

PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO CONTRACTUAL

**RODRIGO BARRÍA DÍAZ
ALFREDO FERRANTE
LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA
EDITORES**



THOMSON REUTERS

ÍNDICE

	Página
Controles <i>ex post</i> sobre condiciones generales y diseño de contratos: la experiencia española	1
<i>Fernando Gómez Pomar - Mireia Artigot Golobardes</i>	
Aspectos fundamentales del actual desarrollo interno del derecho de contratos. Crítica al modelo económico neoclásico del contrato	29
<i>Enrique Barros</i>	
Cuestiones novedosas regidas por la CISG	43
<i>Edgardo Muñoz</i>	
Querer y poder en el derecho de los contratos: las denominadas condiciones potestativas.....	73
<i>Cristiano de Sousa Zanetti</i>	
Los tipos contractuales y el contrato de <i>layaway</i>	95
<i>Luis F.P. Leiva Fernández</i>	
El contrato agrícola y el régimen de inscripción voluntaria. Especial mención al carácter oponible del contrato.....	109
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	
Autonomía de la voluntad y arbitraje.....	133
<i>Alfredo Ferrante</i>	
Autonomía de la voluntad en el derecho civil francés: el ocaso de un mito	149
<i>Mauricio Tapia R.</i>	

	Página
Apuntes iniciales sobre la incidencia del riesgo normativo o regulatorio en la autonomía contractual en el ordenamiento peruano.....	169
<i>Héctor Campos García</i>	
Riesgos en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas	205
<i>Cristián Banfi del Río</i>	
El error en el sentido y alcance de las cláusulas del contrato: desde la interpretación hasta la invalidación	221
<i>Pamela Prado López</i>	
Cargas y deberes del acreedor como mecanismos de equilibrio contractual.....	245
<i>Lilian C. San Martín Neira</i>	
Asociación o cuentas en participación y grupos de empresas: algunas disquisiciones con relación a su configuración, distribución de riesgos y responsabilidad	267
<i>María Fernanda Vásquez Palma</i>	
Incumplimiento contractual, restitución de ganancias del deudor y enriquecimiento injustificado.....	307
<i>Rodrigo Barría Díaz</i>	
Indemnización por inejecución de obligaciones de hacer y no hacer personalísimas: ¿un caso de opción de responsabilidad?	325
<i>Claudia Bahamondes Oyarzún</i>	
La noción de incumplimiento en la jurisprudencia reciente. Su incidencia en la aplicación del artículo 1489 del Código Civil	341
<i>Claudia Carolina Mejías Alonzo</i>	
La tutela del acreedor en el arrendamiento de cosas: un análisis desde el Código Civil y su cotejo con el modelo acuñado por el moderno derecho de contratos	361
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	
El contrato de servicios y sus desafíos para el derecho contractual chileno: su reconocimiento como categoría autónoma. La superación del arrendamiento y el mandato.....	399
<i>María Graciela Brantt Zumarán</i>	

	Página
El diálogo entre el derecho común y el derecho del consumidor . <i>Jorge Baraona González</i>	421
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	447

CARGAS Y DEBERES DEL ACREEDOR COMO MECANISMOS DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL

LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA*

RESUMEN: La presente investigación se enfocará en las cargas y deberes del acreedor en el Derecho chileno, enfatizando en dos cargas que tienen un especial efecto calibrador del equilibrio contractual: (i) la carga de información del propósito práctico del contrato y (ii) la carga de evitar o mitigar las pérdidas.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato, en cuanto instrumento de planificación, funciona como mecanismo de distribución de riesgos. Al contratar, se traspassa el riesgo de la frustración del fin perseguido con la celebración del contrato al cocontratante, quien asume este riesgo en la medida en que el contrato le resulta útil o beneficioso (tomadas estas expresiones en su más amplia acepción), de manera que el sacrificio que está dispuesto a realizar para satisfacer el interés de su cocontratante es directamente proporcional a dicha utilidad o beneficio. En los contratos bilaterales, esto significa que cada una de las partes asume recíprocamente el riesgo del incumplimiento imputable de la propia obligación, que se traduce en la necesidad de indemnizar los perjuicios que el incumplimiento acarree a la contraria, pero esta responsabilidad no es ilimitada. En efecto, en un sistema correctamente balanceado, la extensión de la responsabilidad contractual guarda relación con los costos y beneficios que cada parte tiene en vista al tiempo de contratar, esto es, con los riesgos recíprocamente asumidos, pues, incluso frente al incum-

* Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado.

