

RETOS DEL DERECHO PRIVADO EN UN CONTEXTO DE CRISIS

Editoras

ERIKA ISLER SOTO

Universidad de Talca

MARÍA ELISA MORALES ORTIZ

Universidad Austral de Chile

La edición y coordinación de este trabajo forma parte de los siguientes proyectos FONDECYT de Iniciación:

N° 11190543: “Criterios de verificación de asimetría en las relaciones B2B.

Una perspectiva de Derecho Comparado”

Investigadora responsable María Elisa Morales Ortiz

N° 11190230: “Los medios de tutela del consumidor ante el producto defectuoso, en la Ley 19.496”

Investigadora responsable Erika Isler Soto

tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Erika Isler Soto
María Elisa Morales Ortiz

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISBN: 978-84-1378-677-3
MAQUETA: Dissert Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Agradecimientos

Agradecemos a cada uno de los autores de los textos que componen este libro por su generosidad, al dedicar parte de su tiempo a la reflexión acerca del rol que el Derecho Privado cumple en medio de una crisis.

Agradecemos a Isidora Galleguillos Cortínez, Mario López Toro y Andrés Vrankovic Chávez por su ayuda en las labores de edición del libro.

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES FRENTE AL COVID-19

LILIAN SAN MARTÍN NEIRA¹

Universidad Alberto Hurtado

Sumario. Introducción. 1. Contexto: La pandemia de Covid-19 y las medidas para su contención. 2. La estructura del contrato de arrendamiento. 3. La pandemia de Covid-19 como caso fortuito o fuerza mayor: repercusiones para el contrato de arrendamiento. 3.1. Las consecuencias del caso fortuito para las obligaciones del arrendatario. 3.2. Las consecuencias del caso fortuito para las obligaciones del arrendador: La teoría de los riesgos y su influencia en la suerte de la contraprestación. 4. Reflexiones generales en torno a la situación de los inmuebles comerciales. 5. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto analizar las consecuencias que se siguen para el contrato de arrendamiento a causa de la pandemia de COVID-19. En particular, analizo la posibilidad de configurar una exención del pago de la renta por el período de cierre de locales comerciales debido a la cuarentena, así como de obtener una rebaja

¹ Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado; Doctor of Law (J.D.), Derecho Privado, Università di Roma Tor Vergata; Master's degree, Derecho Civil, Università di Roma Tor Vergata; Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; lsanmar@uahurtado.cl

o disminución de la misma en atención a menor flujo de ingresos producido por la emergencia sanitaria. Para ello se recurre a una interpretación del título XXXVI del libro IV del Código Civil acorde con los principios generales de la contratación, con especial énfasis en la forma en que opera la distribución de riesgos propia de un contrato oneroso conmutativo como lo es el contrato de arrendamiento de cosas y, específicamente, de inmuebles comerciales.

Este artículo se divide en cinco partes: (a) Contexto del trabajo; (b) La estructura del contrato de arrendamiento; (c) La pandemia de covid-19 como caso fortuito o fuerza mayor: Repercusiones para el contrato de arrendamiento; (d) Reflexiones generales en torno a la situación de los inmuebles comerciales de acuerdo al análisis realizado; (e) Conclusiones.

1. CONTEXTO: LA PANDEMIA DE COVID-19 Y LAS MEDIDAS PARA SU CONTENCIÓN

Es de público conocimiento que a principios de 2019 comenzó a circular en nuestro país una nueva cepa de Coronavirus proveniente de China, particularmente agresivo con un grupo de pacientes y de fácil contagio, que llevó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a levantar una alerta sanitaria para todo el mundo y luego a decretar la existencia de una Pandemia de alcance global. Lo anterior evidenció la necesidad de extremar las medidas de prevención del contagio con el fin de evitar una catástrofe sanitaria al interior del país. Con esta finalidad, el Gobierno desarrolló una estrategia de varios niveles que, en lo que aquí importa, ha consistido en la declaración de Estado de Catástrofe, con la consecuencia

de restringir las libertades personales. Así, en ejercicio de las potestades extraordinarias que confiere el estado de excepción, con fecha 22 de marzo de 2020 comenzó a regir el toque de queda en todo el país entre las 22:00 y las 05:00 horas. Además, varias comunas, en oportunidades y por duraciones diferenciadas, han sido puestas en cuarentena obligatoria. Amén de tales medidas la autoridad ha realizado una fuerte campaña para desincentivar la circulación por espacios públicos. Bajo el lema “quédate en casa”, incentivó a la población a permanecer en sus hogares y a salir exclusivamente para realizar actividades esenciales e impostergables.

En virtud de todas las medidas descritas, todos los establecimientos comerciales del país han visto entorpecido su funcionamiento y, a su vez, ostensiblemente disminuidos sus flujos de ingresos. Este escenario reviste una característica particular cuando el titular del negocio es arrendatario del inmueble en que este funciona, pues, a pesar de la imposibilidad de llevar a cabo su actividad comercial en los términos previstos en el contrato, en principio, conserva la obligación de pagar la renta. El cumplimiento de esta obligación, desde luego, se ve desde luego dificultado a raíz de todo lo expuesto. Surge entonces la legítima duda respecto de su real subsistencia, cuando menos exactamente en los mismos términos en que fue pactada, lo cual, a mi modo de ver, exige un análisis de las normativas del contrato de arrendamiento. Esto es lo que se hará en este trabajo.

2. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El contrato de arrendamiento se encuentra regulado en el título XXXVI del libro IV del Código Civil, el Decreto Ley N° 993 de 1975, sobre arrendamiento de predios rústicos y la Ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos. Está definido en el artículo 1915 del Código Civil, según el cual:

“El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a *conceder el goce de una cosa*, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a *pagar por este goce*, obra o servicio un precio determinado”².

En esta disposición se incluyen los tres tipos de arrendamiento que reconoce el ordenamiento chileno. Correspondiendo el que en esta sede interesa al arrendamiento de cosas, específicamente al arrendamiento de inmuebles, que a estos efectos puede ser definido como aquel en que una persona se obliga a *conceder el goce de un inmueble* a otra persona y ésta a *pagar por ese goce un precio determinado*, que cuando se paga en forma periódica se llama renta³.

El contrato de arrendamiento es claramente un contrato bilateral, porque ambos contratantes realizan prestaciones recíprocas⁴. Es también un contrato oneroso, porque ambos contratantes deben soportar un gravamen en beneficio de la contraparte⁵. Adicionalmente, desde el derecho romano en adelante, se acepta que se trata de un

² Artículo 1915, Código Civil.

³ Artículo 1917 inciso final, Código Civil.

⁴ Artículo 1439, Código Civil.

⁵ Artículo 1440, Código Civil.

contrato sinalagmático o conmutativo⁶, es decir, es uno de aquellos contratos en que “lo que una de las partes debe dar lo hacer se mira como equivalente de lo que la otra debe dar o hacer a su vez”⁷. Finalmente, el contrato de arrendamiento es un típico caso de contrato de tracto sucesivo o ejecución continuada, pues las prestaciones están destinadas a prolongarse en el tiempo, en particular, la obligación del arrendador de conceder el goce es una obligación que se ejecuta de manera continua e interrumpida durante toda la vigencia del contrato.

De la definición del contrato se desprende que la principal obligación del arrendatario es pagar la renta. El arrendatario está además obligado a: (i) Usar de la cosa según los términos o el espíritu del contrato; (ii) Cuidar de la cosa como un buen padre de familia; (iii) Efectuar las reparaciones locativas y; (iv) Restituir la cosa al término del arrendamiento. Para los efectos de este trabajo importa fundamentalmente la obligación de pagar la renta, por lo que el análisis se limitará a ella.

Según el artículo 1917, la renta puede consistir en dinero o en frutos naturales de la cosa. Dado que este trabajo analiza la situación de los inmuebles destinados a uso comercial, la renta deberá pagarse necesariamente en dinero. Se trata de una obligación de dinero, con todas las consecuencias que ello implica. Específicamente, es una obligación sobre cosa fungibles, más concretamente sobre un género ilimitado, por lo tanto, respecto de ella no aplica la imposibilidad sobrevenida de la prestación,

⁶ En Chile se suele utilizar la expresión sinalagmático como sinónimo de bilateral, pero en estricto rigor ella corresponde al contrato conmutativo, es decir, aquellos en que las prestaciones guardan un equilibrio entre sí.

⁷ Artículo 1441, Código Civil.

pues se entiende que el ‘género no perece’. Por consiguiente, la pérdida de los objetos destinados a satisfacer la obligación corre siempre de cargo del deudor según la regla del artículo 1510 código de Bello. Veremos luego la importancia que esta característica tiene a efectos de la posibilidad de invocar el caso fortuito o fuerza mayor por parte del arrendatario.

