resultan del cambio de circunstancias*", los redactores del anteproyecto han privilegiado la tradición francesa por sobre el espíritu de apertura y preferido mostrar conservadurismo en lugar de modernidad. En efecto, mientras fuera de las fronteras francesas la revisión judicial por imprevisión ha sido admitida, especialmente en las codificaciones europeas más recientes (Países Bajos, Alemania) sin que por ello las economías y los derechos de los países que la han adoptado se hayan visto comprometidos, el anteproyecto la ha rechazado claramente. De esta manera, la solución pronunciada por la Corte de Casación el 6 de marzo de 1876, vale decir, el rechazo de la revisión judicial por imprevisión es y será la regla que se aplique en el siglo veintiuno. El juez francés seguirá entonces sin poder revisar un contrato, a pesar del cambio profundo que haya sufrido su economía interna como consecuencia de un cambio imprevisto de las circunstancias que habían regulado su celebración,<sup>19</sup> aun cuando tal revisión judicial constituiría el único remedio adecuado para salvar el contrato de un incumplimiento anunciado y de una ruptura fatal, y garantizaría así su perennidad.

46. La tradicional aversión que el derecho francés tiene por el juez en materia contractual encuentra aquí su manifestación más característica, aun cuando reviste actualmente una dimensión esencialmente simbólica, ya que, tanto en el

<sup>19</sup> En relación a la revisión por imprevisión, véase, entre otros, B. Fauvarque-Cosson, "Le changement des circonstances", in *Durées et contrats*, RDC, 2004, pp. 67 y s.; Cl. Witz, "Force obligatoire et durée du contrat", in *Les concepts contractuels du droit français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, pp. 175 y s.

cuerpo reglamentario como en el otro, se estimula a las partes para que lleguen a acuerdo. Es manifestación de una profunda divergencia de enfoque del vínculo contractual existente entre los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el anteproyecto. Mientras éste se mantiene muy impregnado de la idea de que, por haber sido creado libremente por las partes, éstas pueden anticipar y cautelar los riesgos que podrían aparecer durante el cumplimiento del contrato y que deben entonces asumir las consecuencias de su eventual silencio; aquéllos (los Principios) no rinden pleitesía al mito de la voluntad todopoderosa y contemplan el papel del juez de manera más pragmática, especialmente cuando la justicia y la perennidad contractuales suponen que él se inmiscuya en la ley de las partes.

En mi opinión, contraria a la opinión de los redactores del anteproyecto, me parece que afirmar que los contratantes son capaces, el día de la celebración de su contrato, de anticipar y evaluar todas las evoluciones futuras del contexto de su relación es sobreestimar la racionalidad de los contratantes.<sup>20</sup> La confianza en las previsiones contractuales y en la capacidad de los contratantes para imaginar incluso lo inimaginable, así como la sospecha y la reserva frente al juez, han triunfado, llevando a los redactores del anteproyecto a elegir, para el derecho francés, la vía del aislamiento.

Ciertamente, es necesario ver en esto el signo de que, en derecho francés, algunos mitos definitivamente tienen la piel dura...

<sup>20</sup> Y.-M. Laithier, "L'analyse économique du contrat par le juge civil" in *L'analyse économique du droit des contrats: outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, *Gaz. Pal.*, 9 y 10 de marzo de 2005, p. 14, sp. p. 18.

# ***La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno<sup>1</sup>***

**Daniel Peñailillo Arévalo**

Profesor de Derecho Civil, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN  
y UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA S.S.M.A. CONCEPCIÓN

## **I. Apreciación general**

Es sabido que el Código Civil francés –como es frecuente, por lo demás, en las codificaciones– ha sido objeto de reformas (específicas) desde muy pronto después de ser dictado. En términos de reclamos, aparecen ostensibles al exterior en los trabajos del Centenario;<sup>2</sup> y con decisiones oficiales para una enmienda de amplio alcance, a lo menos en la difundida Comisión de Reforma instaurada en 1945.<sup>3</sup>

Reduciéndonos a tiempos más recientes, es asimismo conocido que el Código ya venía siendo objeto de importantes reformas en Derecho de Familia y últimamente en Derecho Sucesorio. Y ahora se nos presenta esta, relativa a obligaciones, contratos y prescripción.<sup>4</sup> Entonces, me sumo a la exclamación de que con este Proyecto,

<sup>1</sup> Este trabajo surgió del comentario del profesor Daniel Peñailillo a la conferencia dictada por el profesor Denis MAZEAUD, durante el seminario “Reformas al Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Civil Chileno”, organizado en el marco de una manifestación del Capítulo Chileno de la Association Henri Capitant, realizado el 7 de diciembre de 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en Concepción. El texto de este trabajo se publicó en la Revista Chilena de Derecho Privado, de la Fundación Fernando Fueyo.

<sup>2</sup> Los estudios son innumerables; aquí baste con mencionar el proveniente de un autor incansable en su alegación por la reforma: Savatier, René: “Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui”. 2ª. ed. Paris, 1952; y en idioma español, Ancel, Marc: “La revisión del Código Civil francés”. En Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1951 (abril), pp. 298 y sgts.

<sup>3</sup> Nos referimos a aquella creada por Decreto de 7 de junio de 1945, refrendado el 25 de junio de 1945, constituida por doce miembros (profesores de Derecho, consejeros de Estado, magistrados y abogados) y presidida por el Prof. L. Julliot de la Morandière (para antecedentes en español sobre inquietudes doctrinarias previas y datos sobre los trabajos y proyectos de esta Comisión, con plan, método, directrices y contenidos, cuya actividad sirvió de base a reformas posteriores, como la de los regímenes matrimoniales de 1965, puede consultarse Pascual Serres, José María: “Ante la codificación civil francesa”, en Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1954, pp. 427 y sgts.).

<sup>4</sup> Se trata de un Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, al Libro III, títulos III y XX (del contrato, de las obligaciones y de la prescripción). Fue elaborado por un conjunto de destacados profesores de

engarzado a esas reformas, estamos asistiendo a un proceso que constituye un acontecimiento impactante para el buen número de países que, directamente o a través del Código chileno, han recibido la impronta de ese cuerpo legal.

Dentro del capítulo de la teoría general de las obligaciones y los contratos, la reforma es notoriamente amplia. Si se aprueba, con ésta más las anteriores, el Código de 1804 sólo queda en una evocación del antiguo monumento, que se mantiene en pie merced a una delicada mezcla de respetables referencias y cariño incondicional de los juristas franceses por una vieja gloria que resistió el paso del tiempo hasta el asombro.

En otro sentido, la reforma se gesta en una época (finales del siglo XX y comienzos del XXI) en la que se suceden acontecimientos influyentes en la regulación de las instituciones civiles y, destacadamente, de las obligaciones y los contratos: surgimiento de nuevos Códigos Civiles, reformas profundas a Códigos del siglo XIX, reforma importante –parece justificado mencionarla separadamente– al Código Civil alemán en la materia de obligaciones y prescripción, formulación de principios de Derecho europeo de los contratos, proyectos de código europeo de los contratos, principios de la contratación comercial internacional y, aun, Directivas de la Unión Europea. Pero el Proyecto parece adoptar una actitud templada, coincidiendo en algunas soluciones propuestas en esos cuerpos, y separándose en otras para persistir en sus propias tradiciones y en interpretaciones bien asentadas en su jurisprudencia.<sup>5</sup>

Pero aunque se comparta la constatación de que ya se trata casi de otro texto, hay algo que, habiendo penetrado profundamente en las generaciones posteriores a su gestación, es una realidad perceptiblemente vigente: nos parece que el

---

Derecho civil (34), bajo la dirección del profesor Pierre Catala y entregado al Ministerio de Justicia de Francia en septiembre de 2005. Hemos utilizado la traducción al español publicada por la Universidad Externado de Colombia, bajo la dirección del profesor Fernando Hinestrosa. Bogotá, 2006.

5 Esa actitud que ha cribado soluciones puede apreciarse en la confrontación resumida que reseña el profesor Catala entre el Proyecto y los Principios de la Comisión Lando, en la que se manifiestan ostensibles convergencias, como en la formación del contrato, vicios del consentimiento y representación, en la preferencia por el cumplimiento *in natura*, en las tres herramientas que se ofrecen al acreedor frente al incumplimiento (la ejecución forzada, la resolución y la indemnización), en la facultad para resolver unilateralmente y en la prescripción; y también distanciamientos o francas discrepancias, como en la noción de causa (que es atesorada como sentida tradición francesa), en la doctrina de la imprevisión (que el Proyecto descarta), o en la solidaridad como principio general en el ámbito civil (en la que el Proyecto decidió mantener la opción del Código).

Código sigue vivo en la **escuela** que creó, de equilibrio, realismo, adaptabilidad y simplicidad en las órdenes.