plimiento culpable, subsisten la economía y el equilibrio contractual. No creo que esta afirmación merezca mayores cuestionamientos, pues parece de toda lógica. El problema, entonces, radica en cómo compatibilizar este equilibrio contractual con la tutela que en el llamado nuevo derecho contractual se asigna al acreedor. En efecto, como muy bien resume Pizarro, “en Chile se ha ido consolidando, al menos a nivel doctrinal, una manera de entender el fenómeno del incumplimiento contractual desperdido de la culpa, pudiendo el acreedor escoger entre distintas facultades o pretensiones una vez verificada la inejecución contractual. Se trata de una idea cuyas raíces podemos situar en la obra de Morales Moreno, a partir de la profundización del concepto de propósito práctico en la obra de Federico de Castro y Bravo. Se busca privilegiar su interés, aunque moderado con el principio de buena fe contractual. No son pocos los autores que han acogido en sus escritos la modernización del derecho de los contratos entendido como un sistema de remedios al incumplimiento contractual. Incluso esto ha originado una nueva nomenclatura acerca de las posibilidades que se abren para el acreedor insatisfecho; a ese conjunto de alternativas se le denomina ‘remedios frente al incumplimiento contractual’”¹. Se habla así de un nuevo derecho de la contratación o nuevo derecho contractual, cuyas principales características son:

i. El hecho de que el incumplimiento se define de manera objetiva, como cualquier desviación del programa obligacional, con independencia de la culpa del deudor².

¹ Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos, “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, N° 1, 2014, pp. 204-205. Para la noción de propósito práctico aquí aludida, *vid.* MORALES MORENO, Antonio Manuel, “El propósito práctico, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1529-1546.

² VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 34, vol. 1, 2007, pp. 41-59; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., “Una noción de incumplimiento en la perspectiva de la armonización del derecho latinoamericano”, en Morales Hervia, Rómulo; Priori Posada, Giovanni (eds.), *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Lima, 2012, pp. 321-341; CÁRDENAS V. Hugo; REVECO U., Ricardo, *Remedios contractuales. Cláusulas acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Santiago: Thomson Reuters, 2018, pp. 31 y ss.

ii. El proponer un sistema integrado de remedios o mecanismos de tutela de los intereses del acreedor entre los cuales él puede elegir con libertad, siempre que se cumplan los presupuestos de procedencia del mecanismo que elegido³.

iii. El asignar un rol mínimo a la culpa del deudor a la hora de construir la tutela del acreedor frente al incumplimiento, rol que, en línea de máxima, se limita a constituir un presupuesto de la responsabilidad contractual, dejando de ser un requisito de otros remedios tales como la resolución y la ejecución forzada⁴.

iv. Poner gran acento en la integración de la obligación con una serie de deberes accesorios o secundarios de conducta destinados a que el acreedor satisfaga el propósito práctico que se propuso al tiempo de contratar, deberes que se extienden incluso más allá del cumplimiento de la obligación principal⁵.

v. El asignar relevancia preponderante al llamado principio de reparación integral del daño, en virtud del cual el acreedor víctima de un incumplimiento tiene derecho a quedar en la posición en que se encontraría si el contrato hubiera sido correctamente cumplido, limitando, a través de una

³ BARROS BOURIE, Enrique, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios de derecho civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 403-428; PIZARRO WILSON, Carlos, “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios de derecho civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 395-402; LÓPEZ DÍAZ, Verónica Patricia, “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, 2010, pp. 65-113; CÁRDENAS, H., REVECO, R., *Remedios contractuales...*, cit. (n. 2), pp. 13 y ss.

⁴ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños. Apuntes para una relectura en clave objetiva”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1, pp. 151-177; BARROS BOURIE, Enrique, “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos”, en Corral Talciani, Hernán; Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago: LegalPublishing, 2007, pp. 721-751; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, “La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños”, en Domínguez Hidalgo, Carmen, et al. (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, 2013, pp. 541-559.

⁵ Por todos, vid. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.

interpretación restrictiva, las causales de exoneración de responsabilidad del deudor y los límites legales a la indemnización⁶.

Todas estas particularidades pueden ser reconducidas a una frase: el nuevo derecho de la contratación se caracteriza por poner al centro de la relación obligatoria al interés del acreedor. Dicho así, alguien podría pensar que en esta nueva realidad el deudor ha visto mermada su posición, pues asume mayores riesgos que los que en la visión tradicional del derecho de los contratos se le asignaban, originándose así un desequilibrio en las posiciones contractuales, pues la responsabilidad ya no guardará simetría con el valor del contrato para la parte incumplidora, sino que corresponderá únicamente al interés del acreedor afectado con la falta de cumplimiento. Empero, no es así, pues, justamente para corregir las eventuales distorsiones que la nueva forma de entender el derecho de los contratos puede producir en perjuicio del deudor, se pone también acento en la conducta esperada del acreedor, quien está vinculado por las mismas exigencias de buena fe que se imponen al deudor y, asimismo, queda sujeto a una serie de cargas e incluso de verdaderos deberes en favor del deudor, que comportan la introducción de mecanismos de tutela de los intereses del deudor y, por consiguiente, del equilibrio contractual⁷.

⁶ Por todos, *vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.