Por su parte, la reconstrucción de las obligaciones del arrendador debe hacerse a partir de dos artículos del Código Civil: el 1915 y el 1924. El primero contiene la obligación principal del arrendador consistente en conceder el goce de la cosa, mientras que el segundo fija las conductas encaminadas a posibilitar el cumplimiento de dicha obligación principal. En primer lugar, el artículo 1915, cuando define el arrendamiento de cosa, afirma que el arrendador se obliga a “conceder el goce de una cosa”, de suerte que esta es la obligación principal del arrendador, llegándose incluso a sostener que esta es “la única obligación que el arrendador contrae”⁸. Ella consiste en una conducta jurídica: el arrendador concede al arrendatario, por toda la duración del contrato, uno de los atributos del dominio: la facultad de goce, que, como es sabido, comprende la facultad de uso. Es decir, en virtud de la obligación principal, el arrendador le confiere al arrendatario, a cambio de un canon o renta y con las limitaciones impuestas por el contrato o la ley, la posibilidad de explotar el bien y apropiarse de los frutos que este bien produzca⁹. En síntesis, en cumplimiento de su obligación, el arrendador confiere al arrendatario un *derecho personal de goce sobre la cosa*¹⁰.

⁸ Meza (2010), p.98; Orrego (2011), p. 132.

⁹ Cornejo (2017), p. 185.

¹⁰ Se trata de una conducta jurídica semejante a la que asume el vendedor: “hacer tradición” de la cosa, sólo que mientras ésta

De acuerdo al artículo 1924, son tres las conductas que el arrendador debe sostener a fin de posibilitar el cumplimiento de su obligación principal; (i) entregar al arrendatario la cosa arrendada, (ii) mantener la cosa en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y (iii) librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada. Dejando de lado los casos en donde el inmueble no ha sido entregado al arrendatario, me ocuparé de las obligaciones segunda y tercera.

La segunda obligación (la de mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada) es consistente con el carácter de tracto sucesivo del contrato de arrendamiento. De modo que no basta con que el arrendador entregue una cosa apta para servir al fin para el cual ha sido arrendada, sino que debe conservarla en este estado durante toda la duración del contrato. Es relevante destacar que en el artículo 1924 se incorpora lo que la doctrina moderna llama el ‘propósito práctico’ que han tenido las partes en vista al tiempo de contratar¹¹. La cual, a su vez, se relaciona con el llamado ‘ámbito de protección del contrato’, que comprende todos los riesgos previstos por las partes al tiempo de contratar y que, por consiguiente, han sido distribuidos entre ellas como parte de las disposiciones contractuales. En este cálculo de riesgos queda comprendida la frustración de

comprende todas las facultades del dominio, la del arrendador se limita a la facultad de goce y, además no confiere un derecho real, sino un derecho personal, oponible únicamente al arrendador, salvo las excepciones legales.

¹¹ De la Maza y Vidal (2014), pp. 15-38. La expresión “propósito práctico” proviene, a su vez, de la doctrina española, que lo remonta a la obra de Federico de Castro. Morales (1983), pp. 1529-1546.

la destinación económica del bien objeto del contrato¹². En lo que aquí importa, estos conceptos tienen relevancia porque si el contrato ha sido celebrado con la finalidad de dedicarlo a la explotación comercial en un determinado rubro económico: la frustración u obstaculización de esta finalidad forma parte de los riesgos incorporados al contrato y, en consecuencia, queda sujeta al mecanismo de distribución de riesgos propia del tipo contractual¹³. Volveré sobre esto más adelante.

Por otro lado, la jurisprudencia nacional es clara en orden a reconocer que las afectaciones a la posibilidad de “servir para el fin a que ha sido arrendada” pueden ser tanto materiales como jurídicas¹⁴. En el primer caso, se tratará de deterioros iniciales o sobrevenidos de la cosa y que darán lugar a las reparaciones en los términos del artículo 1927 C.C. En el segundo caso, en cambio, generalmente (aunque no de forma exclusiva), se trata de impedimentos relacionados con la regulación administrativa, en virtud de la cual no resulta factible desarrollar la actividad proyectada al momento de la celebración del

¹² Estas ideas han sido profundizadas en dos textos de mi autoría: San Martín (2014), pp. 649-668; San Martín (2020), en prensa.

¹³ Así, por ejemplo, si el arrendador frustra culpablemente esta finalidad, deberá indemnizar el lucro cesante que de ello derive, conforme a las reglas de la responsabilidad contractual; pero si el arrendador desconocía la finalidad perseguida por el arrendatario al tiempo de contratar o bien éste cambia el destino del inmueble durante la vigencia del contrato y sin el consentimiento del arrendador, ya no habrá lugar a la indemnización del lucro cesante derivado de la frustración de la actividad ejercida por el arrendatario. Esto tiene sólidas raíces históricas y se encuentra a la base de la regla de la previsibilidad contenida en el artículo 1558 del Código Civil. Para mayores detalles puede verse: San Martín (2014).

¹⁴ Ampliamente sobre este tema, puede verse: De la Maza y Ulloa (2018), pp. 765-800.

contrato, a pesar de que materialmente la cosa es idónea para cumplir dicho fin.

En tal sentido se ha dicho que existe un conjunto de casos en los cuales “el problema que se presenta en todos ellos se refiere a un cierto obstáculo -distinto a derechos de terceros en el sentido que lo exige la disciplina de la evicción- que impide al arrendatario asignar el uso de la cosa que el contrato le garantizaba. Lo segundo que se descubre sin mayor dificultad, es que ese obstáculo no es de carácter material; no es que la situación física de la cosa impida el uso, sino más bien se trata de una circunstancia de carácter jurídico que, en todos los casos, resulta diversa de la presencia de derechos de terceros en el sentido en que los considera el artículo 1931”¹⁵.

Así, por ejemplo, si no es posible ejercer la actividad educacional para la cual ha sido arrendado el inmueble, pues era necesario acondicionarlo para tal actividad, para lo cual era necesario obtener un permiso de edificación que no pudo conseguirse por causa imputable al arrendador¹⁶. Del mismo modo, incumple su obligación el arrendador cuando el inmueble no puede ser destinado al uso comercial previsto en el contrato porque “el sistema de alcantarillado particular que servía a la vivienda no era suficiente para el desarrollo de la actividad comercial que pretendía llevar a cabo la arrendataria”¹⁷.

En todos esos casos, que son impedimentos jurídicos para la destinación convenida de la cosa, la jurisprudencia uniformemente ha sostenido que el arrendador no ha cumplido con su obligación de entregar y/o mantener la cosa en el estado de servir al fin para el que ha sido

¹⁵ De la Maza y Ulloa (2018), p. 778.

¹⁶ Corte Suprema, Rol N° 17220-2013, 19 de mayo de 2014.

¹⁷ Corte Suprema, Rol N° 1120-2018, 3 de octubre de 2019.

arrendada. En consecuencia, el arrendador no sólo debe conceder el goce, sino que éste debe ser un goce *útil*, en términos materiales y jurídicos. Esto es, debe ser conforme al fin perseguido por el arrendatario al contratar.

La última obligación del arrendador alude a lo que se conoce como el ‘goce tranquilo y pacífico de la cosa’. En virtud de esta obligación, el arrendador garantiza al arrendatario que podrá hacer un uso efectivo de la cosa, conforme a lo pactado en el contrato, durante toda la vigencia del contrato. De manera que debe, en primer lugar, abstenerse de entorpecer el goce concedido y, en segundo lugar, acudir en auxilio del arrendatario cada vez que un tercero, ajeno al arrendatario, por vías de hecho o jurídicas, entorpezca el goce concedido. En síntesis, el arrendador de un inmueble tiene la obligación principal de *conceder el goce útil del inmueble* al arrendatario durante toda la vigencia del contrato. Para el fiel cumplimiento de esta obligación, como obligaciones secundarias, debe entregar materialmente la cosa; mantenerla durante todo el contrato en estado de servir material y jurídicamente al fin para el que fue arrendada, de modo que debe tratarse de un ‘goce útil’, y, además, debe ser ‘tranquilo y pacífico’, lo que implica auxiliar al arrendatario frente a cualquier entorpecimiento material o jurídico que pueda afectarle durante toda la vigencia del contrato.

3. LA PANDEMIA DE COVID-19 COMO CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR: REPERCUSIONES PARA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El artículo 45 del Código Civil define el caso fortuito como el “imprevisto a que no es posible resistir”. De manera que los requisitos básicos son: (i) evento imprevisto

al tiempo de contratar; (ii) que el deudor no haya podido resistirlo, es decir, que no haya podido cumplir a pesar de los esfuerzos realizados. A estos dos requisitos la doctrina adiciona: (iii) que se trate de un evento externo al deudor, esto es, que no haya sobrevenido por una causa ‘imputable’ al deudor¹⁸.