Este trabajo se parapeta en dos finalidades: Una apreciación sobre algunas enmiendas específicas que se introducen en el campo de las obligaciones, procedente de un observador externo que contempla la intervención que los expertos acometen al cuerpo legal que los ha gobernado por tantos años; y, simultáneamente, una mirada inquisitiva a nuestro interior, a nuestro cuerpo normativo cuyo autor consideró a ese código con tan edificante ánimo de recepción, para: **evaluar el estado** en que nos encontramos frente a aquellas proposiciones, detectar inconvenientes que hoy produce ese estado y **definir si procede emprender una tarea semejante**.

Pero no olvidamos que una reforma de esta envergadura requiere de unos acuerdos genéricos previos, que fijen objetivos que ha de perseguir la eventual enmienda y el método con el cual debe procederse (y eso ya es tema de otra sede).<sup>6</sup>

## II. Algunos temas específicos

### 1. Las fuentes

El adecuado tratamiento del capítulo de las fuentes de las obligaciones (de esos deberes específicos vinculantes que llamamos obligaciones civiles) impone formular una distinción no siempre advertida y que, por omitirse, arrastra a confusión: un problema (técnico) es determinar cuáles son los hechos o actos que tienen la virtud de generar obligaciones, y otro (doctrinal y más bien didáctico) es el de clasificar esas determinadas fuentes.<sup>7</sup>

Por otra parte, debe considerarse que, sobre todo en la realidad actual, las obligaciones frecuentemente se presentan entremezcladas con elementos de

<sup>6</sup> Por cierto, debe tenerse presente aquí la importante tarea que se está desarrollando en la Fundación Fueyo, a través de las Jornadas de Estudio para la reforma de los códigos civil y de comercio chilenos.

<sup>7</sup> V. en este sentido Lacruz Berdejo, José Luis, y otros: *Elementos de Derecho Civil*. T. II, Derecho de obligaciones. Vol. Primero. 3ª. edic. rev. por Rivero Hernández. Edit. Dykinson. Madrid, 2003, p. 111.

variada naturaleza (jurídicos, económicos, sociales, éticos, tecnológicos), que complican su identificación y calificación. Reparando en los puros elementos jurídicos, para comprobar cómo es que el ámbito (o zona sistemática) influye y cómo es que torna difícil la determinación de la fuente, basta reflexionar en algunas que surgen dentro de instituciones de los derechos reales (como en el usufructo o la hipoteca) o del Derecho de familia (como en los regímenes matrimoniales o las guardas).

Teniendo en cuenta las reglas del Proyecto, por ahora continuaremos refiriéndonos fundamentalmente a las posibilidades de agrupación.

Desde que, por influencia del Derecho justinianeo (con los precedentes de Gayo), quedaron enunciadas las cuatro más difundidas fuentes de las obligaciones,<sup>8</sup> por siglos la única novedad fue la agregación de la ley, mencionada por Pothier, que a su vez influye en el posterior cuadro del Código francés (art. 1370).<sup>9</sup> Después de largo tiempo de reinado de esa propuesta, fue apareciendo la disconformidad y la formulación de objeciones. Eran producto, por una parte, de diversos criterios sistemáticos y, por otra, de los nuevos requerimientos de la realidad social que enérgicamente generaba situaciones que no lograban acogida en ella sin graves distorsiones conceptuales.

Surgieron primero las fórmulas **sintéticas**, que las redujeron a dos (el contrato y la ley); y luego a una (la ley, sobre la explicación de que toda obligación adquiere ese carácter debido a que la legislación así lo sanciona), resultado inútil, al menos

<sup>8</sup> V. Sarmiento García, Manuel: "Las fuentes de las obligaciones en el Derecho romano clásico y su vigencia en el Derecho civil moderno". En *Estudios de responsabilidad civil*. Univ. Externado de Colombia. Bogotá, 2003, pp. 123 y sgts., especialmente pp. 141 y sgts. El autor postula la vigencia de otras fuentes (aunque de alcance limitado) fuera del contrato y del delito, en la época del Derecho romano clásico (como la promesa unilateral y el enriquecimiento injustificado); incluso (lo cual es bien sabido), si bien en el Derecho romano no llegó a configurarse una teoría general del negocio jurídico (más bien obra de la moderna pandectística), habría ya algunos elementos en las épocas clásica y justiniana. Pero, en cuanto importa respecto a lo manifestado en el cuerpo, agrega que las cuatro fuentes que pasaron al Derecho moderno proceden más bien del Derecho justinianeo (que desconoció el tratamiento autónomo que el Derecho clásico efectuó de la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad, como fuentes, sin vinculación con el contrato). Conviene retener esta interesante observación, para confrontarla con la sistemática adoptada por el Proyecto de reforma del Código francés al que nos estamos refiriendo.

<sup>9</sup> Pero ya en el siglo XVII esa clasificación había sido puesta en entredicho por la corriente natural racionalista, examinándola desde la perspectiva de la razón natural (con gran aceptación Grocio las redujo a tres: el contrato, el delito y la ley); pero Pothier vuelve al esquema justinianeo.

para la finalidad de ordenar la regulación por categorías. Y más tarde las **anaíticas**, que al extenderse terminan perdiendo asimismo aquella función.<sup>10</sup>

En las diversas alternativas, desde que la ley fue consignada como fuente, ha permanecido y con notoria firmeza, pero ha ido variando el rol que se le atribuye, con influencia de distintos factores, señaladamente el grado de inmediatez con que se conciba la proposición de fuentes respecto de la obligación que genera y, por cierto, la concepción que se tenga de interrogantes jurídicas de mayor alcance. Así, la ley suele aparecer como fuente directa, o como un respaldo de otra, o, incluso, como integrante de una fuente híbrida.<sup>11</sup>

A diferencia de los Códigos del siglo XIX, entre los del siglo XX predomina la actitud de **evitar la formulación de fuentes** y prefieren regular varias (con lo cual dejan al tribunal mayor poder discrecional a este respecto). Más aún, algunos como el italiano (al que sigue en nuestro continente el de Bolivia), consignan una fórmula tan amplia como la de resolver que "las obligaciones derivan de contrato, de hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producir las de conformidad con el ordenamiento jurídico" (art. 1173)<sup>12</sup> (esta última, una categoría

<sup>10</sup> Estando presente también la actitud excéptica; en dirección positivista se ha manifestado que "es indiferente que esta fuente consista en un negocio entre las partes o en un hecho cualquiera; lo decisivo es su tipificación como causa de tal virtualidad en el catálogo legal correspondiente. Sin esta tipicidad, la obligación podrá ser de Derecho natural, pero no es una obligación civil. Es la norma positiva la que atribuye o no valor jurídico a la relación, con arreglo a las concepciones sociales de los distintos tiempos y lugares" (Lacruz Berdejo, José Luis, y otros. Ob. cit., pp. 5 y 115).

<sup>11</sup> Estamos aquí aludiendo a la realista fórmula del profesor Hernández Gil, que distingue entre obligaciones que nacen de la voluntad con la cooperación de la ley (contratos, declaración unilateral), de la ley a partir de un presupuesto de voluntad (contratos dirigidos, actos ilícitos, gestión de negocios sin mandato), o de la ley puramente (responsabilidad objetiva, enriquecimiento injustificado, etc.). (V. Hernández Gil, Antonio: "Derecho de Obligaciones". Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Edit. Ceura. Madrid, 1983, pp. 243 y sgts.

Parece claro que para comprender la función de la ley como fuente (de obligaciones de Derecho Privado), debe asumirse un grado de inmediatez con el que se le examine. Así, en términos mediatos, puede postularse que la ley es la única fuente (y por eso es que ha podido sostenerse así); y en términos inmediatos, parece que nunca lo es, porque en concreto una obligación sólo surge debido a una actuación humana (y si en el mundo de estas actuaciones, para efectos jurídicos, distinguimos entre actos y hechos, estaremos llegando a la agrupación del Proyecto, que se verá pronto). Sólo resta añadir que la primera afirmación (de que en términos mediatos la ley es la única fuente) conduce a concepciones jurídicas de mayor profundidad, que importan responder sobre el origen de las normas, su poder vinculante y el rol de la ley en el orden jurídico.

<sup>12</sup> Esta fórmula ha estado ganando predilección en los legisladores del siglo XX. Así, el Código Civil de Quebec dispone que: "L'obligation naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation" (art. 1372). Por su parte, el reciente Código Civil de la Federación rusa, en el capítulo general del Derecho de obligaciones, dispone que: "2) Les obligations naissent du contrat, du fait d'un préjudice, ainsi que d'autres fondements indiqués dans le présent Code" (art. 307). (Trad. al francés bajo la dirección de Dusan Kitic, con la colaboración de Omourtag Petkov y Gregoire Dikov. Juriscope, 1999).

“en blanco”, que evoca la romana “*variis causarum figuris*” y, en el conjunto, la proposición de Gayo). La flexibilidad tiene ventajas, pero la enunciación más precisa cumple con la utilidad de facilitar la asignación de estatutos.