⁷ La doctrina chilena de las últimas décadas ha sido particularmente atenta a esta idea, señalando, por ejemplo, que el acreedor no puede solicitar la resolución del contrato u oponer la excepción de contrato no cumplido por incumplimientos irrelevantes o que no tengan “cierta entidad”. Se dice también que el acreedor está llamado a colaborar con el deudor para el cumplimiento de la obligación, llegando incluso a calificar este llamado de verdadera obligación. Finalmente, se afirma que el acreedor, aunque tiene una gama de remedios entre los que puede elegir con mayor o menor libertad, debe elegir aquel que procure la satisfacción de su interés sin perjuicio para el deudor y de manera menos onerosa. La doctrina relativamente reciente en Chile sobre estas materias es copiosa, por lo que un listado exhaustivo en este punto no resulta posible; sólo a modo de ejemplo pueden citarse: LAGOS VILLARREAL, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 225-226, 2009, disponible también en *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado*, N° 21, 2011, pp. 273-325; VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”, en *Revista de Derecho*

Cabe señalar que esta nueva forma de ver el Derecho contractual y su principal efecto, esto es la obligación, no es nuevo en Derecho compara-

de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXII, 2009, pp. 221-258; VIDAL OLIVARES, Álvaro; “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en Pizarro Wilson, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 347-368; CAPRILE BIERMANN, Bruno, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimientos recíprocos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIX, 2012, pp. 53-93; LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, “El interés del deudor como límite al derecho de opción del acreedor insatisfecho y su incidencia en el procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños”, en Elorriaga de Bonis, Fabian, *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, AbeledoPerrot, Thomson Reuters, 2012, pp. 737-755; LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por un incumplimiento contractual”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, 2012, pp. 13-62; MEJÍAS ALONZO, Claudia; “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional”, en *Revista de Derecho-Universidad Católica del Norte*, año 21, N° 1 (2014), pp. 111-156; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012; PRADO LÓPEZ, Pamela, *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*, Santiago, Thomson Reuters, 2015; PRADO LÓPEZ, Pamela, “La colaboración del acreedor: una aplicación concreta de la buena fe”, en San Martín Neira, Lilian C. (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 125-143; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., “La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria. A propósito de “Julio Fritz Vidal con Banco Santander Chile”. Corte Suprema, rol N° 137-2010”, en San Martín Neira, Lilian C. (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 145-155; PRADO LÓPEZ, Pamela, “La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual”, en *Revista de Derecho-Universidad Austral*, vol. XXIX, N° 2 (2016), pp. 59-83; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “El derecho del deudor a la subsanación o corrección del incumplimiento no conforme (*right tu cure*). Acercamiento desde los instrumentos del derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos”, en *Revista Ius et Praxis*, año 23, N° 1 (2017), pp. 153-194; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “Cargas de colaboración y distribución de riesgos en el contrato de construcción”, en Figueroa Valdés, Juan Eduardo (coord.), *Derecho de construcción. Análisis dogmático y práctico*, Santiago, Ediciones DER, 2017, pp. 25-45; AEDO BARRENA, Cristián, “La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley N° 20.667”, en *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 2 (2018), pp. 51-9; Vidal O., Álvaro; Momberg U., Rodrigo (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018; BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, *El cumplimiento específico de los contratos*, Santiago, Ediciones DER, 2018, pp. 105 ss.

do⁸, pues ya en la segunda mitad del siglo XIX, en Alemania, los redactores del Código Civil alemán asignaron un rol a la conducta del acreedor, identificando cargas y deberes de conducta. En Italia, sobre la forma del Derecho romano y siguiendo también a las tendencias alemanas, durante la primera mitad del s. XX los autores italianos pusieron a su vez acento en la conducta del acreedor y en los deberes y cargas que le conciernen, ideas que se verían luego reflejadas en el Código Civil italiano de 1942. A nivel latinoamericano, en esta línea de pensamiento debe destacarse la obra del brasileño Clovis Couto da Silva, que en 1964 escribió su tesis “La obligación como proceso”⁹, donde, inspirándose en la doctrina alemana, destaca que el objetivo principal de la obligación es la satisfacción del interés del acreedor, pero que éste también está sujeto a deberes y cargas¹⁰. No está de más destacar que tal forma de concebir el derecho contractual, y más específicamente la relación obligacional, se encuentra recogida en los instrumentos de unificación y armonización del Derecho privado, los cuales dan acabada cuenta de lo que vengo diciendo, ya sea de manera expresa, o bien subentendida en las soluciones prácticas que contienen. En este sentido, como un aspecto sobresaliente, cabe mencionar las disposiciones de los artículos 38 y 39 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería (CISG), que imponen al comprador cargas de examen de las mercaderías y de aviso de la falta de conformidad dentro de un plazo razonable¹¹, como requisito previo al

⁸ La obra de consulta obligada en este tema es CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil*, Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1988.