En cuanto al carácter imprevisto, este alude a un evento o circunstancia que las partes no pudieron razonablemente entender como parte de la distribución de riesgos del contrato y, por lo mismo, se juzga al momento de contratar. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que para las partes cuyos contratos son anteriores a que el mundo tomara conciencia de la Pandemia de Covid-19, y en particular a las medidas sanitarias ordenadas o aconsejadas por la autoridad, se trata de un evento ‘imprevisto’. Algo parecido ocurre con el carácter externo, pues, desde luego, un contratante situado en Chile no ha tenido injerencia en el origen y propagación del virus, así como tampoco en las medidas empleadas para su contención.

La irresistibilidad, por su parte, implica que el deudor se encuentra impedido de cumplir a raíz de un evento imprevisto e insuperable. Por esta razón, el caso fortuito es una fuente de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación, pudiendo afectar cualquiera de sus dimensiones o requisitos, a saber, exactitud,

¹⁸ Existen dos posiciones doctrinarias en torno al encuadre de este requisito. Para algunos, él se desprende del artículo 1547, en cuanto hace responsable al deudor en caso de que el caso fortuito haya “sobrevenido por su culpa” (en tal sentido: Fueyo (2004), pp. 397 y ss.). Para otros, en cambio, implica que el evento debe ser ajeno a los riesgos intrínsecos a la actividad del deudor, de manera que no es necesaria la culpa, sino que se trate de un riesgo que él debe necesariamente asumir por estar dentro de su ámbito de riesgo o control. En este sentido: Brantt (2011), pp. 49 ss.

integridad u oportunidad. Tradicionalmente, se ha sostenido que esta imposibilidad ha de ser absoluta¹⁹. Esto es, sólo se admite su invocación en casos en que ni el deudor ni ninguna otra persona puesta en sus circunstancias habría podido cumplir. A raíz del alto estándar de cuidado que se impone al deudor con esta noción de caso fortuito, y como contrapeso a la preponderancia de los intereses del acreedor en la relación obligatoria, un sector de la doctrina más reciente sostiene la irresistibilidad, y por ende la imposibilidad, no es absoluta, sino relativa. Al respecto se afirma que para juzgar la irresistibilidad es necesario atender al deber de cuidado o diligencia que corresponde al deudor conforme al contrato, y que en los contratos bilaterales corresponde al equivalente a la culpa leve (artículo 1547 C.C.)²⁰. De esta manera, ya no sería necesaria la imposibilidad absoluta del cumplimiento, sino que bastaría con que el deudor acreditara que empleó la diligencia exigida por el contrato para resistir el evento y sobreponerse a sus consecuencias²¹. Además, se reconoce que la función por antonomasia del caso fortuito es exonerar al deudor de la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento²² y no extinguir la obligación, pues esta sería la consecuencia del modo

¹⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 81-2011, de 18 de abril de 2011; Coustasse e Iturra (1958), p. 116; Abeliuk (2014), p. 972; Barrientos (2016), p. 192.

²⁰ Por todos: Brantt (2010); Tapia (2019).

²¹ Escapa del todo a los fines de este trabajo, pero no se puede dejar de apuntar el hecho de que, con esta redefinición de la irresistibilidad (que provoca la imposibilidad de cumplimiento) el caso fortuito vendría, en cierta medida, a corresponder a la ausencia de culpa como causal de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento. Cabe también señalar que esta circunstancia era ya anotada por Fueyo (2004), pp. 404 ss.

²² Artículos 1547 y 1557, Código Civil

de extinguir pérdida o imposibilidad sobrevenida de la prestación, que es sólo una de las consecuencias posibles del caso fortuito. Así las cosas, incluso respecto de las obligaciones de género podría invocarse el caso fortuito, con la salvedad que no operaría la extinción de la obligación, sino la exención de responsabilidad por el incumplimiento inoportuno, debiendo el deudor cumplir apenas cese el impedimento²³.

A partir de esta apretada síntesis, aparece que es perfectamente factible considerar a la pandemia de COVID-19 como un caso fortuito o fuerza mayor. La pregunta que queda es qué efectos produce este evento respecto de la relación contractual dada por el arrendamiento. Para lo cual es indispensable distinguir entre las consecuencias para las obligaciones del arrendatario y del arrendador, pues, el caso fortuito es una institución obligacional, es decir, opera respecto de cada obligación individualmente considerada, no respecto del contrato como una totalidad. Las consecuencias para el contrato se explican a partir de la llamada teoría de los riesgos. Volveré sobre esta idea en lo sucesivo.

3.1. Las consecuencias del caso fortuito para las obligaciones del arrendatario

La obligación del arrendatario de pagar la renta es una obligación de dinero, es decir, un género ilimitado. Por lo tanto, incluso en la visión moderna de caso fortuito éste no es apto para extinguir la deuda, toda vez que la extinción no es consecuencia del caso fortuito,

²³ Esta idea se viene desarrollando por la doctrina chilena desde hace varios años y puede decirse ya consolidada. Para su planteamiento en extenso puede revisarse: Barros (2006), pp. 721-752.

sino de la imposibilidad sobrevenida o pérdida de la cosa debida, que sólo aplica respecto de las obligaciones de especie o cuerpo cierto²⁴ y, excepcionalmente, respecto de los géneros limitados²⁵. El arrendatario, entonces, no puede invocar el caso fortuito para exonerarse del pago de la renta, aun cuando en los hechos efectivamente se encuentre imposibilitado de hacerlo por carecer de dinero para ello.

En la visión tradicional de caso fortuito antes reseñada, es claro que el arrendatario no puede invocarlo ni siquiera para justificar un retardo en el pago, a menos, que se trate de un evento insuperable para cualquier persona puesta en sus circunstancias. Por ejemplo, quien debía hacer una transferencia electrónica un cierto día y la página del Banco a través del cual debía hacerla simplemente no funciona. La propia incapacidad de pago por falta de fondos, independientemente de la razón, no entra bajo ningún respecto en las excusas válidas, pues no se configura una imposibilidad absoluta: una persona con dinero suficiente podría pagar.

Dado que la justificación de la doctrina tradicional radica en la ausencia de imposibilidad absoluta, podría pensarse que en la visión ‘moderna’, que prescinde de esta idea y sitúa el problema en el nivel de diligencia debido por el deudor, sí cabría invocar el caso fortuito para justificar el retardo en las obligaciones de dinero. Sin embargo, lo cierto es que no es así. Pues, conforme con la idea de que el contrato es una herramienta de distribución de riesgos, es pacífico que la falta de disponibilidad monetaria para hacer frente a las propias obligaciones, que es en sustancia lo que genera el incumplimiento, constituye

²⁴ Artículo 1670, Código Civil.

²⁵ En este sentido: Peñailillo (2003), pp. 234 ss.

un riesgo que queda siempre de cargo del deudor, con lo cual debe necesariamente asumir las consecuencias que de ello se sigan.

De lo señalado en los párrafos precedentes resulta que el caso fortuito en verdad no opera tratándose de las obligaciones de dinero, salvo la hipótesis excepcional de una imposibilidad temporal y objetiva. En consecuencia, a pesar de que la Pandemia priva al arrendatario de los ingresos necesarios para pagar la renta, éste continúa obligado exactamente en los términos pactados en el contrato. Con todo, como se dirá enseguida, esta conclusión varía cuando se tiene en cuenta el carácter bilateral, oneroso y conmutativo del contrato de arrendamiento y se pone atención a la situación desde la perspectiva del arrendador, conjugándola con la regla de distribución de riesgos propia del contrato de arrendamiento.

3.2. Las consecuencias del caso fortuito para las obligaciones del arrendador: La teoría de los riesgos y su influencia en la suerte de la contraprestación

La doctrina nacional actual está conteste en que el incumplimiento de la obligación no prejuzga sobre la responsabilidad que le cabe al deudor por la circunstancia de no haber cumplido o haberlo hecho de manera imperfecta. En tal sentido, se admite que se trata de una noción neutra, que tiene como único efecto describir una situación de facto, esto es, una desviación del programa negocial en virtud de la cual la prestación no ha sido ejecutada de manera exacta, íntegra y oportuna²⁶.

²⁶ En efecto, conforme se desprende del artículo 1556, Código Civil, el incumplimiento puede deberse a que no se ejecuta la prestación o se ejecuta de manera imperfecta o bien tardía.

Las razones de por qué ha ocurrido el incumplimiento sirven sólo para definir si se trata de un incumplimiento imputable o no al deudor y, dependiendo de la calificación correspondiente, determinar las consecuencias que se siguen para la relación obligatoria²⁷.