De entrada, en este capítulo técnico el Proyecto provoca no sorpresa, sino más bien confirmación de doctrina que ostenta afecto por las fórmulas simples.

Con base en el actual art. 1370, el Proyecto declara que las obligaciones nacen de los **actos** y de los **hechos** jurídicos (art. 1101).<sup>13</sup>

Dentro de los **actos** distingue:

- La convención;
- El acto jurídico unilateral;
- El acto jurídico colectivo.

Y dentro de los hechos:

- El beneficio obtenido de otro sin derecho (los cuasicontratos; pago indebido, agencia oficiosa y enriquecimiento injustificado).<sup>14</sup>
- El daño causado a otro sin derecho (delitos y cuasidelitos).<sup>15</sup>

Y se añade la ley.<sup>16</sup>

Estampado este esquema, se aplica el método de las definiciones (de cada ítem), que es pertinente al categorizar, aunque el Proyecto no lo convierte en hábito.

<sup>13</sup> Es cierto que los hechos también pueden ser voluntarios, pero hay diferencia en la dirección; en éstos los efectos jurídicos no serán lo que conscientemente pretende el autor.

<sup>14</sup> Aquí parece haber al menos una alteración de la sistemática; el enriquecimiento injustificado está presente en el fondo de los cuasicontratos; pero luego de mencionar a dos (el pago indebido y la agencia oficiosa), el proyecto lo añade, autónomamente, como otro cuasicontrato. Aparte de numerosa doctrina en aquel sentido, en la propia francesa puede verse al respecto, Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, Jean et Chabas, François: “Leçons de Droit civil”. T. II, vol. I., Obligations; 9e. éd. Editions Montchrestien. Paris, 1998, p. 46; y se agrega el difundido antecedente que en Códigos del siglo XX, como el alemán y el suizo, abandonándose la noción de cuasicontrato, se consagra el enriquecimiento sin causa como fuente independiente.

<sup>15</sup> Es perceptible la influencia del profesor Carbonnier, que en su estudio sobre Obligaciones venía desarrollando el tratamiento con un sistema fundado en esta división. V. Carbonnier, Jean: *Droit civil*. 4. Les Obligations. Presses universitaires de France. 22 éd. refondue. Paris, s/f. especialmente pp. 38 y sgts.

<sup>16</sup> Conforme a lo dicho en una nota anterior, estando formulado el cuadro en consideración al origen inmediato de la obligación, puede estimarse que ha de prescindirse de la ley (que se supone el respaldo de las mencionadas).

Adoptando una actitud que allí también parece una tradición, el Proyecto descarta, como principio general, la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, salvo que lo disponga la ley o la costumbre (y esta última posibilidad –como ha sido declarado– constituye un reconocible avance).

Por otra parte, no sólo porque se expresa por los redactores, sino porque se desprende ostensiblemente del articulado –y es bien explicable–, el contrato se erige en la figura central, dominando la escena reguladora (sin perjuicio de las normas especiales para ellos, los actos jurídicos unilaterales y los colectivos subsidiariamente se rigen por las normas de las convenciones, que vienen a constituir las normas comunes).

La regla del actual artículo 1370 –que el Proyecto **amplía y aclara**– tiene un equivalente entre nosotros.

Se recordará que nuestro Libro IV se inicia con el art. 1437, el cual, por su ubicación y expresiones (“Las obligaciones nacen...”) se le tiene por el gran texto enunciador de las fuentes; y consagra el histórico cuadro pentapartita (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y ley); con varias imprecisiones (que también pueden asumirse como generosos y afortunados espacios) que han resultado útiles para al menos el intento de incluir nuevas fuentes.<sup>17</sup> Pero hay otros dos textos que también enuncian fuentes (aun cuando carecen de imponente posición y sentido de liderazgo, reconocibles en aquella primera regla); el art. 578, que las reduce a dos: el “hecho suyo”<sup>18</sup> y “la ley”; y el art. 2284, que, al iniciar la regulación de los cuasicontratos, las limita a tres: la convención, la ley y el hecho voluntario; y entre éstos: los cuasicontratos y los delitos y cuasidelitos. Este último texto, por su contenido y, destacablemente, por su ubicación, es el equivalente al citado art. 1370 francés.

Entonces, ahora es fácil comprender los términos de la reforma, contemplándola a través de nuestros textos; la proposición reformadora, **transportada al Código**

<sup>17</sup> Como el enriquecimiento injustificado y la declaración unilateral de voluntad, los cuales expresamente no aparecen considerados, pero que podrían quedar incluidos en las expresiones “hecho voluntario” que es la fuente en la que los cuasicontratos aparecen mencionados como un ejemplo.

<sup>18</sup> Este texto es aun más genérico; la expresión “hecho voluntario” es aquí substituída por la más amplia “hecho suyo”, que ni siquiera exige voluntariedad.

**chileno**, equivale a: extender y aclarar nuestro art. 2284 para luego llevarlo a la portada del libro IV, en reemplazo del actual art. 1437.

Desde otro punto de vista, la agrupación en actos y hechos, y la distinción en éstos entre hechos que prodigan beneficio y que provocan daño, sin derecho, nos parece intensamente clarificante.

## 2. Obligaciones de dar, hacer, no hacer y una cuarta categoría: dar en uso

Aquí contemplamos lo que podemos llamar la modificación de un dogma.

El planteamiento ya venía desde algún tiempo en la doctrina.

La clásica división de las obligaciones según su objeto en obligaciones de dar, hacer y no hacer, se extiende ahora a cuatro categorías. Se añade la obligación de de "dar en uso".

Según el Proyecto (art. 1146): "La obligación de dar en uso tiene por objeto la concesión del uso de una cosa con cargo de restitución, como en el arrendamiento o el préstamo de uso; no tiene lugar en las convenciones que conceden la tenencia sin derecho al uso, como la prenda o el depósito".<sup>19</sup>

Examinemos la novedad y luego detectemos alguna consecuencia de importancia para nosotros.

Tal vez por falta de profundidad en el análisis, luego de formulada la trilogía, en la doctrina chilena se ha procedido a añadir la calificación de aquella obligación que, sin ser de dar, confiere a otro la mera tenencia, llamándola obligación de entregar (en la cual se incluye toda entrega, sea como consecuencia de la obligación de dar, o sea que vaya sola, como la del arrendador o la del arrendatario al final del arriendo); y se llega a la simple conclusión de que la entrega es un hecho y, por tanto, esa obligación de entregar es de hacer; y luego se ha desatado la discusión bien conocida de si, debido a ese texto según el cual la de dar **contiene** la de entregar (el art. 1548), ésta se ha de regir por las de dar o por las de hacer.

<sup>19</sup> El agregado final no tiene una visible justificación.

Pero un examen más detenido nos conduce a una conclusión semejante a la del Proyecto que comentamos. En efecto, es cierto que la obligación de entregar es de hacer, es un hecho; pero ella se agota, quedando ejecutada, **en el hecho de la entrega**; y de lo que se trata ahora es de mantener al arrendatario en el disfrute de la cosa dada en arriendo; ciertamente, esa no es de dar; podría estimarse que es de hacer, pero para esa calificación parece estarse forzando o distorsionando el concepto de "hecho". En realidad, constituye clase distinta; es lo que parece decirnos el Proyecto: se trata de otra categoría: la de dar en uso (que, por cierto, incluye el hecho inicial de la entrega y **genera, automáticamente, la de restituir**).<sup>20</sup>

Para nosotros la decisión tiene importancia, por razones sistemáticas y procedimentales.

**Sistemáticas**, porque en cada factor en el que la clasificación tradicional influye, ahora debe verse si hay espacio para la cuarta categoría, lo cual implica que se desencadenaría una adaptación del sistema en las distintas secciones en las que la clasificación incide.

**Procedimentales**, porque, como se sabe, para la ejecución forzada de la prestación incumplida, nosotros tenemos diseñados unos procedimientos diferenciados según la obligación sea de dar, o de hacer o no hacer. Así, y mientras no tenga entre nosotros consagración legislativa, si en la doctrina va ganando acogida y la jurisprudencia asimismo la acoge para distintas aplicaciones fuera del ámbito ejecutivo o al menos en declaraciones *obiter dicta*, entonces, llegado el caso de cumplimiento ejecutivo de la nueva categoría, podrá plantearse el problema del procedimiento por el que debe endilgarse. Tendrá la dificultad primero el acreedor y luego el juez (por su parte, el deudor seguramente objetará, cualquiera sea la decisión que se le proponga).