⁹ Se trata de la tesis presentada para acceder al título de profesor universitario (libre-docencia), que todavía es exigida en Brasil.

¹⁰ DO COUTO E SILVA, Clóvis, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006, pp. 97 y ss.

¹¹ “La expresión falta de conformidad que emplea la CV es un concepto genérico y abstracto que encierra, fuera del cumplimiento defectuoso o imperfecto, otros supuestos recogidos por los sistemas de derecho interno bajo distintas denominaciones y que –a diferencia de lo que acontece en la CV– no necesariamente consisten en incumplimiento del contrato y con unos efectos diversos. Entre las figuras que aglutina la falta de conformidad se encuentra el incumplimiento imperfecto, los vicios redhibitorios, el error en las cualidades de la cosa y el *aliud pro alio*”. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006, p. 55.

ejercicio de los mecanismos de tutela, o remedios, derivados de la falta de conformidad. Como se observa, se trata de una carga de suma importancia, toda vez que su inobservancia excluye que el comprador pueda invocar la falta de conformidad a través del ejercicio de alguno de los remedios previstos en la Convención, quedando igualmente obligado a pagar el precio prometido¹². Cargas de ese tipo son asiduamente recogidas no sólo en la CISG, sino en todos los instrumentos de unificación y armonización del derecho¹³.

Descrito el panorama general, en lo sucesivo me concentraré en las cargas y deberes del acreedor en el Derecho chileno, enfatizando en dos cargas que tienen un especial efecto calibrador del equilibrio contractual: (i) la carga de información del propósito práctico del contrato y (ii) la carga de evitar o mitigar las pérdidas.

II. CARGAS Y DEBERES DEL ACREEDOR IDENTIFICABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Aunque no fue teorizada sino hasta mediados del s. XX, la idea de que el acreedor está sujeto a deberes y cargas que forman parte de la relación obligatoria mirada en su complejidad se encuentra presente ya en el Derecho romano¹⁴, de ahí que no resulte extraño que el Código de Bello, fiel a la tradición romanista que lo inspira, imponga también al acreedor deberes y

¹² Sobre el particular, *vid.* VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Efectos particulares de la falta de conformidad de las mercaderías en la compraventa internacional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI (2005), pp. 559-593; VIDAL, *La protección del comprador...* cit. (n. 11), pp. 55 y ss.; OVIEDO ALBÁN, Jorge, “La protección del comprador por la falta de conformidad material en la compraventa internacional”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 26, 2014, pp. 219-253.

¹³ Para un panorama general sobre el asunto, *vid.* NEUMANN, Thomas, *The Duty to Cooperate in International Sales*, Munich, Selp, 2012; PRADO, P. *La colaboración del acreedor...*, cit. (n. 7), pp. 47 y ss.

¹⁴ Para algunas referencias sobre este tema, me remito a lo dicho en SAN MARTÍN, L., *La carga del perjudicado...*, cit. (n. 7), pp. 63 y ss.; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. “El deber de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas”, en Adame Godard, Jorge, y Heredia Vásquez, Horacio (eds.), *Estudios latinoamericanos de Derecho romano*, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 447-465.

cargas, especialmente lo que podemos llamar “cargas de diligencia”¹⁵. En efecto, en la regulación de los contratos en particular, es posible identificar una serie de normas en tal sentido, como, por ejemplo, (i) el artículo 2365, sobre la carga que se impone al acreedor cuyo crédito ha sido afianzado relativa a la excusión de los bienes del deudor; (ii) el artículo 1843, que impone al comprador la carga de citar al vendedor al juicio de evicción, y (iii) el artículo 1858, que, aunque de manera indirecta, impone al comprador la carga de revisión de la cosa en relación con los vicios redhibitorios. A estas normas del Código Civil cabe agregar una serie de normas contenidas en el Código de Comercio y otras leyes especiales. Así, en el Código de Comercio cabe destacar el artículo 556, relativo a la carga de salvataje del asegurado¹⁶, y el artículo 198 relativo a la carga del transportista de procurarse un contrato de reemplazo a fin de obtener pago del porte estipulado. En la misma línea cabe destacar también algunos artículos de la Ley N° 19.496, que, aunque les llama “deber”, impone importantes cargas a los consumidores; así, el artículo 3° letra b) establece la carga de informarse, mientras que el artículo 3° letra d) fija la carga de “evitar los riesgos que puedan afectarles”. En todas estas disposiciones, es posible advertir que el acreedor está llamado a observar una determinada conducta so pena de perder la posibilidad de invocar el o los derechos que en relación con la respectiva institución le asisten; son, por tanto, cargas del acreedor¹⁷.