Si el incumplimiento de la prestación se debe a la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito, estamos desde luego en presencia de un incumplimiento no imputable. La consecuencia práctica de esta calificación es que el deudor no responde de los daños y perjuicios del acreedor derivados del incumplimiento, es decir, no debe la 'indemnización moratoria'. Sin embargo, para el caso en que el deudor de un contrato bilateral vea imposibilitado el cumplimiento de su obligación, ya sea de forma total o parcial, o bien de forma definitiva o temporal, el sólo hecho de que el incumplimiento sea inimputable al deudor no significa que conserve su derecho a la contraprestación. Para determinar esta circunstancia habrá que analizar la 'teoría de los riesgos'. Es decir, habrá que determinar cuál de las dos partes del contrato debe soportar el riesgo de la imposibilidad sobrevenida, ya sea total o parcial, de esa prestación. Del resultado de este análisis dependerá la suerte de la contraprestación.

²⁷ Sobre el particular me he referido en: San Martín (2012), pp. 321-341.

El Código Civil chileno, a diferencia de otros como el italiano²⁸ y el peruano²⁹, por ejemplo, no tiene plasmada expresamente una teoría general de los riesgos para el caso en que el cumplimiento fiel, exacto, íntegro y oportuno de una de las prestaciones de un contrato se haga imposible debido a un caso fortuito. Lo que hace necesario analizar la operatividad de la teoría de los riesgos al interior del Código. Al efecto, cabe señalar que para aludir a esta teoría se recurre a diversos adagios, los cuales proponen diferentes soluciones al problema, a saber, *res perit creditoris*, *res perit debitoris* y *res perit domino*.

En el derecho chileno, no cabe duda de que el artículo más importante en la materia es el 1550, en cuanto establece que “el riesgo de la especie o cuerpo cierto cuerpo cierta cuya entrega se debe es siempre del acreedor”³⁰. Claramente, este artículo recoge el adagio *res perit creditoris*; sin embargo, él no contiene una regla general en la materia, toda vez que, como bien dice su texto, se aplica únicamente a las obligaciones de entregar una especie o cuerpo cierto, quedando fuera de su regulación las obligaciones de género, así como todas las obligaciones de hacer y de no hacer, respecto de las cuales no existe una

²⁸ Artículos 1463 y 1464, Código Civil. Estas normas regulan los efectos la imposibilidad sobrevenida señalando que el deudor víctima de la imposibilidad no puede solicitar la contraprestación y, para el caso en que haya recibido algo, debe restituirlo conforme a las reglas del pago de lo no debido. Asimismo, cuando la imposibilidad es parcial, debe soportar la reducción de la contraprestación o bien, si la contraparte ha perdido interés en el contrato, la resolución del vínculo contractual. Como veremos, estas son justamente las reglas que el legislador chileno ha previsto para el arrendamiento.

²⁹ Artículo 1156, Código Civil, que sustancialmente repite la regla del artículo 1463 del Código italiano.

³⁰ Artículo 1550, Código Civil.

regulación expresa. Por lo demás, tampoco se aplica en casos en que aparece una solución diferente, como es el caso del arrendamiento en cuanto a la obligación de entrega del arrendador, donde rige el adagio *res perit locatoris*, cuestión que, como veremos, es una constante en el contrato de arrendamiento y que, por lo demás, se justifica plenamente en atención al carácter de tracto sucesivo o ejecución continuada que tiene este contrato³¹.

Por otro lado, vale la pena señalarlo, este artículo ha sido bastante criticado por la doctrina nacional, que estima que la regla debiera ser *res perit domino*. Esta crítica, sin embargo, se justifica sólo hasta un cierto punto, pues, por tratarse de una norma general, ella tiene aplicación respecto de todo tipo de contratos, incluidos los unilaterales, donde la *regla res perit creditoris* no es más que la manifestación de la imposibilidad sobrevenida. Por su parte, en los bilaterales que comportan la restitución de la cosa, la regla coincide con aquella otra según la cual *res perit domino*. De modo que sólo resulta compleja en aquellos bilaterales que comportan la transferencia del dominio, en práctica, sólo la compraventa y la permuta, donde efectivamente es difícil explicarle al comprador que no recibirá la cosa que igualmente debe pagar el precio, sin que le sea permitido valerse de los remedios propios del incumplimiento contractual, en particular, de la resolución o bien de la excepción de contrato no cumplido, pues eso implicaría alterar las reglas de distribución del riesgo.

³¹ En este sentido, Alessandri (2015), p. 43. Para este autor, la forma en que opera la distribución de riesgos es una de las diferencias entre los contratos bilaterales de tracto sucesivo y los de ejecución instantánea.

Establecido el alcance limitado del artículo 1550, cabe entonces preguntarse cuál es la regla en los contratos que no caben dentro de su regulación. Al respecto, estimo que es perfectamente posible afirmar que la regla general es que ‘cada quien asume sus pérdidas’, equivalente al principio: el daño debe quedar allí donde ha caído o bien *casum sentit domino*, que en sustancia viene a coincidir con el adagio *res perit debitoris*. Al respecto parece posible formular algunas reglas³²:

- a) El riesgo quedará radicado en la parte cuya obligación ha sido afectada con el caso fortuito, en consecuencia, será ella quien deberá soportar las pérdidas que de él se deriven. Así, no podrá exigir el cumplimiento de la contraprestación, ni tampoco ejercer los demás remedios derivados del incumplimiento.
- b) La obligación de la contraparte, por no haber sido afectada por el caso fortuito, en principio se mantiene intacta, pero no le puede ser exigida. Esta inexigibilidad da pie para el ejercicio de los remedios contractuales conducentes a la exoneración del cumplimiento u obtener el ajuste del contrato. En consecuencia, en caso de demanda podrá oponer la excepción de contrato no cumplido o bien podrá resolver el contrato. En el caso de la resolución, esta procederá cuando la imposibilidad sea total y definitiva o bien cuando, siendo temporal

³² Aunque no exactamente en los términos aquí planteados, esta vinculación entre la imposibilidad sobrevenida y la teoría de los riesgos, con las consecuencias prácticas que de ello se siguen, está claramente planteada por Fueyo, quien la trata a propósito de la posibilidad de impetrar la resolución del contrato por una imposibilidad inimputable; Fueyo (2004), pp. 331 ss.

y/o parcial, se haya perdido interés en la prestación. Esta decisión, en todo caso, no es arbitraria, sino que está modelada por las reglas de la buena fe contractual, de modo que la resolución, por ser un remedio aniquilatorio, será siempre de ultima ratio.

- c) De operar la resolución, se deberá proceder a la restitución de todo lo que se haya recibido en virtud del contrato, conforme a las reglas generales de la resolución.
- d) En caso de imposibilidad parcial, si la contraparte no está interesada en la resolución, puede solicitar la adecuación de las prestaciones a fin de que se recupere el equilibrio contractual perdido a raíz de la desproporcionalidad sobrevenida de las prestaciones.

En Chile, como dije, estas reglas no están formuladas de manera general; sin embargo, ellas se desprenden con meridiana claridad precisamente del contrato de arrendamiento, artículos 1925, 1926, 1928, 1929 y 1932 del Código Civil, los cuales recogen el antiguo el adagio '*periculum est locatoris*' (el riesgo corresponde al arrendador)³³. En efecto, dado que la obligación principal del arrendador es "conceder el goce de la cosa", naturalmente, él ha

³³ Esto implicaba que el arrendamiento de cosa "estaba regido por un sistema de sinalagma funcional, en virtud del cual, devenida imposible la prestación del arrendador, el arrendatario queda también liberado de cumplir la suya (*periculum est locatoris*: Ulp. D. 19, 2, 15, 2; Alf. D. 19, 2, 27 pr.). De esta forma, en cualquier caso, en que por una causa de fuerza mayor el arrendatario queda impedido de disfrutar del bien, tal como sucede cuando el terreno arrendado es invadido por el enemigo o quede sumergido por el cambio de curso de un río, el arrendatario queda liberado de pagar la renta"; Rodríguez-Rosado (2013), p. 16.

de ser titular de la misma, ya sea a través de un derecho real (propiedad, usufructo, etc.) o a través de un derecho personal (arrendatario con facultad de subarriendo, por ejemplo), en consecuencia, todos los eventos ajenos al contrato que afecten esa facultad de goce, ya sea porque destruyen materialmente la cosa o bien porque comportan limitaciones jurídicas, deben ser asumidos por el arrendador en calidad de titular del mismo: *res perit domino* o bien *periculum est locatoris*.

De manera general, esta idea se encuentra recogida en las causales de terminación del contrato de arrendamiento previstas en el artículo 1950 N° 1 y 3, que respectivamente consagran como causales de terminación del contrato: “La destrucción total de la cosa arrendada” y “la extinción del derecho del arrendador”. La norma no distingue en las razones por las cuales se produce la pérdida material o jurídica de la cosa para el arrendador, en cualquier caso, el contrato de arrendamiento termina. Así, hay terminación incluso por caso fortuito o fuerza mayor, quedando el arrendatario relevado de su obligación de pagar la renta. La solución, que es plenamente coherente con regla *periculum est locatoris* -así como con el carácter oneroso y conmutativo del contrato de arrendamiento- ha tenido numerosas aplicaciones a raíz de los numerosos eventos sísmicos que han afectado a nuestro país³⁴.