<sup>20</sup> Aunque en mayor análisis, hay que admitir que podría sostenerse que la obligación ahora llamada "dar en uso" es una obligación de hacer y sin que eso signifique distorsionar el concepto de hecho, porque se trataría simplemente de un hecho duradero (modalidad continuada, que se prolonga en el tiempo). Así, por ejemplo, en el Derecho societario, el socio industrial aporta su trabajo durante todo el tiempo de duración de la sociedad y allí la doctrina mercantil no duda en calificar esa obligación como "de hacer"; igualmente, se desenvuelve en el tiempo. Y en cuanto a la restitución, el Proyecto dice que se genera automáticamente al contraerse la obligación de dar en uso; si se prescinde de esta 4ª. categoría, esa obligación simplemente es una de hacer (la del arrendatario al final del arriendo), inversa a la del que al comienzo entregó (del arrendador al inicio del arriendo); y se genera igualmente en el contrato. Con este planteamiento, la de dar en uso sería innecesaria; y se mantendrían las 3 categorías clásicas.

### 3. Obligaciones de medio y de resultado

Típica clasificación de origen francés,<sup>21</sup> con ya más de 50 años de formal presencia doctrinaria, ha sido ciertamente en Francia en donde –y desde un comienzo– parece haber conquistado su mayor éxito.

Con base en la finalidad, según el Proyecto (art. 1149) la obligación es **de resultado** “cuando el deudor está obligado, salvo fuerza mayor, a procurar al acreedor la satisfacción prometida”, de modo que es responsable por no alcanzar el fin establecido; es **de medios** cuando el deudor está obligado a proveer los cuidados y diligencia normalmente necesarios para alcanzar un determinado fin”.

Por cierto, cada vez que se trae a relato la clasificación, surge de inmediato el debate acerca de procedencia y su efectiva utilidad, que no ha de calmarse por la circunstancia de conquistar este importante sitio legislativo. Asimismo, una vez admitida, han de continuar las conjeturas acerca de los criterios con los cuales se debe proceder para calificar a cierta obligación como de una u otra categoría (las estipulaciones de los contratantes, la naturaleza de la prestación, la onerosidad o gratuidad del contrato, la complejidad de la ejecución de la prestación, el grado de participación que cabe al acreedor en esa ejecución).

Estimamos que la clasificación puede ser empleada entre nosotros (desde luego, no hay obstáculo de texto, como generalmente no lo hay para clasificar). En la responsabilidad contractual su utilidad surge en la determinación del incumplimiento; y, ante nuestros textos, en la solución de un viejo problema, que incide en el factor de atribución de responsabilidad: si la ausencia de culpa libera o no. No hay regla que disponga si en ausencia de culpa el deudor debe o no responder; sólo hay una según la cual la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla. Entonces, se ha propuesto que si el texto se ocupó de asignar el peso de la prueba, es por algo; es porque probada la diligencia (ausencia de culpa), el deudor ha de quedar liberado. Pero la respuesta podría ser otra si empleamos esta clasificación: si la obligación es de resultado, la ausencia de culpa no libera; siempre responde el deudor, que se comprometió pura y simplemente

<sup>21</sup> Aunque suelen señalarse antecedentes en Roma, en el antiguo Derecho francés y en Domat y aun en doctrinas italiana y alemana de poco antes de su formulación por el Prof. Demogue, en 1925 (v. Demogue, René: *Traité des obligations en général*. Librairie Arthur Rousseau. Paris, 1925, T. V).

a obtener el resultado descrito en el contrato (y se configura así una responsabilidad contractual objetiva); en cambio, si la obligación es de medios, como al probar diligencia el deudor prueba que cumplió, entonces queda liberado, por la simple razón de que no hay incumplimiento (en otros términos, la prueba de la diligencia se identifica con la prueba del cumplimiento).<sup>22</sup>

#### 4. La solidaridad

Existiendo varios deudores, la disyuntiva entre imponer como principio la solidaridad o la mancomunidad, presenta una secuela de discrepancia y vacilación, desde antes de la Novela de Justiniano (99) que impuso la regla aun vigente en muchas latitudes. En el código civil francés terminó imponiéndose la presunción de no solidaridad, desde donde se diseminó, llegando hasta nosotros.<sup>23</sup> Pero la querrela ha continuado, y la presunción contraria (impulsada por estímulos de diversa naturaleza) ha reclutado algunos favores, en Alemania e Italia. Otros Códigos del siglo XX la matizan o debilitan.<sup>24</sup>

Por estos antecedentes (y otros que podrían añadirse) es que no nos extrañamos de la discusión surgida entre los redactores del Proyecto. Finalmente, se ha

<sup>22</sup> Para más antecedentes sobre este punto, v. Yzquierdo Tolsada, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*. Edit. Reus. Madrid, 1989; para otras distinciones, García González, Alejandro: *Responsabilidad civil contractual* (obligaciones de medio y de resultado). Edit. Conosur. Santiago, 2002; Baraona González, Jorge: "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva". En *Rev. chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1. Santiago, 1997, pp. 151 y sgts.

<sup>23</sup> La efectiva vigencia de la no presunción de solidaridad a través de la historia ha llegado a ser discutida. Frente a la generalizada afirmación de que se imponía en Roma, se han emitido opiniones discrepantes, para sostener que en el Derecho romano clásico el principio era el inverso y que el cambio se vino a producir sólo en el Derecho justinianeo. En el antiguo Derecho francés la regla se consolida con la influencia de la citada Novela de Justiniano, y se difunde con Cujas, Dumoulin, Domat y Pothier, hasta imponerse en el código de 1804 (arts. 1202 y 1197), desde donde se irradia a las codificaciones que le siguen. El Derecho español antiguo fue cambiante, pero el Código Civil siguió aquella misma dirección. Para más antecedentes (hasta su tiempo), Hernández-Gil, Antonio: "El principio de la no presunción de la solidaridad". En *Rev. de D. Privado*. Madrid, 1947, pp. 81 y sgts.; Sancho Rebullida, Francisco: "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos". En *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*. Edics. Univ. de Navarra. Pamplona, 1969, T. III, pp. 565 y sgts. Y para las diferencias entre correalidad y simple solidaridad, que ha conocido la historia de la institución y que si bien no parecen mantenerse pueden servir para comprender mejor algunas proposiciones sobre la naturaleza jurídica de la solidaridad, Hernández-Gil, Antonio: "La solidaridad en las obligaciones". En *Rev. de Derecho Privado*. Madrid, 1946, pp. 397 y sgts.

<sup>24</sup> En el Código Civil alemán debe verse el art. 427, aunque también debe tenerse en cuenta el art. 420 pero con varias excepciones, como las de los arts. 830, 2058, etc.). En el italiano, los arts. 1294 y 1317. Los otros Códigos del siglo XX no han adoptado esa actitud, pero varios debilitan la rigidez tradicional. Así acontece en los códigos federal suizo de las obligaciones (arts. 70 y 143), mexicano (arts. 1988 y 2006); portugués (art. 513, que en la solidaridad convencional exige sólo constancia en "la voluntad de las partes"), paraguay (art. 510, al cual basta que resulte de términos "inequívocos").

mantenido la presunción de no solidaridad. Varios factores parecen influir en la decisión; entre ellos la actualmente muy constante preocupación protectora del consumidor.

Según el Proyecto: "La solidaridad no se presume; es menester que sea establecida expresamente" (art. 1197-I). Y: "La solidaridad no se presume; no puede derivar sino de la ley, de una convención o de la costumbre mercantil" (art. 1202).

Es sabido que la banca, infaltablemente, impone la solidaridad cada vez que se enfrenta a una pluralidad de deudores. Pero aun así, la norma conserva importancia porque –fuera de ella– seguimos asistiendo a situaciones de pluralidad de sujetos pasivos con ausencia de la conveniente estipulación previsoras.

Por nuestra parte, nos hemos pronunciado por mantener en nuestro Código la misma solución, que parece estar arraigada en nuestra tradición, no obstante la aludida práctica bancaria; pero también nos hemos declarado partidarios de salir de la extrema rigidez con que se han tomado las expresiones de nuestro art. 1511, que en la práctica ha conducido a los comentaristas a exigir verdadera fórmula sacramental, aunque se nieguen a reconocerlo. La exigencia de "voluntad inequívoca,"<sup>25</sup> que admite alguna interpretación de las expresiones contractuales, parece ser la postura más prudente.

A este propósito, con una mayor producción de antecedentes (sobre todo provenientes de la casuística) tendremos que ir adoptando pronunciamiento sobre la que puede denominarse "solidaridad en blanco". Desde algún tiempo en la práctica notarial (frecuentemente asimismo con vinculación a la actividad bancaria) viene apareciendo el convenio (que configura un modelo de estipulación "impuesta"), por el cual dos o más sujetos se obligan solidariamente para con otro (acreedor) en todas las obligaciones que en el futuro contraiga alguno o cualquiera de ellos para con el último (sin que al presente exista deuda alguna). Parece claro su empleo en función de garantía y, naturalmente, la situación evoca la conocida "cláusula de garantía general hipotecaria" (con sus ventajas e inconvenientes).

<sup>25</sup>. En la dirección de los Códigos portugués y paraguayo, recién citados.