Amén de esa normativa, que expresamente alude a conductas jurídicamente necesarias del acreedor, es posible sostener que, en el ordenamiento chileno, en particular en el Código Civil, subyacen algunas cargas que guardan estrecha analogía con las recién expuestas y, en cuanto tales, son también cargas de diligencia dirigidas a posibilitar el ejercicio de uno o

¹⁵ De “carga de diligencia” habla también Díez-Picazo, quien pone como ejemplo precisamente la carga del acreedor en la excusión de los bienes del deudor, artículo 1833 del Código Civil español (artículo 2365 del Código Civil chileno). *Vid.* DÍEZ-PICAZO, Luis, “El contenido de la relación obligatoria”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, 1964, p. 358.

¹⁶ En el derecho de seguros, el asegurado está llamado a observar una serie de conductas, algunas de las cuales son justamente cargas; *vid.* LAGOS, O., “Las cargas...” cit. (n. 7); AEDO, C., “La naturaleza...” cit. (n. 7), pp. 51-96; VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *El contrato de seguro. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 228 y ss.

¹⁷ Para un análisis de las normas del Código Civil y de Comercio recién citadas, en clave de cargas de diligencia del acreedor, *vid.* SAN MARTÍN, L., *La carga del perjudicado...*, cit. (n. 7), pp. 329 y ss.

más derechos conferidos por el ordenamiento¹⁸. En tal sentido, pueden citarse: (i) la carga de información de los riesgos asociados a la propia actividad o, dicho en otros términos, al propósito práctico que persigue con la celebración del contrato; (ii) la carga de colaboración en la ejecución de la prestación, que en algunos casos puede transformarse en un verdadero deber de colaboración; (iii) de manera genérica, puede hablarse una carga de gestión razonable de los efectos del incumplimiento, que, a su vez, puede ser desglosada en: a) carga de información de los defectos de la prestación; b) carga de elección del remedio menos gravoso para el deudor; c) la carga de evitación o mitigación de las pérdidas. En la misma línea, cabe destacar que la doctrina aboga por la configuración de un derecho del deudor a subsanar los defectos del incumplimiento; de aceptarse este derecho, habría que aceptar que el acreedor tiene la carga de aceptar dicha subsanación, en el sentido de que su negativa le privaría de la posibilidad de ejercer de manera plena los remedios por el incumplimiento¹⁹.

Entre los deberes, cabe mencionar (i) el deber de colaboración en la ejecución de la prestación en aquellos casos en que no se trata de una simple carga, y (ii) los deberes de protección o seguridad en favor de la persona y patrimonio del deudor. En ambos casos, el acreedor debe proteger y preservar los intereses del deudor involucrados en la relación obligatoria, lo que implica que puede incluso ser obligado a indemnizar los perjuicios derivados de la lesión a tales intereses.

III. LAS CARGAS DE INFORMACIÓN Y MITIGACIÓN COMO CALIBRADORES DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES

Entrando en el detalle de estas cargas y deberes, me interesa destacar aquí dos cargas que tienen especial efecto calibrador de los riesgos y, por ende, del equilibrio contractual: (i) la carga de información del propósito práctico en sede precontractual y (ii) la carga de evitar o mitigar las pérdidas. Como se verá, ambas cargas miran a que la posición del deudor no se

¹⁸ Para todas ellas me remito a la doctrina citada *supra*, nota 7.

¹⁹ El acreedor tendría sólo la posibilidad de invocar los remedios compatibles con la subsanación, como, por ejemplo, la disminución del precio o la indemnización por el retardo. Sobre la posibilidad de adoptar este derecho del deudor en el Chile, *vid.* CONTARDO, J., *El derecho del deudor...*, cit. (n. 7), pp. 153-194.

vea agravada en caso de que el programa contractual sufra contratiempos cuyos riesgos él debe soportar, permitiendo así la conservación del equilibrio originario o genético del contrato.

1. La carga de información del propósito práctico del contrato

Tal como dije al inicio, el contrato, en cuanto instrumento de planificación, funciona como mecanismo de distribución de riesgos: cada parte asume el riesgo del incumplimiento imputable de su propia prestación, así como asume el riesgo de que sus decisiones contractuales no sean finalmente las más acertadas para sus propios intereses. En este contexto se instala la idea de que cada parte tiene la carga de “incorporar” al contrato aquello que le interesa que quede cubierto por las disposiciones contractuales²⁰. En efecto, el contrato, *per se*, no es un mecanismo de seguro a todo evento, que deja a las partes al cubierto por cualquier riesgo, sólo cubre aquello que forma parte del llamado “ámbito de protección” del contrato, en cuya configuración tiene fundamental importancia la información que recíprocamente se proporcionen los contratantes. A su vez, esta información es de primordial importancia cuando se trata de poner a la otra parte en conocimiento de aspectos que no conoce, ni está en posición de conocer, por tratarse de cuestiones que atingen a intereses propios de carácter privado, o bien relativos a un giro particular de negocios; de ahí que en tales casos se configure una “carga de información”, es decir, la parte interesada en que sus intereses privados o particulares formen parte del contrato debe ponerlos en conocimiento de la otra, solo así logrará incorporarlos al contenido contractual. Esto significa que las partes deben comunicarse cuál es el destino que darán a la prestación. En otras palabras, deben informar acerca de sus intereses y los motivos que las llevan a contratar; es decir, el propósito práctico que persiguen con la celebración del contrato, pues de esa manera traspasarán el riesgo de la frustración de dicho propósito a su contraparte. En el Código de Bello, esta idea se refleja en dos reglas que constituyen, por lo demás, dos pilares del derecho contractual chileno, el