Precisando lo recientemente afirmado, cabe señalar que de las disposiciones mencionadas emana claramente que si el arrendador incumple su obligación de conceder el goce útil para el fin convenido, tranquilo y pacífico de la cosa, pero este incumplimiento proviene de caso fortuito o fuerza mayor, incluyendo el acto de una persona

³⁴ A modo de ejemplo, puede citarse: Corte Suprema, Rol N° 34610-2017, 29 de julio de 2019.

a quien el arrendador no puede impedirle su actuar (artículo 1929)³⁵, no debe la indemnización de perjuicios al arrendatario, pero éste, en todo caso, tiene derecho: (i) a la terminación (o rescisión³⁶) del contrato, para el caso en que la imposibilidad sea absoluta o ya no tenga interés en la conservación del arriendo³⁷, o bien (ii) a la terminación o la reducción de la renta, para el caso en que la cosa sirva sólo imperfectamente para el fin convenido o la privación del goce sea sólo parcial³⁸.

La facultad de ejercer los remedios antes mencionados incluso en presencia de eventos que revisten características de fuerza mayor o caso fortuito ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia. En tal sentido, en sentencia de 17 de diciembre de 2018, la Corte Suprema reconoció el derecho del arrendatario de poner término al contrato, asilándose en el artículo 1932, a raíz de la

³⁵ Claramente en esta norma queda incluido el “acto de autoridad” que, a su vez, el artículo 45, Código Civil, considera una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

³⁶ La rescisión será procedente en aquellos casos en que el contrato no haya reportado ninguna utilidad al arrendatario, de modo que se pondrá fin al contrato no solo con efectos hacia el futuro, sino también retroactivo, procediendo en tal caso la restitución de lo que haya pagado por concepto de renta. En cuanto al empleo de la expresión “rescisión”, disiento de la opinión de: Orrego (2011), p. 183, para quien haría alusión a la nulidad relativa del contrato. En efecto, como he sostenido en otra sede, es un error sostener que en el Código Civil la palabra rescisión es sinónimo de nulidad relativa, sino que se trata más bien de una institución general, una de cuyas causas es justamente la nulidad relativa. San Martín (2015b), p. 770. Naturalmente, la importancia práctica de esta constatación radica en que el arrendatario no necesita encuadrar su acción en una hipótesis de nulidad relativa, sino que le basta con invocar el artículo 1932, Código Civil.

³⁷ Artículo 1932 inc. 1º, Código Civil.

³⁸ Artículo 1932 inc. final, Código Civil.

inundación provocada por el desborde del río Mapocho en la comuna de Providencia el año 2016³⁹.

De todo lo dicho hasta aquí, es claro que para el Código Civil el riesgo de la imposibilidad sobrevenida de la prestación de conceder el goce de la cosa en los términos debidos por parte del arrendador corre exclusivamente de su cargo. Esto implica que el arrendador queda inhabilitado para exigir al arrendatario el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la renta, debiendo soportar la exención total o bien la reducción, según corresponda. Sin embargo, para evitar confusiones, hay que poner de presente que el Código no configura un derecho de opción para el arrendatario, sino que existe una prelación. De esta manera, el remedio resolutorio queda restringido a los casos en que efectivamente ya no es viable continuar con la relación contractual, ya sea porque en esas condiciones el contrato simplemente no se hubiera celebrado o bien porque el arrendatario ha sido privado totalmente del goce de la cosa. Si la relación contractual es aún viable, no corresponde el remedio resolutorio, sino simplemente la reducción de la renta, esto es, el reequilibrio de las prestaciones a fin de recuperar la conmutatividad originaria del contrato. Dado que no hay completa libertad para la elección del remedio, si bien el arrendatario podrá instar la alternativa que estime idónea, la decisión final entre la procedencia de uno u otro remedio le corresponde al juez. Así lo señala expresamente el artículo 1932 inciso final.

En esa misma línea de análisis, cabe analizar el alcance de la expresión “impedimento parcial” del goce contemplado en el artículo 1932 inciso final, pues, dado que la obligación del arrendador de mantener al arrendatario

³⁹ Corte Suprema, Rol N° 15050-2018, 17 de diciembre de 2018.

en el goce de la cosa es de ejecución continuada⁴⁰, el impedimento temporal se confunde con el parcial. En efecto, el Código no contempla expresamente la situación de un impedimento ‘temporal’ del goce, pero esta figura es perfectamente encuadrable en la idea de impedimento parcial, que autoriza una reducción del precio. De hecho, aunque el pago de la renta se pacte de forma periódica, la contrapartida, esto es la obligación del arrendador de conceder el goce no es periódica, sino continuada durante toda la vigencia del contrato. La afectación temporal del goce constituye, por tanto, una afectación ‘parcial’ en relación a la duración total del contrato. Así las cosas, la reducción del precio a que alude el artículo 1932 puede ser mirada en relación al precio pactado por toda la duración del contrato (aunque la renta se pague periódicamente) y, en consecuencia, para el caso en que el arrendatario se vea temporalmente privado del goce cosa, dicha reducción se traducirá en la exclusión de la obligación del arrendatario de aquella parte del precio correspondiente al tiempo en que se ha visto privado del goce. En sustancia, se traduce en una suspensión de la obligación del arrendatario de pagar la renta durante ese periodo.

El sistema de distribución de riesgos antes analizado guarda perfectamente coherencia con el carácter oneroso y sinalagmático o conmutativo del contrato de arrendamiento, así como con el principio de buena fe contractual. En efecto, el hecho de que el contrato sea oneroso implica que ambas partes se gravan recíprocamente en favor de la otra, con lo cual el contrato deja de cumplir su función si sólo una de ellas conserva el gravamen, mientras que la otra se limita a recibir un beneficio, como

⁴⁰ Peñailillo (2003), p. 345.

sería el caso en que, frente a la imposibilidad absoluta del arrendador de conceder el goce de la cosa, el arrendatario permaneciera obligado al pago de la renta.

A su vez, el hecho de que sea sinalagmático o conmutativo, implica que tanto el gravamen como el beneficio de cada parte guardan entre sí equivalencia, que se expresa en la idea de equilibrio contractual. Ahora bien, desde el derecho romano en adelante, se concibe la existencia de un sinalagma genético y otro funcional⁴¹. El sinalagma genético implica que las prestaciones han de guardar entre sí reciprocidad y equilibrio al tiempo del perfeccionamiento del contrato, esto es lo que justifica instituciones tales como la lesión enorme en la compraventa de bienes raíces y que, en el caso del arrendamiento, permite la reducción de la renta concebida en el artículo 1932 para el caso de que los ‘vicios’ hubieren existido al tiempo de la contratación. Por su parte, el sinalagma funcional implica que la reciprocidad y equilibrio deben perdurar durante toda la vigencia del contrato, esto es lo que explica la reducción de la renta en presencia de ‘vicios’ sobrevenidos o, en la terminología del Código, que hayan “empezado a existir después del contrato”. Así las cosas, tanto la reducción de la renta como la terminación, concebidas en el Código Civil como mecanismos de distribución de riesgos, guardan perfecta armonía con la onerosidad y con la conmutatividad del contrato de arrendamiento, las cuales, dado que se trata de un contrato de tracto sucesivo, deben subsistir durante toda la vigencia de la relación contractual.

⁴¹ Sobre la noción de sinalagma y la preocupación de los juristas romanos por mantener el equilibrio contractual mediante la cláusula de buena fe me he referido ampliamente en: San Martín (2015a), pp. 47-77.

Por otro lado, el sistema descrito es plenamente coherente con el principio de buena fe contractual, en cuanto impone el deber de colaboración entre las partes de la obligación e impide un ejercicio irrazonable o abusivo de los remedios contractuales por parte del acreedor⁴². En efecto, en virtud del principio de buena fe las partes deben colaborar a fin de que ambas obtengan los beneficios que tuvieron en vista al tiempo de contratar, a su vez, esto implica que ambas partes están llamadas a realizar ciertos esfuerzos o sacrificios en vistas de dicha colaboración. Ciertamente, no se trata de sacrificios que tengan como consecuencia la postergación completa de los propios intereses, sino que debe conseguirse un punto de equilibrio⁴³. En el sistema de distribución de riesgos relativo al arrendamiento esta idea se aprecia claramente en el hecho de que el arrendatario deberá soportar una cierta disminución en la utilidad o goce de la cosa, cuando esto no signifique para él un detrimento insostenible de sus intereses.

Por otra parte, el mismo principio de buena fe impone a las partes de la obligación el ejercicio mesurado y razonable de los remedios contractuales⁴⁴, de modo que los remedios aniquilatorios de la relación contractual,

⁴² Sobre el abuso del derecho como criterio para establecer un orden de prelación en el ejercicio de los remedios contractuales, puede verse: López (2012), pp. 13-62.