## 5. La resolución

Luego de una dilatada evolución, con influencia inmediata de Pothier, culmina en el Código francés el postulado de que en los contratos bilaterales va implícita la condición (resolutoria) de no cumplirse lo pactado; de allí pasa a otros códigos del siglo XIX, entre ellos al nuestro, y de aquí se esparce a su vez a otros. En la actitud hay una buena dosis de artificio y, dispuesta entre las normas de las obligaciones condicionales, al menos entre nosotros, ha traído el inconveniente práctico de algunos intentos de aplicarle varias reglas de esa categoría de obligaciones;<sup>26</sup> asimismo, consignada ahí, los **efectos** de la resolución quedan **aprisionados** entre los de la obligación condicional, no obstante obedecer a funciones diversas.

La generalidad de los códigos del siglo XX (europeos y latinoamericanos) han simplemente abandonado la técnica de la condición tácita, trasladando la regla al efecto de las obligaciones, por su inejecución; otro tanto acontece con los principios y proyectos de códigos emitidos para el Derecho europeo de los contratos.

A la postre, estamos asistiendo a la agonía de esta original forma de concebir la resolución. En la actitud estábamos quedando prácticamente solos con Francia (y tal vez no nos sentíamos tan preocupados, debido a la fama de la compañía); pero ahora también nos abandona (art. 1157 y sgts. del Proyecto).

Hemos postulado proceder de modo semejante: la resolución (con sus normas) debe llevarse al capítulo de los efectos de las obligaciones.

Además, varias son las decisiones específicas que merecen ser evaluadas, sobre todo ante nuestros textos, que en esta materia visiblemente requieren actualización. Entre ellas:

- El incumplimiento parcial y la gravedad del incumplimiento.

Si el incumplimiento es parcial, ¿se genera siempre la opción resolutoria? ¿Cualquier incumplimiento basta?

<sup>26</sup> Como aquella del art. 1478 conforme a la cual "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga".

Esta es una importante dificultad existente entre nosotros. Tradicionalmente (con evidente influencia del profesor Alessandri, en su *Tratado de la compraventa y la promesa de venta*) interpretando el art. 1489 la jurisprudencia (sin gran protesta de la doctrina) ha tenido establecido que cualquier incumplimiento basta (debe leerse, por leve que sea), acudiendo al cómodo argumento de la no distinción (el art. 1489 no distingue). Aunque puede encontrarse un par de sentencias que se han apartado de aquella dirección.<sup>27</sup>

Estamos categóricamente por la opinión contraria; no cualquier incumplimiento basta; por el principio de conservación del contrato, la buena fe contractual, el abuso del Derecho, etc., lo razonable es concluir que sólo es admisible la resolución cuando el incumplimiento es determinante para el fin del contrato, o el que tuvo en vista el acreedor, con conocimiento del deudor.

Frente al Derecho extranjero esta situación nuestra aparece como un notorio anacronismo. Nuevamente debemos añadir que los Códigos Civiles del siglo XX y comienzos del XXI, generalizadamente, exigen para la resolución que el incumplimiento sea grave (o esencial, o frustre la finalidad del contrato).<sup>28</sup> Lo mismo acontece en los principios y proyectos de códigos emitidos para el Derecho europeo de los contratos. Y otro tanto ocurre en el *common law*, en donde se recurre a diversos mecanismos para la conclusión (tradicionalmente, a la distinción entre *conditions* y *warranties*, procediendo en las primeras y no en las segundas).<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Un fallo antiguo (de 1920) resolvió que no procede la resolución por incumplimientos de poca entidad (Corte de Apelaciones de Talca; Gaceta de los Tribunales de 1920, 2º sem., N° 142, p. 610). Y, en el mismo sentido, uno reciente (de 2002; Corte de Apelaciones Rancagua; v. Banco de Jurisprudencia de Lexis nexis).

En esta última situación:

a) El fallo de 1ª instancia resolvió que cualquier incumplimiento basta; el art. 1489 no distingue (Consid. 4º).

b) El fallo de la Corte niega esa afirmación. No, no hay resolución por incumplimientos leves. Resolvió: "no es cláusula esencial del contrato" (Consid. 4º). Y agregó: "Que de este modo no puede pedirse la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones accesorias no condicionantes, de escasa entidad" (Consid. 5º).

Pero no examina  **criterios**  para determinar cuándo el incumplimiento es de poca o mucha entidad; o cuándo es grave o esencial y cuándo no; cuándo el incumplimiento es resolutorio y cuándo no.

c) El fallo de la Corte Suprema no se pronuncia sobre el punto, porque rechazó el recurso debido a que no estaba probado "el hecho del incumplimiento". Entonces —dice— no podría dictar sentencia de reemplazo (Consid. 4º).

<sup>28</sup> Antecedentes de doctrina y datos de las codificaciones y proyectos pueden verse en nuestro *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2003, pp. 407 y sgts"... Debe agregarse también la regla introducida en el Código Civil alemán en virtud de la reforma de 2002, cuyo art. 323.5. niega la resolución si el incumplimiento "no es de importancia".

<sup>29</sup> Pero las dificultades que ha ido presentando esa distinción —tanto por los diversos significados que tienen

Alguna de aquellas fórmulas hemos de adoptar nosotros, pero no debemos permanecer en el estado en que estamos, a merced de sentencias que pudieren reeditar aquella poco razonable decisión.

Y aun hay otras proposiciones que conviene enjuiciar para nuestro medio:

- La resolución unilateral, que viene siendo frecuente en los textos europeos, y que el Proyecto regula.
- La admisión de la resolución parcial del contrato cuando la ejecución es divisible, que, asimismo, el Proyecto trata.
- La resolución extrajudicial, que el Proyecto acoge pero matizadamente.
- La posibilidad de enervar la acción resolutoria mediante el pago durante el juicio, después que el acreedor cumplidor optó por la resolución (en la que ya se han emitidos opiniones de reforma entre nosotros).
- La posibilidad de suspender el cumplimiento ante las dificultades de la contraparte, mientras ésta no ofrezca garantías de cumplimiento.
- La posibilidad de la resolución anticipada, que una de las partes puede pedir cuando hay signos evidentes de que la otra incumplirá, y que puede contribuir a impedir la propagación de los perjuicios.

## 6. La retroactividad de los efectos del acto condicional

Con nutridos antecedentes históricos, el dilema de la retroactividad de la condición ha sido siempre ampliamente discutido.<sup>30</sup>

Por nuestra parte, frente a la alternativa de describir el debate con exhibición de los razonamientos y argumentaciones, preferimos aquí destacar un flanco de la

---

esos términos en el Derecho inglés, como por las diversas modalidades que puede adoptar un incumplimiento, ya de una u otra— ha ido produciendo una intensa matización, introduciéndose situaciones “intermedias” y acudiéndose a la noción de “seriedad” de la ruptura (para más antecedentes, puede verse, por ejemplo, Atiyah, P.S. y Smith, Stephen: “Introduction to the law of contract”. Clarendon Law Series. 6th. ed. Oxford, 2005, pp. 196 y sgts.

<sup>30</sup> El debate es relatado ya en los grandes tratados franceses de la época de la exégesis. Posteriormente puede verse, con dirección crítica, a Leloutre, Amédée: “Étude sur la rétroactivité de la condition”. En *Revue trimestrielle de Droit civil*, T. VI. Paris, 1907, pp. 753 y sgts. El panorama didáctico, con posiciones teóricas y consecuencias de las opciones, en Álvarez Vigaray, Rafael: “La retroactividad de la condición”. En *Anuario de Derecho Civil*, T. XVII. Madrid, 1964, pp. 829 y sgts. Y un análisis de la retroactividad en general aplicada a los actos jurídicos, con explicaciones justificantes y la necesidad de su control, en Jambu-Merlin, R.: “Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques”. En *Rev. trimestrielle de Droit civil*. Paris, 1948, pp. 271 y sgts.

querella que nos parece decisivo en cuanto constituye un verdadero supuesto, del cual, una vez desvelado, surgen unas soluciones con fluida naturalidad. Nos referimos a la determinación del objeto al que precisamente se dirige la condición y que impone distinguir (como se procedía, por lo demás, en Roma).<sup>31</sup>

En efecto, si se examinan diversas hipótesis, podrá constatarse que la condición puede convenirse para el nacimiento del acto condicional (suspende el acto) o sólo para la producción de efectos de un acto ya celebrado (suspende los efectos del acto).

Si se pactó para el nacimiento, para tener por existente el negocio obligacional, la retroactividad no parece justificada; las partes han acordado que si el evento acaece habrá negocio y entretanto no; entonces, siendo el acto la fuente de los efectos, no se ve por qué ellos han de operar retroactivamente (y retroactivamente ¿a qué época?). En cambio, si la condición fue impuesta sólo para dejar en suspenso un efecto (una obligación) de un acto ya celebrado, ahora la retroactividad se impone; siendo el acto la fuente de los derechos y obligaciones, una vez cumplida la condición, a ese tiempo (al día de la celebración del acto) ha de retrotraerse el efecto; y aquí es más aceptable que la clara voluntad de los contratantes o el expreso arbitrio legislativo pudieren negar la retroactividad.<sup>32-33</sup>

<sup>31</sup> Así Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho privado romano*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1996, T. II, p. 37, con particular referencia a la *stipulatio*.