²⁰ Emilio Betti llamaba a esta idea “cargas de sagacidad” (*oneri di avvedutezza*); *vid.* BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpresión corregida de la 2ª edición por Giuliano Crifó, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 109.

artículo 1454 inc. final, relativo al error accidental, y el artículo 1558, en la parte relativa a la previsibilidad del daño.

En efecto, según las reglas del Código de Bello, el error es accidental cuando recae sobre una calidad no esencial (calidad accidental) de la cosa objeto del contrato. Según estas mismas reglas, el riesgo de este error recae exclusivamente sobre quien lo ha padecido, pues él no vicia el consentimiento y, por consiguiente, no puede traspasarse a la contraparte solicitando la nulidad del contrato²¹. Sin embargo, esa regla admite una excepción, el error accidental sí vicia el consentimiento cuando esa calidad accidental es el motivo principal de una de las partes para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte. El conocimiento por parte del cocontratante del motivo que lleva a la celebración del contrato (y que ahora llamamos propósito práctico), es lo que determina que ese motivo forme parte del ámbito de protección del contrato, al punto que es posible

²¹ En efecto, mirado desde la distribución de riesgos, la regla básica detrás de la disciplina de la nulidad fundada en el error es “¿quién debe soportar el riesgo de la ignorancia o desconocimiento?”. En la medida en que ese riesgo recaiga en quien lo ha padecido, quedará él obligado a respetar el contrato; al contrario, si recae en la contraparte, podrá demandarse la nulidad del contrato. Visto de esa manera, resultan plenamente justificadas algunas exigencias impuestas por la doctrina y algunos ordenamientos extranjeros, como son la excusabilidad, en el caso francés, y la *riconoscibilità*, en el caso italiano. Sobre el error como mecanismo de distribución de riesgos, pueden verse los trabajos de DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “Libertad y seguridad: el tratamiento del error en los principios de derecho contractual europeo”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3, 2007, pp. 495-515; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “La distribución de riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVII, 2011, pp. 115-135; LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, 2015, pp. 133 y ss.; MORALES MORENO, Antonio-Manuel, “Error en la declaración, interpretación y responsabilidad *in contrahendo*”, en Schopf Olea, Adrián; Marín González, Juan Carlos (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago: Thomson Reuters, 2017, pp. 456-488; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “La naturaleza recíproca del problema: a propósito de la excusabilidad del error”, en Schopf Olea, Adrián; Marín González, Juan Carlos (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago, Thomson Reuters, 2017, pp. 489-519; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 101 y ss.

desentenderse del mismo, mediante el drástico remedio de la nulidad, fundado precisamente en su frustración.

Mi punto en esta cuestión es cómo llega la contraparte a obtener ese conocimiento. El Código Civil no exige que sea a través de la información que el interesado le transmite, por lo cual debemos recurrir a las reglas generales de integración del contrato, que tienen como regla rectora al artículo 1546 C.C., según el cual los contratos obligan a todo lo emana “de la naturaleza de la obligación”²². Así, una primera fuente de conocimiento estará dada justamente por la prestación, pero a ello es posible agregar otros elementos, como la profesión u oficio de las partes y, en general, todo aquello que permita sostener que la otra parte estaba en conocimiento del destino de la prestación, esto es, de los intereses que movían a la contraparte a contratar, pues, en virtud del deber de lealtad que impone la buena fe²³, las partes están obligadas a considerar esos intereses en sus previsiones contractuales. Sin embargo, habrá casos en que estos parámetros simplemente no sean útiles, pues el destino que se dará a la prestación no se desprende de ninguno de ellos. En estos casos, la única forma que tiene la contraparte para llegar a ese conocimiento es que la otra le proporcione la información necesaria; se configura entonces una “carga de información precontractual acerca del propósito práctico del contrato”. Sólo a través de la observancia de esta carga el motivo particular que tiene la parte para contratar pasará a integrar el ámbito de protección del contrato, al punto que podrá incluso demandar la nulidad si, por haber padecido un error, dicho motivo se ha visto frustrado.

Lo dicho respecto del error accidental supone que la información atañe a elementos decisivos para la formación del consentimiento; sin embargo,

²² Según ha señalado la doctrina y reconocido la jurisprudencia, de esta norma se deriva la “construcción de la regla contractual”, indicando hasta dónde se extienden las obligaciones de las partes y, por ende, cuál es ámbito de protección del contrato. *Vid.* VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXI, 2009, pp. 209-227; DE LA MAZA, Í.; VIDAL, Á., “Cuestiones de derecho de contratos...”, cit. (n. 21), pp. 177 y ss. En jurisprudencia, expresamente en este sentido, *vid.* Corte Suprema, 16 de abril de 2013, rol N° 6840-2012.