⁴³ Sobre la idea de colaboración de entre las partes de la obligación me he referido ampliamente en: “La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación. Reflexiones a la luz del Código de Bello”, en: San Martín (2019), pp. 347-382.

⁴⁴ Esta idea es válida incluso para la ejecución forzada de la prestación, la cual no será procedente cuando existan otros remedios que, de manera menos onerosa para el deudor, logren igualmente satisfacer los intereses del acreedor. Sobre el particular me permito reenviar al texto; San Martín (2018), pp. 225-243.

como son la resolución y la rescisión, quedan relegados a medidas de *última ratio*, aplicables sólo en caso de incumplimientos graves o esenciales⁴⁵. En los demás casos, deberán preferirse los remedios que comporten la conservación del vínculo contractual, como son la acción indemnizatoria en vía autónoma o bien, cuando sea procedente, la *actio quanti minoris*. Por esta razón, este último es justamente el remedio que el legislador nacional prevé para todos aquellos en que, frente a una privación parcial del goce útil de la cosa, el arrendatario conserve su interés en el arrendamiento. Así, es ajustado a la buena fe que si el arrendatario todavía puede obtener utilidad del contrato no se le conceda el remedio resolutorio, sino sólo la reducción de la renta, pues eso implica una adecuada distribución de riesgos.

⁴⁵ Esta idea ha sido reconocida por la Corte Suprema incluso en presencia de cláusulas resolutorias expresamente pactadas. Corte Suprema, Rol N° 38.506-2017, de 22 de mayo de 2019. En efecto, esta sentencia da cuenta de un interesante caso de aplicación del principio de buena fe contractual, del cual se derivan, entre otros, el deber de colaboración entre las partes del contrato y el deber de respeto y protección de los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de la contraparte involucrados en el contrato. Estos deberes impiden que, asilada en la literalidad del contrato, una de las partes actúe en forma desconsiderada de los intereses de la contraria, lo que es consecuencia del carácter imperativo de la buena fe (*vid* Considerando 27°). De esa manera, aunque no se exprese, las cláusulas de terminación anticipada exigen la existencia de un motivo razonable y legítimo que autorice su ejercicio, la buena fe opera como una fuente de integración del contrato, en la medida que a la literalidad de la cláusula se suma el presupuesto no explicitado de su ejercicio.

4. REFLEXIONES GENERALES EN TORNO A LA SITUACIÓN DE LOS INMUEBLES COMERCIALES

La obligación del arrendador de conceder y conservar en manos del arrendatario el goce útil, tranquilo y pacífico de la cosa se ve incumplida cada vez que, por cualquier circunstancia ajena al arrendatario, éste vea afectada la utilidad material o jurídica de la cosa o bien ve en cualquier modo entorpecido el disfrute de la misma. Esta afectación puede ser total o parcial, de modo que puede dar lugar a un incumplimiento total de la prestación, en caso de que la cosa no preste ninguna utilidad y el arrendatario se vea privado totalmente del goce de la cosa, o bien podrá tratarse de un cumplimiento imperfecto, para el caso en que la cosa sirva sólo imperfecta o parcialmente para el fin convenido, o el arrendatario se haya visto parcialmente privado del disfrute de la cosa. La configuración del incumplimiento es, por tanto, objetiva, no depende de si la afectación del goce proviene o no de un hecho atribuible al arrendador. Esta circunstancia sólo será relevante para determinar la eventual responsabilidad por los daños y perjuicios, dejando en todo caso a salvo la posibilidad de terminar el contrato o bien reducir la renta. De eso dan cuenta las normas del Código Civil atinentes a este punto, especialmente los artículos 1932 y 1933.

Tal como se señaló en el inicio de este trabajo, la pandemia de COVID-19 ha determinado una serie de medidas administrativas y legales que afectan el normal desarrollo de todas las actividades comerciales del país. En virtud de tales medidas, los locales ubicados en zonas declaradas en cuarentena cuya actividad económica no es considerada de carácter esencial han debido paralizar su funcionamiento y aquellos situados en zonas que no están en cuarentena han visto ostensiblemente disminuida

su utilidad para el fin comercial que en ellos se desarrolla. En efecto, las restricciones a la circulación impuestas por la autoridad han determinado una generalizada menor afluencia de público en todo el país. A su vez, en diversos locales, las limitaciones a la circulación impuestas por el toque de queda han determinado restricciones de horario de funcionamiento, así como dificultades para el abastecimiento.

Todo lo anterior comporta que el arrendatario no dispone del goce útil, tranquilo y pacífico de la cosa. En efecto, a raíz de todas las medidas adoptadas para la contención del Covid-19, ha disminuido ostensiblemente (en algunos casos incluso desaparecido) la utilidad del inmueble para cumplir el fin para el que fue arrendado y el arrendatario ha visto entorpecido el ejercicio de su actividad comercial a raíz de la normativa que directa o indirectamente restringe las posibilidades de uso del inmueble⁴⁶.

Desde luego, ninguna de esas circunstancias es imputable a los arrendadores, de manera que se trata de un incumplimiento no imputable, excluyéndose, por tanto, la posibilidad de solicitar indemnizaciones de perjuicios por parte de los arrendatarios, pero subsiste toda la normativa relativa a la distribución de riesgos analizada. La

⁴⁶ Cabe señalar que esta problemática se presenta de esta manera sólo en los arrendamientos comerciales, pues en los inmuebles habitacionales, el goce del arrendatario no se ha visto en ningún modo afectado por la Pandemia, al contrario. Una cuestión distinta, es que a raíz de la Pandemia muchas personas se hayan visto privadas de los ingresos con que pagaban la renta, con lo cual surge la pregunta si esa circunstancia puede en alguna medida ser considerada para modelar (o moderar) la obligación del arrendatario, lo que implica analizar la distribución del riesgo de pérdida de ingresos en relación con ese tipo de contrato. Esta cuestión, sin embargo, escapa a los limitados fines de este trabajo.

cual, por lo demás, según se ha visto antes, aplica también cuando las perturbaciones en el goce de la cosa tienen carácter jurídico.

El análisis desarrollado hasta aquí ha tenido en vista la teoría general del contrato, adecuada a las disposiciones del título XVI del libro IV del Código Civil, si bien él es aplicable a la generalidad de los contratos de arrendamiento, resulta imperativo realizar algunas reflexiones acerca de la situación en particular de los inmuebles destinados a explotación comercial, distinguiendo, a su vez, entre las distintas situaciones que, a raíz de la pandemia, se han suscitado respecto de la explotación de tales inmuebles.

En grandes líneas, es posible distinguir dos situaciones fácticas: (i) la de actividades comerciales que han debido paralizar sus funciones, por ejercerse en inmuebles que deben permanecer cerrados por disposición sanitaria; y (ii) la de actividades comerciales que, sin haber paralizado, han visto ostensiblemente entorpecido su funcionamiento como consecuencia de la pandemia, tanto por las restricciones impuestas por la autoridad, así como por la menor afluencia de público a sus locales que es, a su vez, una consecuencia de la disminución generalizada de la circulación de la población;

Tal como se dijo, conforme a la normativa, el arrendamiento de un inmueble para el desarrollo de una actividad comercial implica que la frustración total de esta actividad forma parte de los riesgos arbitrados por el contrato y, para el caso en que esta frustración se deba al hecho de que la cosa ya no presenta la aptitud jurídica necesaria, el riesgo corre de cargo del arrendador, lo que autoriza al arrendatario para liberarse total o parcialmente de su obligación de pagar la renta. Ahora bien, la paralización de las actividades por orden de la autoridad

es una medida eminentemente temporal, de modo que no puede en principio sostenerse que se haya producido la frustración total de la actividad, a menos que la medida sanitaria se prolongue por un tiempo comercialmente insostenible para el arrendatario, con lo cual se produce el total decaimiento del interés del arrendatario. En este caso, será posible sostener que ha “disminuido notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato”⁴⁷ o bien que está impedido “de hacer de ella el uso para que ha sido arrendada”⁴⁸ dando lugar a la resolución (terminación) del contrato, sin indemnización de perjuicios por ninguna de las dos partes.

En los casos en que el arrendatario esté comercialmente en condiciones de esperar hasta el fin de la medida sanitaria, no resulta procedente la resolución del contrato, sino solo la ‘reducción’ de la renta, conforme lo autoriza el artículo 1932, en el entendido que en la expresión impedimento parcial de goce, queda también comprendido el impedimento temporal, según se explicó antes. Ahora bien, respecto de la forma en que debe entenderse esta reducción, es posible desarrollar dos líneas argumentales conducentes a distintos resultados interpretativos.