<sup>32</sup> En todo caso, la distinción es perceptible en la hipótesis de actos que, produciendo varios efectos (derechos y obligaciones), uno o más de ellos son sometidos a condición; si condicional es el único efecto que produce, o todos los efectos que produce son sometidos a condición, podría concluirse que la distinción queda ficticia; en esa situación, lo mismo sería "acto" sometido a condición, que "efectos del acto" sometidos a condición.

<sup>33</sup> A propósito de las últimas expresiones, nos sentimos también incitados a reclamar una clarificación: la expresión más difundida para enunciar el tema al que nos estamos refiriendo es la de "la retroactividad de la condición"; la estimamos impropia. No se trata de definir si la condición es o no retroactiva; no podría tratarse de eso, porque la condición no es sino un hecho, y los hechos simplemente acaecen (o no); los hechos no pueden ser retroactivos. Ni siquiera es concebible una "retroactividad de los efectos de la condición", porque —como se dijo— ella es un hecho (cuyo acaecimiento se espera) y no son los hechos los que producen los efectos (derechos y obligaciones correlativas); no es ese hecho la fuente de los efectos; la condición es sólo un hecho (condicionante) que se agrega a un acto (condicionado); entonces, no produciendo efectos el hecho, es imposible que haya retroactividad de unos efectos que de él no nacen. Lo que produce consecuencias, efectos, obligaciones y derechos correlativos, es el acto sometido a la condición, el acto condicional; es el acto o contrato la fuente de la obligación (y del correlativo derecho); y esas obligaciones y derechos, esos efectos, son los que pueden desencadenarse con o sin retroactividad. Así, nos parece que la apropiada es la expresión que hemos consignado en el párrafo que inicia este tema: la retroactividad de los efectos del acto condicional. Las otras frases (retroactividad de la condición o retroactividad de los efectos de la condición) sólo parecen tolerables en cuanto se admita que se está incurriendo en una ligereza de lenguaje.

En el Derecho moderno se ha ido perdiendo la distinción; doctrina y legislaciones no entran a formularla; más bien parecen partir del supuesto (indiscriminado) de que lo que deja en suspenso la condición es sólo la producción de efectos, la eficacia; y, sobre tal supuesto, confieren soluciones.

Al respecto, en los Códigos Civiles del siglo XX la actitud dominante es la intermedia, con diferencias sólo en la forma de adoptarla: imponen la retroactividad, con excepciones, o la irretroactividad con excepciones, o, sin imponer una de las reglas, dispersan soluciones específicas.<sup>34</sup> Cuando imponen la retroactividad, las excepciones más frecuentes son las derivadas de la naturaleza del contrato y el mantenimiento de los actos de administración, sin perjuicio de su expresa voluntad, y la de protección a los terceros de buena fe (como concreción de la protección al tráfico fundada en la confianza en la apariencia).<sup>35</sup>

En otro sentido, al tratar este tema, la aplicación práctica de situaciones de retroactividad ha dejado de manifiesto la conveniencia de introducir una distinción para el tratamiento de una regla retroactiva: debe distinguirse entre negocios dispositivos de eficacia real de aquellos de eficacia puramente obligatoria. La separación se justifica en cuanto en los primeros (en los cuales se produce un traslado del dominio o se constituye o transfiere algún otro derecho real) ha de vincularse el efecto con el sistema de transferencia de bienes imperante en el respectivo ordenamiento y las normas que lo regulan; directamente dicho, si se exige la tradición, con su regulación y las modalidades que adopta en los inmuebles, lo que a su vez conduce la relación a la reglamentación del respectivo registro inmobiliario (esto sin perjuicio de la existencia de algunos temas comunes, como los relativos a los actos de administración, frutos y riesgos).

En su tiempo, el Código francés optó por una de las alternativas (con influencia de Pothier), formulándola expresamente; conforme al art. 1179, la condición

<sup>34</sup> Por cierto, la consignación de una regla general tiene importancia para la solución de situaciones no previstas.

<sup>35</sup> Así, por ej. los códigos alemán (arts. 158, 159 y 161), suizo (art. 151 inc. 2º), italiano (arts. 1357 y 1360), portugués (arts. 276 y 277), boliviano (arts. 497, 498, 501 y 502), peruano (art. 177), paraguay (arts. 324, 325 y 326), Proyecto argentino de Código de Derecho Privado unificado, de 1998 (art. 340).

cumplida tiene efecto retroactivo al día en que fue celebrado el contrato. No obstante el precepto,<sup>36-37</sup> el debate teórico ha persistido.

En los Códigos del siglo XX prevalece la opción intermedia, que sólo varía en los términos en que se plantea (la retroactividad con atenuaciones, la irretroactividad con atenuaciones; y cuando se establece la retroactividad, las excepciones se refieren recurrentemente a la naturaleza del contrato, la voluntad de los contratantes, los actos de administración y la protección a los terceros de buena fe). Pero los códigos alemán (art. 158) y federal suizo de las obligaciones (art. 151) se muestran más intensos en el abandono de la retroactividad (dejando a salvo la estipulación expresa de las partes).<sup>38</sup>

El Proyecto decidió mantener la alternativa, con la declaración expresa. Pero, tal como se ha postulado por la doctrina y se ha venido consagrando en la generalidad de los textos posteriores (como se ha relatado), incluye bien asentadas atenuaciones (arts. 1182 y 1184). Se dispone que la condición opera retroactivamente, pero se mantienen los actos de administración y goce ejecutados durante el tiempo intermedio.

Recordemos que la actitud del codificador chileno fue la pragmática. No emitió formal declaración de principio y, acometiendo la materia algo más exhaustivamente, reguló varios efectos; en algunos se procede con y en otros sin retroactividad. En esos términos, permanece la querella acerca de la latencia de uno u otro principio, que sólo viene a agitarse al presentarse algún efecto no tratado.

<sup>36</sup> Cuyo alcance ha sido discutido y al que se le reconocen peligros y varias excepciones. V. Carbonnier, Jean. Ob. cit., p. 270, con cita de jurisprudencia y la mención de los trabajos de la Comisión de Reforma de 1945, en sentido adverso; Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, Jean et Chabas, Francois. Ob. cit. T. cit. vol. cit., pp. 1089 y sgts., con advertencia de los peligros en cuanto a las enajenaciones y gravámenes constituidos por el deudor condicional pendiente la condición, los cuales allí serían conjurados, en la materia inmobiliaria por la publicidad registral, y en los muebles, por aplicación de la regla de que en materia de cosas muebles la posesión equivale a título (art. 2279 del cód. francés); los autores añaden que tanto el código como la jurisprudencia no han llevado la retroactividad al extremo, destacando la situación de los actos de administración y de los frutos (y previenen —parece conveniente— que la retroactividad está implantada para el cumplimiento, no para la renuncia).

<sup>37</sup> Seguido por otros códigos, como el español (art. 1120) y el argentino (art. 543).

<sup>38</sup> De los arts. 158 y 159 del código alemán puede desprenderse que el abandono de la retroactividad en él es bastante explicable (recordando lo que hemos manifestado en un párrafo anterior): los textos parecen contruidos sobre el supuesto de que es el "negocio jurídico" el sometido a la condición; en tal situación, como lo hemos dicho, la retroactividad no resulta procedente; incluso, cuando el art. 159 se refiere al pacto de retroactividad, da a entender que ahí habrá de fijarse a qué día se retrotraerán los efectos.

No nos parece urgente un cambio a este respecto. Sea como fuere, enfrentados a una eventual reforma o, más bien, aclaración, deben tenerse en cuenta estas circunstancias:

a) Que –como ya lo dijimos– debería extraerse de aquí la resolución del contrato (llevándosele a los efectos), quedando reducida la regulación de la retroactividad a las condiciones propiamente.

b) Que, tanto aquí como en los efectos de la resolución, debe procederse a regular, en lo posible coherentemente, los efectos respecto de terceros; y siguiendo la tendencia dominante en la doctrina y en la legislación contemporáneas esa regulación ha de conformarse a los postulados de la apariencia, que predica proteger a los terceros de buena fe en las adquisiciones onerosas.<sup>39</sup>

El examen de las reglas del Proyecto, sobre obligaciones condicionales, ha atraído nuestra atención a un tema para el cual el código chileno contiene una interesante regla (que hace varios años nos preocupó):<sup>40</sup> el denominado cumplimiento ficto de la condición.

El art. 1481 del Código Civil dispone que “si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento no coopere a él, se tendrá por cumplida” (inc. 2º).