²³ Sobre la idea de lealtad como base del principio de buena fe, que se traduce en el paradigma del “contratante leal y honesto”, *vid.* SCHOPF OLEA, Adrián, “La buena fe contractual como norma jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, 2018, pp. 109-153.

hay casos en que la información sobre el propósito práctico no es decisiva para la formación del consentimiento, pero sí es relevante para establecer el alcance del ámbito de protección el contrato, a través de la extensión del daño contractual. En efecto, dado que cada parte asume el riesgo del incumplimiento imputable de sus obligaciones, un aspecto importante a tener en cuenta a la hora de celebrar un contrato son los riesgos asociados a dicho incumplimiento; es decir, es importante conocer cuáles son los daños que puede sufrir el acreedor como consecuencia del incumplimiento. De esta manera, cada parte está en posición de adoptar decisiones tales como el valor que asignará a su propia prestación, o bien, frente a inconvenientes futuros que le impiden dar cabal cumplimiento a todas sus obligaciones, podrá decidir cuál privilegiar en atención a los efectos adversos derivados del incumplimiento de cada una, evitando así un desequilibrio sobrevenido en las prestaciones.

Ahora bien, al igual que en el caso del error accidental, el conocimiento de los daños asociados al incumplimiento implica, a su vez, el conocimiento del destino económico de la prestación, esto es, el propósito práctico perseguido por la contraparte a la hora de contratar, pues de esta manera los posibles daños relacionados con la frustración de dicho propósito se tornan, en lenguaje del Código, *previsibles* para el deudor. En efecto, una reconstrucción en clave histórica de la norma permite afirmar que ese es justamente el trasfondo de la regla de la previsibilidad del daño contenida en el artículo 1558 C.C., toda vez que ella fue tomada de Pothier, para quien el daño era previsible cuando se trataba de un “riesgo conocido aceptado” por el deudor. A esta cuestión me referido latamente en más de una oportunidad²⁴, por lo que en esta sede sólo me limitaré a señalar que,

²⁴ Vid. SAN MARTÍN, L., “La carga del perjudicado...”, cit. (n. 7), pp. 133 y ss.; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., “La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño”, en Varas, Juan Andrés, y Turner, Susan (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago: La Ley, Thomson Reuters, 2014, pp. 649-668; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., “Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual”, en Marín, Juan Carlos, y Schopf Olea, Adrián, *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago: Thomson Reuters, 2017, pp. 587-614. Para la recepción de estas ideas en la doctrina nacional reciente, vid. CÁRDENAS, H.; REVECO, R., “Remedios contractuales...”, cit. (n. 2), p. 410; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “Previsibilidad y causalidad”, en Bahamondes Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor; Pizarro Wilson, Carlos (eds.), *Estudios de Derecho Civil*, XIII, Santiago: Thomson Reuters, 2018, p. 644; DE LA MAZA, Í.; VIDAL, Á., “Cuestiones de derecho de contratos...”, cit. (n. 21), p. 636.

así vistas las cosas, la limitación de la indemnización a los daños previstos o previsibles está en plena sintonía con el llamado nuevo derecho de la contratación, el cual, por una parte, pone al centro del contrato la idea de propósito práctico e interés del acreedor y, por la otra, persigue una equitativa distribución de riesgos y beneficios entre las partes²⁵, lo que se logra justamente permitiendo que cada parte adopte decisiones informada acerca de los riesgos que deberá soportar.

Establecido que la previsibilidad del daño se relaciona con el conocimiento del deudor acerca del destino de la prestación, surge nuevamente la pregunta cómo llega el deudor a conocer tal destino, cómo sabe el deudor cuál es el propósito práctico del acreedor, y la respuesta es idéntica a la del caso del error accidental; es decir, podrá llegarse a través de cualquier medio idóneo que, conforme a la buena fe, permita sostener el conocimiento por parte del deudor, pero habrá casos en que la única forma en que el deudor puede llegar a este conocimiento es a través de la información que le proporcione el propio acreedor. En este tipo de casos, se configura una carga de información precontractual, cuya observancia implica trasladar el riesgo de los daños derivados del incumplimiento desde el contratante que está sujeto a ellos al otro contratante. Así las cosas, en caso de incumplimiento, en la medida en que haya observado su carga de información, el acreedor insatisfecho tendrá derecho a exigir la indemnización de todos los daños derivados de la frustración del propósito que perseguía con la celebración del contrato; en caso contrario, carecerá del derecho a obtener tal indemnización, pues el daño será “imprevisible” para el deudor.