En una primera línea argumental, es posible sostener que el arrendatario, si bien ha debido paralizar su actividad comercial, como resultado de un entorpecimiento que no le es atribuible, ha continuado a realizar un uso del inmueble, pues todos sus efectos de comercio y en general los elementos necesarios para el desarrollo de su actividad se encuentran al interior del inmueble. Este uso, aunque limitado del inmueble, determinaría que él no pueda exonerarse totalmente del pago, sino que

⁴⁷ Artículo 1926, Código Civil.

⁴⁸ Artículo 1932, Código Civil.

debe continuar pagando una suma ajustada a la función que en el intertanto ha cumplido el inmueble, que será, desde luego, muy por debajo de la renta pactada. La reducción, entonces, operaría como una rebaja en la suma periódica a pagar por concepto de precio. Esta interpretación encontraría sustento en el principio de buena fe antes citado, en virtud del cual las partes deben hacer un ejercicio mesurado y razonable de los remedios contractuales, de modo que no estaría autorizado para recurrir a la exención aquel que, aunque de forma muy limitada, ha continuado disfrutando de los beneficios del contrato, aunque sea para mantener a buen resguardo sus pertenencias mientras dura la emergencia. Con todo, no debe perderse de vista que esta interpretación implica trasladar sobre el arrendatario un doble costo: la pérdida de ingresos por paralización, más la parte de la renta que deba continuar pagando con cargo a sus ahorros o bien asumiendo más deuda, frente a lo cual cabe recordar que el deber de colaboración derivado de la buena fe encuentra un límite en el apreciable sacrificio.

En una segunda línea argumental, es factible sostener que la paralización de las actividades comerciales del arrendatario comporta una privación total del goce del inmueble, aunque con carácter temporal. Esta interpretación encuentra sustento en la literalidad del artículo 1924, en cuanto impone al arrendador la obligación de mantener la cosa en el estado de servir “para el fin a que ha sido contratada”. En este caso, es claro que el fin convenido es desarrollar en el inmueble la actividad comercial del arrendatario, la cual se ha visto totalmente impedida durante el período de cuarentena, de modo que en estricto rigor el arrendatario no ha tenido el goce útil de la cosa. Al respecto resulta intrascendente que en los hechos el inmueble esté en poder del arrendatario y que éste conserve allí sus efectos de comercio y todos los elementos

necesarios para el desarrollo de su actividad, pues no se trataría más que de una suerte de ‘bodega’ o ‘depósito’ y en ningún modo estaría cumpliendo el fin para el cual fue arrendado. La consecuencia de este razonamiento sería, como se dijo para el caso del impedimento temporal de goce, la exclusión de la obligación del arrendatario de aquella parte del precio correspondiente al tiempo en que se ha visto privado del goce, de suerte que no corresponde el pago de ningún monto por concepto de renta durante el período de paralización, operando una suerte de suspensión de la obligación del arrendatario.

Tratándose de actividades que no se han paralizado, lo cierto es que su situación es más complicada, pues la afectación del goce opera de forma diversa y cabe cuestionarse si es que se trata de una afectación de la cosa misma o bien de la actividad. De entenderse que la afectación es a la actividad, estaríamos en presencia del llamado riesgo empresarial y, por tanto, el arrendatario quedaría obligado al pago íntegro de la renta. En caso contrario, de entenderse que se trata de una afectación de la cosa, que ya no presta la utilidad para la cual fue arrendada, el riesgo gravaría sobre el arrendador, de modo que el arrendatario le asistiría la posibilidad de invocar el entorpecimiento o privación ‘parcial’ de goce del inmueble arrendado, en conformidad con el artículo 1932 inciso final. En apoyo de esta visión del asunto está el hecho de que, como se dirá en seguida, la renta de locales comerciales se basa en lo que podemos llamar el ‘potencial económico del inmueble’, el cual se ha visto sensiblemente alterado a raíz de la Pandemia.

Si se admite que al arrendatario le asiste la posibilidad de impetrar la reducción de la renta, al igual que si se considera que en los casos de paralización el arrendatario queda obligado a pagar parte de la renta, se hace

necesario señalar los criterios con arreglo a los cuales debería calcularse el monto reducido a pagar.

Con tal objetivo, en primer lugar, es necesario volver sobre la definición de arrendamiento de cosa y considerar que lo que el arrendador confiere al arrendatario es un derecho personal de goce sobre la cosa. En virtud de este derecho, el arrendatario tiene la facultad para explotar comercialmente el inmueble conforme con su 'potencial económico' y hacer suyos los frutos que de ello provenga. Con una parte de estos frutos, el arrendatario cumplirá, a su vez, su obligación de pagar la renta.

En segundo lugar, debe tenerse en consideración el carácter oneroso conmutativo del contrato de arrendamiento. En virtud de esta característica, el arrendador se grava en beneficio del arrendatario de forma equivalente al gravamen que éste sufre a su vez, de manera que existe una proporcionalidad tanto en el gravamen, como en el beneficio. Así las cosas, es claro que la renta que el arrendatario se compromete a pagar es directamente proporcional al valor que para el arrendador representa el inmueble (gravamen que sufre el arrendador) y al beneficio que él espera obtener con el negocio, lo que se condice con la idea de 'potencial económico del inmueble'. En efecto, el arrendador considerará ese potencial para efectos de establecer el precio que cobrará por la cesión del goce, pues esa es la medida del gravamen que él asume, y el arrendatario considerará ese potencial para diseñar su plan de negocios, donde se considerará la renta como un costo que debe ser absorbido por los ingresos a fin de lograr la correcta ecuación financiera. Así las cosas, para reestablecer el equilibrio perdido y recuperar la conmutatividad del contrato, la reducción de la renta deberá ser proporcional a la pérdida de 'potencial económico' del local. Esto implica un análisis de los elementos que

comercialmente suelen considerarse a la hora de tomar y dar en arriendo un inmueble. Así como las directrices que guían la elección comercial del inmueble apropiado para el desarrollo de la actividad. Más allá de estos conceptos generales, este análisis deberá ser realizado caso a caso por los expertos de cada rubro comercial respectivo, pues en cada caso deberá determinarse las razones que llevaron a las partes a fijar la renta y la forma en que estas razones se han visto afectadas por la pandemia.

Frente a la controversia que se generará entre las partes a raíz de la reducción correspondiente, parece oportuna la aplicación analógica del artículo 1943, que deja entregada la resolución de las disputas relativas al precio o renta al juicio de peritos. Estos peritos deberán proceder a la retasación comercial del inmueble a fin de fijar, en el nuevo escenario, el 'justiprecio' del arriendo. Se tratará, en todo caso, de una cuestión que de hecho que deberá formar parte de los puntos de prueba del juicio. Sin perjuicio de que parece oportuna la aplicación analógica del artículo 1943, cabe recordar que, conforme al artículo 8 N° 7 de la ley 18.101, en cualquier caso, la apreciación de la reducción deberá realizarse conforme a las reglas de la Sana Crítica.

5. CONCLUSIONES

Según el análisis realizado en este trabajo sobre la base de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia atingente al problema planteado, es posible realizar las siguientes observaciones conclusivas:

- a) En el caso de los contratos de arrendamientos celebrados con anterioridad a la Pandemia de COVID-19, este evento puede ser calificado abstractamente de

caso fortuito, pues se trata de un evento extraordinario, imprevisto, irresistible y ajeno a cualquiera de las partes del contrato. En particular, la normativa dictada a efectos de contener la expansión de la pandemia tiene el carácter de “acto de autoridad”, expresamente prevista como una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor en el artículo 45 C.C.

- b) Conforme a las reglas que gobiernan el caso fortuito y teniendo en consideración la naturaleza de las respectivas obligaciones de los contratantes, las consecuencias que se siguen de la pandemia y, en concreto, del acto de autoridad subsecuente no son idénticas para ambas partes. Derivado únicamente del caso fortuito, la obligación del arrendatario se mantiene inalterada, mientras que la obligación del arrendador de conceder el goce tranquilo y pacífico de la cosa se ve afectada de una imposibilidad sobrevinida, que será parcial o temporal. Con todo, en lo que dice relación con la obligación del arrendatario, esta conclusión varía en la medida que se realiza un análisis del contrato en su complejidad, conforme a la teoría de los riesgos, aplicable en este caso por tratarse de un contrato bilateral.
- c) La teoría de los riesgos, esto es, aquella que analiza la suerte que corre la contraprestación cuando, en un contrato bilateral, una de las prestaciones se torna imposible ya sea de forma total o parcial, se rige fundamentalmente por la máxima *res perit debitoris*, que en materia de arrendamiento corresponde al *periculum est locatoris* (el riesgo es del arrendador). En consecuencia, dado que el arrendador es el titular del derecho de goce concedido al arrendatario en virtud del arrendamiento, los eventos fortuitos sobrevinidos que afecten dicho goce han de ser

asumidos por el arrendador. Esta conclusión es coherente con el hecho de que, salvo el caso de la obligación de entregar una especie o cuerpo cierto, el riesgo de pérdida de la cosa es siempre del deudor.