Aquí formularemos un escueto resumen de las principales dificultades que ofrece la norma, con especial predisposición al cotejo con las pretensiones del Proyecto, que algo innova, como se verá.<sup>41</sup>

a) La regla presenta una notable persistencia a través de los siglos de evolución

<sup>39</sup> Para el principio de protección a la apariencia, puede verse nuestro *Obligaciones*, cit. pp. 54 y sgts. Para un estudio más pormenorizado de variadas facetas que presenta la retroactividad de los efectos del acto condicional, y de las varias explicaciones que la doctrina ha ofrecido para justificar esta retroactividad, v. las obras citadas al comienzo de este párrafo.

<sup>40</sup> “El cumplimiento ficto de la condición”. En *Rev. de Derecho de la Univ. de Concepción*, N° 178. Concepción, 1985, pp. 7 y sgts.

<sup>41</sup> Para más antecedentes puede verse nuestro estudio recién citado.

de las instituciones civiles; desde el Digesto hasta los nuevos Códigos holandés (art. 6-23) y brasileño (art. 129).<sup>42</sup>

b) Varias explicaciones han sido propuestas para justificarla, pero las más frecuentes han sido la buena fe (y tal vez más exactamente la lealtad entre los contratantes) y el principio *nemo auditur...* (aunque mediatamente se llegará a la simple equidad, como frecuentemente acontece).

c) El texto nacional tiene una redacción que presenta varias dificultades, cuya adecuada comprensión es lograda con las experiencias del Derecho comparado y su mencionada justificación.<sup>43</sup>

d) El principal problema del precepto es la exigencia que impone para que proceda el cumplimiento ficto: el deudor ha de valerse de "medios ilícitos" para impedir el cumplimiento; sólo entonces se le tiene por cumplida. Y ocurre que generalmente los medios de que el deudor se vale son hechos (y aun omisiones) que, aisladamente considerados, nada tienen de ilícitos. Entonces, conformándonos a la doctrina y textos extranjeros (y al fundamento), estimamos que, prescindiendo de la calificación aislada, de lo que se trata es de determinar la finalidad que ha perseguido el deudor al desplegar los medios que han obstaculizado el cumplimiento, de modo que si lo perseguido es alterar la secuencia natural de los acontecimientos, forzándolos para lograr el resultado de que la condición falle, esa finalidad inficiona, contamina a los medios empleados, tornándolos ilícitos, aunque aisladamente no lo sean. En definitiva, constituye una imperfección la exigencia de la ilicitud en los medios (más bien se trata de una redacción poco feliz, porque no parece razonable entenderlo de otro modo).

e) Aparte de ese fundamental problema, quedan otros, como el del campo de aplicación (el texto, ubicado en las obligaciones condicionales, está redactado con referencia a las asignaciones testamentarias condicionales); el de la aplicación a las omisiones (considerando que el texto exige "medios"); y el que hemos denominado "caso inverso". Es decir, el de si la norma ha de aplicarse a la situación

<sup>42</sup> Pasando por las Partidas (la 6ª, que la consignó para los actos de última voluntad), los códigos prenapoleónicos, el código francés, la generalidad de los que le siguieron y los del siglo XX (los datos precisos, salvo los de los códigos holandés y brasileño, pueden verse en el estudio citado).

<sup>43</sup> A este respecto, la historia del texto en los Proyectos, con varias vacilaciones, no ofrece una contribución decisiva.

en que es el acreedor el que despliega actividades (o incurre en omisiones) para lograr –artificialmente– que la condición se cumpla. Por la misma explicación anterior, estimamos que debe aplicarse la consecuencia correspondiente: la condición ha de tenerse por fallida.

Con estos antecedentes, se comprende ampliamente el nuevo texto que propone el Proyecto, con una oportuna declaración de principio que se le antepone. Conforme al art. 1176, “Las partes tienen un deber de lealtad en el cumplimiento de la condición”. Sobre todo para los efectos que siguen, ese sustantivo parece más propicio que el recurso a la buena fe; aunque hay estrecha cercanía, se trata exactamente de un comportamiento leal en orden a tolerar, para bien y para mal, que los acontecimientos fluyan libremente, sin intervenirlos, hasta que emerja el resultado que el albur depare.

Y a continuación el art. 1177 ordena que “la condición se considera cumplida si quien tenía interés en que fallara impidió su cumplimiento”.

“Se considera fallida si su cumplimiento fue provocado por la parte que tenía interés en éste”.

Desde luego, puede verse que para aplicar la consecuencia del cumplimiento ficto el texto no exige que se empleen “medios ilícitos” (como no lo exige el texto actual).<sup>44</sup>

Por otra parte, la regla vigente es mejorada en cuanto, en lugar de enfrentar al deudor con el acreedor, está dirigida al que tiene “interés” en que la condición falle.

Por último, convenientemente ahora se contempla la situación “inversa” y, como se ve, expresamente se aplica la consecuencia respectiva si el que tenía interés en que la condición se cumpliera provocó el cumplimiento; se le tiene por fallida.

Debe dejarse constancia que ya el Código Civil alemán (en su art. 162) había introducidos las principales novedades: contempló el “caso inverso”, hizo girar la autoría de las maniobras no en torno a deudor y acreedor, sino al que tiene

<sup>44</sup> El texto actual, art. 1178, dispone que “la condición se reputa cumplida si es el deudor, obligado bajo esta condición, quien ha impedido el cumplimiento”.

interés o ventaja en el resultado, e invocó como fundamento la fidelidad y la buena fe. Por su parte, el Código holandés, en el texto ya citado, está construido en términos semejantes, sólo que invocando la razón y la equidad (siguiendo ese standard, habitualmente empleado por este cuerpo legal). Otro tanto se observa en el código brasileño, aunque introduce la exigencia de “malicia” en la conducta del que perpetra la maniobra.<sup>45</sup>

Con estos progresos, nuestra versión de la regla debe ser enmendada, aprovechando las mejoras que la han perfeccionado, en los términos que se relataron.

## 7. Sobre la doctrina de la imprevisión

Por cierto, esta conocida doctrina no será aquí examinada en sus diversos capítulos. Sólo recordaremos un general panorama de su acogida en los códigos del siglo XX, a propósito de la actitud adoptada respecto de ella por el Proyecto.

Aunque al inicio del siglo el Código Civil alemán no la acogió (pronto se anotará la reforma), las codificaciones posteriores se fueron inclinando ostensiblemente por su recepción, con diversas modalidades en el campo de aplicación,<sup>46</sup> sus exigencias y sus efectos. Así, por ejemplo, los códigos argentino (con la reforma de 1968, art. 1198); italiano (arts. 1467 a 1469); portugués (art. 437); boliviano (arts. 581 a 583); peruano (arts. 1440 a 1446); paraguayo (art. 672); holandés (art. 258); brasileño (arts. 478 a 480). Con todo, algunos no la han acogido, como el citado alemán (pero la jurisprudencia la fue admitiendo sobre la base del art. 242, que prescribe la ejecución de buena fe de las obligaciones,<sup>47</sup> hasta la entrada en vigencia del parágrafo 313 el 1° de enero de 2002 que, compartiendo las posiciones doctrinaria y jurisprudencial, admite la posibilidad de que el contrato

<sup>45</sup> Decisión que no es indiferente; toma partido ante un conflicto que provoca la presencia de sólo culpa en el despliegue de actividades del interesado en que la condición respectivamente falle o se cumpla.

<sup>46</sup> En otra oportunidad hemos descrito la evolución que se ha ido produciendo acerca del campo de aplicación de esta doctrina. Primero se difundió para los contratos onerosos conmutativos; más tarde se amplió a los unilaterales onerosos; pronto se extendió a los onerosos aleatorios (cuando las circunstancias alteraren notablemente el grado natural de aleatoriedad del contrato); y, por último, se ha llegado a aplicar a los contratos gratuitos (sobre el razonamiento, propuesto por el profesor Guillermo Borda en un Congreso argentino de Derecho civil, de que no hay fundamento para tratar con mayor indulgencia al deudor oneroso que al deudor gratuito). Observada esa tendencia, tal como lo hemos manifestado en otra ocasión, si las virtudes de la doctrina son compartidas, entonces debe desatarse de su vínculo al contrato, para ser trasladada a la que parece ser su sede natural: la obligación, aplicándose a toda obligación, cualquiera sea su fuente (evocando al citado profesor Borda, no hay fundamento para tratar con mayor indulgencia al deudor contractual que al no contractual).