- d) La distribución de riesgos antes descrita está recogida en el título XXXVI del libro IV del Código Civil, específicamente en las normas sobre terminación del contrato⁴⁹, así como en las normas relativas al incumplimiento del arrendador, que consienten ejercer el remedio resolutorio o de reducción incluso frente a un incumplimiento inimputable⁵⁰. La distribución de riesgos contemplada en estas normas está en plena sintonía con el carácter oneroso y conmutativo del contrato de arrendamiento, de manera que su aplicación no es más que la recuperación del equilibrio contractual perdido a raíz del evento sobrevenido.
- e) Entre las normas citadas, es especialmente relevante el artículo 1932 C.C., cuyo inciso final concede expresamente la posibilidad de solicitar la terminación del contrato o bien la reducción de la renta en presencia de un ‘impedimento parcial de goce’ de la cosa, comprendiéndose aquí la noción de ‘impedimento temporal’, con la consiguiente posibilidad de excluir de la obligación del arrendatario la porción de precio correspondiente al período en que no haya podido gozar de la cosa. La elección entre resolución o reducción no corresponde a un derecho absoluto del deudor, sino que existe un orden de prelación. El remedio resolutorio queda

⁴⁹ Artículo 1950 N° 1 y 3, Código Civil.

⁵⁰ Artículos 1926, 1928, 1929 y 1932, Código Civil.

relegado exclusivamente a los casos en que el bien ya no revista utilidad para el arrendatario. Si éste aún está en condiciones de reportar utilidad, pues el fin para el que ha arrendado la cosa es todavía posible sin grave detrimento de sus intereses sólo corresponde la reducción. Sin perjuicio de que el arrendatario puede instar por la solución que le parezca más adecuada, la ley es clara en cuanto a que la decisión final le corresponde al juez⁵¹, quien deberá realizar la ponderación intereses conforme a las circunstancias del caso y a las reglas de la sana crítica, según lo dispuesto en el artículo 8, N° 7 de la ley 18.101. Esta prelación de remedios es plenamente coherente con el principio de buena fe contractual y, en particular, con el hecho de que el acreedor debe ejercer los remedios contractuales de manera mesurada y razonable.

- f) En casos de paralización de las actividades, existen dos formas de entender la reducción, una que considere una rebaja de la renta mensual a pagar por el arrendatario, en atención que alguna utilidad todavía le presta el inmueble y, por ende, debe continuar a pagar parcialmente la renta. Otra, según la cual la paralización implica una privación total del goce de la cosa durante ese período, de modo que la reducción opera en relación a todo el periodo de duración del contrato, excluyendo la obligación del arrendatario de pagar suma alguna por ese tiempo.
- g) En el caso de actividades que no han paralizado, sino solamente visto entorpecido su ejercicio, la posibilidad de obtener una reducción de la renta mensual dependerá de si se considera que se trata

⁵¹ Artículo 1923 inc. final, Código Civil.

- de un riesgo que afecta a la cosa misma o bien a la actividad, esto es, constituye un riesgo empresarial.
- h) Para el caso en que se acepte la operatividad de una reducción de renta mensual a pagar por el arrendatario, el ajuste de la renta deberá hacerse conforme a la pérdida de ‘potencial económico’ del local. Para ello deberán tenerse en cuenta todos los elementos que comercialmente se analizan a la hora dar o tomar en arriendo un inmueble, de acuerdo a los criterios del respectivo sector comercial. Se tratará, por tanto, de una retasación del valor de arriendo del inmueble para el fin convenido, lo que deberá hacerse por peritos, resultando a este efecto idónea la disposición del artículo 1943 C.C. En todo caso, los antecedentes que permiten el cálculo de la reducción darán lugar a un punto de prueba que deberá ser apreciada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- D.L N° 993, Ministerio de Agricultura, sobre arrendamiento de predios rústicos, medierías o aparcerías y otras formas de explotación por terceros. Diario Oficial, 24 de abril de 1975.
- Ley N° 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos. Diario Oficial, 29 de enero de 1982.
- D.F.L N° 1, Ministerio de Justicia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre

abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Abeliuk, René (2014): *Las obligaciones*, 6ª edición (Santiago, Thomson Reuters).

Alessandri, Arturo (2015): *De los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Barrientos, Javier (2016): *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia* (Santiago, Thomson Reuters).

Barros, Enrique (2006): “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’, en el derecho de los contratos”, en: *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis), pp. 721-752.

Brantt, María Graciela (2010): *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual* (Santiago, Abeledo Perrot).

Brantt, María Graciela (2011): “El Caso Fortuito: Concepto y Función como Límite de la Responsabilidad Contractual”, en: *Cuaderno de análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VII* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp.47-82.

Cornejo, Pablo (2017): *Contrato de arrendamiento. Bienes raíces urbanos* (Santiago, Der Ediciones).

Coustasse, Alberto e ITURRA, Fernando (1958): *El caso fortuito ante el Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

De la Maza, Iñigo y Vidal, Álvaro (2014): “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de

- la Corte Suprema”, en: *Ius et Praxis* (Año 20, N° 2), pp. 15-38.
- De la Maza, Iñigo y Ulloa, Pablo (2018): “La tutela del arrendador frente a las turbaciones jurídicas en el arrendamiento de inmuebles”, en: *Ius et Praxis* (Año 24, N° 3), pp. 765-800.
- Fueyo, Fernando (2004): *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, 3° Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- López, Patricia (2012): “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 19), pp. 13-62.
- Meza, Ramón (2010): *Manual de derecho civil. Fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Morales, Antonio (1983): “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en: *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 36, N° 4), pp. 1529-1546.
- Orrego, Juan (2011): *El contrato de arrendamiento*, 2ª edición (Santiago, Editorial Metropolitana).
- Peñailillo, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Rodríguez-Rosado, Bruno (2013): *Resolución y sinalagma contractual* (Madrid, Marcial Pons).
- San Martín, Lilian (2012): “Una noción de incumplimiento en la perspectiva de la armonización del derecho latinoamericano”, en: *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas Roma y América*

(Lima, Fondo Editorial Universidad Católica del Perú), pp. 321-341.

San Martín, Lilian (2014): “La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño”, en: Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, La Ley – Thomson Reuters), pp. 649-668.

San Martín, Lilian (2015aAaa): “La cláusula ‘*ex fide bona*’ y su influencia en el ‘*quantum respondeatur*’ como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D.19.1. 13pr. y D.19.2.33”, en: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia (Nº 28), pp. 47-77.

San Martín, Lilian (2015b): “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 42, Nº 3), pp. 745-784.

San Martín, Lilian (2018): “El límite económico como manifestación del principio de mitigación”, en: Cumplimiento específico y ejecución forzada (Valparaíso, Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV), pp. 225-243.

San Martín, Lilian (2019): “La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación. Reflexiones a la luz del Código de Bello”, en: La vigencia del código civil de Andrés Bello. Análisis y perspectivas en la sociedad contemporánea (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 347-382.

San Martín, Lilian (2020): “Cargas y deberes del acreedor como mecanismos de equilibrio contractual”, en: Presente y Futuro del Derecho Contractual (Santiago, Thomson Reuters, en prensa).

Tapia, Mauricio (2019): Caso fortuito en el Derecho Civil Chileno, 2º Edición (Santiago, Thomson Reuters).

- Lavaseco Firenze LTDA. Con Carlos Segundo Torres Salgado (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, de 18 de abril de 2011, Rol N° 81-2011, en: www.westlawchile.cl, cita online CL/JUR/9431/2011.
- Universidad de Valparaíso con Club Deportivo y Social Unión Española S.A. (2014): Corte Suprema, 19 de Mayo de 2014, Rol N° 17220-2013, en: www.westlawchile.cl, cita online CL/JUR/2523/2014.
- Banco Santander Chile con Victorino Saavedra Romero (2017): Corte Suprema Cuarta Sala (Especial), 29 de julio de 2019, Rol N° 34610-2017, en: www.westlawchile.cl, cita online CL/JUR/4317/2010.
- Distribuidora de Industrias Nacionales S.A. con Administradora de Centros de Distribución S. A. (2018): Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, Rol N° 15050-2018, en: www.westlawchile.cl, cita online CL/JUR/5954/2019.
- Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A. (2019): Corte Suprema, 22 de mayo de 2019, Rol N° 38.506-2017, en: www.westlawchile.cl, cita online CL/JUR/5954/2019.
- Cafetería y Salón Té Ernesto Antonio Garín Escudero E.I.R.L. (2019): Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), 3 de octubre de 2019, Rol N° 1120-2018, en: www.westlawchile.cl, cita online CL/JUR/5954/2019.