<sup>47</sup> Así en el estudio del prof. Jobin, que pronto será citado, p. 700, nota 50.

sea revisado, y aun resuelto, si ha cambiado la base del contrato, considerando las circunstancias del caso, especialmente la distribución del riesgo, contractual o legal);<sup>48</sup> el suizo (pero la jurisprudencia la admite sobre la base del art. 2 del código y de la buena fe);<sup>49</sup> el mexicano; el de Quebec (salvo en la muy específica situación de la donación con carga; pero permanece un insistente reclamo, que denuncia una contradicción entre el declarado principio del código a favor de la justicia contractual y la omisión en admitir expresamente la doctrina).<sup>50-51</sup>

En el grupo de trabajo se reflexionó sobre su admisión y terminó siendo descartada (siguiendo una actitud bastante arraigada en el ámbito civil, con la impronta de la Corte de Casación, a diferencia de lo que ha acontecido en la materia administrativa, por obra del Consejo de Estado).<sup>52</sup>

Por nuestra parte, compartimos la opinión del profesor Denis Mazeaud, por sobre la triunfante que ha rehusado la doctrina de la imprevisión. Ha manifestado que no parece esperable que sean los contratantes quienes regulen —si lo estiman— las consecuencias de un cambio de circunstancias. Entonces, si allá no es del todo realista entregar la regulación de los desequilibrios por acontecimientos impre-

<sup>48</sup> Y es ostensible el parentesco con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (cuyo art. 6.111 luego de reafirmar la obligatoriedad del contrato, contempla la posibilidad de revisión judicial del contrato y aun de resolución, ante una excesiva onerosidad sobreviniente por cambio imprevisible de circunstancias, cuando han fracasado los intentos de solución entre las partes); y con los arts. 6.2.1. y 6.2.2 de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (de contenido semejante). V. al respecto, Momberg, Rodrigo: "Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos". En *Rev. Actualidad Jurídica*, N° 10. Santiago, 2004, pp. 151 y sgts.

<sup>49</sup> Así en el estudio del prof. Jobin, que pronto será citado, p. 700, nota 50.

<sup>50</sup> Y se añade que en este punto el Código Civil de Québec se mantiene en la senda del Código Civil francés, pero que dicho código ya no ejerce la influencia de antaño y en este punto se encuentra aislado; pero —se añade— por la vía de la jurisprudencia, el trágico destino (en el código) de la imprevisión (y de la lesión) ha comenzado a cambiar y tal vez llegará en día en que la situación sea revertida (Jobin, Pierre-Gabriel: "L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec". En *Rev. trimestrielle de Droit civil*, N° 4. Octubre-Diciembre. Paris, 2004, pp. 693 y sgts., especialmente pp. 699 y 700).

<sup>51</sup> Debe tenerse presente también el mecanismo paralelo que se ha desarrollado en el comercio, especialmente internacional, convenido, pero de la misma raíz, para la adecuación del contrato ante un cambio importante de las circunstancias: la cláusula *hardship*. En su virtud, al celebrar el contrato, las partes se comprometen a adecuarlo si se producen cambios de circunstancias no previstas, que alteren gravemente su conmutatividad; entre ellos o por un árbitro al que han de someterse.

<sup>52</sup> V. Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, Jean, et Chabas, François. Ob. cit. pp. 859 y sgts. y 966 (con relato crítico, datos de la doctrina francesa, estado de la jurisprudencia civil renuente, incluyendo un precedente que abre alguna expectativa, jurisprudencia administrativa favorable pero con restricciones, y legislación especial).

Para un panorama del tratamiento de la doctrina en Derecho inglés (con base en la frustración del contrato), francés y alemán (con la evolución jurisprudencial), v. Banfi del Río, Cristián: "Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en Derecho Privado comparado". En *Rev. chilena de Derecho Privado*, N° 6. Santiago, 2006, pp. 29 y sgts.

visibles a la capacidad de previsión de los contratantes, esperar que en nuestra ciudadanía sí exista esa vocación previsora sería un franco exceso de optimismo, desmentido diariamente por la experiencia.

Como se sabe, en el Código chileno no está admitida expresamente (con la notable y aislada excepción del art. 2003 regla 2ª, en el contrato para la confección de una obra material).

En cuanto a la doctrina, entre los pronunciamientos que se han formulado sobre su procedencia con los actuales textos, desde los tiempos del profesor Fernando Fueyo hay una tendencia a admitirla; estamos también por esa alternativa. Es admisible, sin espera de una reforma legal (aunque conviene implantarla legalmente para evitar el desgastante debate al respecto); el soporte fundamental en los textos es el art. 1546 del Código, en cuanto la insistencia del contratante beneficiado con el acontecimiento imprevisto de mantener los términos originales del contrato queda reñida con un comportamiento de buena fe.<sup>53</sup>

Hay un proyecto pendiente en nuestro Parlamento que introduce la doctrina (con inclusión de algunas normas procesales), para los contratos civiles y mercantiles.<sup>54</sup> Por otra parte, es sabido que en juicios arbitrales se ha estado acogiendo con alguna frecuencia.

Sobre su admisión jurisprudencial, luego de que antiguas sentencias negaran su acogida en el Derecho chileno (por falta de consagración expresa),<sup>55</sup> un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>56</sup> la admite y la aplica para resolver el caso (sin embargo, no aparece bien fundada; cita el art. 1558 del Código, aludiendo a los perjuicios imprevistos; el fallo tiende a confundir lo imprevisible de los perjuicios que causa un incumplimiento con lo imprevisible de un hecho

<sup>53</sup> Para más antecedentes sobre las posibilidades de admisión, puede verse la versión escrita de la Jornada sobre el tema, organizada por la Fundación Fueyo, dentro del Programa "Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio". Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1999. T. I, pp. 181 y sgts. En el comentario que en esa Jornada formuló el prof. Juan Carlos Dörr se formula una referencia a la posición del prof. Pablo Rodríguez, vinculada a la concepción de la obligación como deber de conducta típico.

<sup>54</sup> Constituye un progresista intento, aunque estimamos que con algunos defectos y vacíos. Los Departamentos de Derecho Privado de las Facultades de Derecho de la Universidad de Concepción y de la Universidad Católica de la Ssma. Concepción en su tiempo emitieron Informes en los que fueron denunciadas algunas imperfecciones; hasta ahora no sabemos del destino que han tenido esos reparos.

<sup>55</sup> Puede verse en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, sentencias sobre el art. 1545, especialmente N° 30.

<sup>56</sup> De 14 de noviembre de 2006 (V. *Rev. Leyes & Sentencias*, pp. 16 y sgts.).

que agrava excesivamente una prestación; y sólo tangencialmente menciona la regla del art. 1546 sobre la ejecución de buena fe).

## Conclusión

La decisión del Derecho francés de intervenir su Código en la importante materia de las obligaciones y los contratos debe servirnos como un nuevo impulso a nuestras pretensiones de reforma del nuestro en la misma zona, que desde algún tiempo ya se ha venido concretando en los trabajos que se están desarrollando en la Fundación Fueyo (precedida por algunos clamores iniciales desde el Primer Congreso de Derecho civil hace alrededor de 20 años).

Así como los juristas franceses fueron observando que la irradiación que en el siglo XIX proyectó su texto hacia buena parte del mundo occidental ya estaba perceptiblemente debilitada, nosotros nos percatamos que el Código chileno, que asimismo se proyectó hacia buena parte de Latinoamérica en ese mismo siglo, desde hace tiempo ya no cumple un rol referencial; más aún, ese cambio de posición se ha materializado; durante el siglo XX han sido varios los Códigos Civiles que se han dictado en el continente con **prescindencia** del Código chileno; no ha sido Chile la referencia para Venezuela, Bolivia, Perú, Paraguay, Brasil o Argentina (al elaborar sus nuevos textos, o proyectos de reformas profundas).

Bajo la égida de la buena fe, desde las tratativas preliminares hasta la plena extinción del contrato, la preservación del contrato como instrumento socio-económico de intercambio de bienes y servicios, los deberes de lealtad y cooperación, y la protección al débil o al menos al no profesional en el Derecho chileno de las obligaciones y los contratos, debe **intensificarse** la tarea.

Y nuestras habilidades han de concentrarse en: **detectar** lo propicio de acoger, que por una parte nos alejará del enclaustramiento que es inconveniente ante una generalizada integración, y, por otra, evitará el trasplante insensato; **adaptar** a nuestra realidad Instituciones que parezcan apropiadas; y **crear** las que sean necesarias para nuestras particularidades. Para tales efectos debe tenerse en cuenta la constante advertencia de que nuestras sociedades (las latinoamericanas en general) son visiblemente más heterogéneas que la destinataria del Proyecto.

Con la finalidad de ampliar el horizonte de la colaboración entre juristas de una misma cultura y sistema, la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, fundada en París en 1935 por el gran jurista francés Henri Capitant, ha emprendido la realización de jornadas nacionales e internacionales.

De esta manera la *Association* llevó a cabo en Chile, en diciembre de 2006, las primeras jornadas franco-latinoamericanas de derecho, con la participación de juristas franceses, argentinos, colombianos, peruanos y, desde luego, chilenos, y que tuvieron lugar en Santiago, Valparaíso y Concepción.

La Jornada de Concepción tuvo como tema central las Reformas al Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Civil Chileno y parte de los trabajos de ella, que se publican en esta obra, se realizaron en la sede local y con el patrocinio de la Universidad del Desarrollo.