Lo que vengo diciendo puede ser graficado con el famoso caso “Zorin con Huachipato”²⁶. Este caso trata de la compraventa de rodillos de

²⁵ Sobre la equitativa distribución de riesgos y beneficios, baste pensar que la moderna doctrina chilena ha llegado a sostener que, en virtud de la “justicia contractual”, es dable extender los mecanismos concebidos por el código para asegurar el equilibrio, tales como la reducción del precio y la lesión enorme, a hipótesis para las cuales no han sido explícitamente contempladas. Sobre el particular, *vid.* PRADO LÓPEZ, Pamela “La rebaja del precio como remedio contractual en el derecho chileno”, en Domínguez Vidal, Carmen *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, 2013, pp. 369-383; LÓPEZ, P., “El principio de equilibrio contractual...”, *cit.* (n. 21), pp. 115-181.

²⁶ La doctrina chilena, particularmente Vidal, ha dedicado especial atención a este caso; comentarios al respecto pueden verse en: VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La indemnización de daños por incumplimiento y estar “*contractualmente obligado*”, en Turner, Susan; Varas,

laminación en desuso –es decir, chatarra–, adquirida con el propósito de revenderlos a una empresa estadounidense para extraer el níquel supuestamente contenido en ellos y que, finalmente, no estaba presente. Entre sus múltiples aristas, se discutió si la concentración de níquel supuestamente contenida en los rodillos formaba parte del contrato. Al respecto, Zorin afirma: “Que el valor en sí mismo de los rodillos radica, precisamente, en la pureza y riqueza de los componentes químicos de los cuales estaban hechos y no en la posibilidad de poder seguir utilizándolos como rodillos, puesto que, por el desgaste, ya no estaban aptos ni para su refacción ni para su uso propiamente tal como rodillos, lo anterior explicaría el hecho de que no obstante venderse como desechos, el precio de los mismos sea altísimo”²⁷. Por su parte, Huachipato afirmaba que no, que “el objeto del contrato de compraventa mercantil fue de 1.500 rodillos de laminación en desuso y que serían entregados en el estado en que ellos se encontraban en el momento de realizarse la tradición de los mismos”²⁸. Sin embargo, quedó acreditado en autos que Zorin había expresamente preguntado por la composición química de los rodillos y que ella fue informada de manera errónea; se informó la composición de rodillos nuevos, no en desuso²⁹.

Esos son los hechos, veamos ahora cómo encajan en lo que venía diciendo. Lo que Zorin compra a Huachipato, en estricto rigor, es chatarra, que como tal no tiene un destino predeterminado. Mirándolo objetivamente, la concentración de níquel era un elemento accidental, que sólo podía entrar en el ámbito de protección del negocio a través del conocimiento que Huachipato tenía del propósito práctico perseguido por Zorin y dicho conocimiento se comprobó, pues Zorin preguntó expresamente por la concentración de níquel que tenían los rodillos; además, el giro de Zorin

Juan Andrés (coords.), *Estudios de derecho civil IX*, Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, 2014, pp. 710-742; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo; VIDAL OLIVARES, Álvaro; MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 3, 2014, pp. 115-1178; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo; VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres sentencias de la Corte Suprema”, en *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 1 (2014), pp. 15-38.

²⁷ Vid sentencia de primera instancia, 5° Juzgado Civil de Santiago, C-20400-2008.

²⁸ Vid sentencia de primera instancia, 5° Juzgado Civil de Santiago, C-20400-2008.

²⁹ Vid sentencia de primera instancia, 5° Juzgado Civil de Santiago, C-20400-2008.

es la “compra y venta de metales”. Sumando ambos elementos, queda claramente en evidencia, por una parte, que el motivo principal de Zorin para contratar era la concentración de níquel y, por otra, que pretendía comercializar los rodillos con empresas interesadas en esta característica.

Dejando de lado el problema de la acción intentada, que ha sido la principal preocupación de la doctrina en torno a este caso³⁰, en esta sede me interesa destacar cómo la conducta de Zorin, que expresamente pregunta por la concentración de níquel, fue lo que permitió que un aspecto particular de su giro de negocios, que de otra forma Huachipato no tenía cómo llegar a conocer, entrara en el ámbito de protección del contrato, permitiendo así que se acogiera la demanda, incluyendo en la sentencia el lucro cesante derivado de la venta frustrada de los rodillos. Si Zorin simplemente hubiera comprado los rodillos, sin advertir de su particular exigencia, nada habría podido reclamar a Huachipato.

Todo lo dicho queda perfectamente resumido en el considerando decimotercero de la sentencia de reemplazo, que al efecto señala:

“Respecto del rubro que se ha demandado por lucro cesante, se ha acreditado sólo parcialmente, con la carta de crédito acompañada a fs. 9 de autos, no objetada, y con los antecedentes que obran en la carpeta de investigación RIT N° 2810-2008, RUC N° 0810015540-1, agregada al proceso, de los cuales se puede concluir que efectivamente la demandante vio frustrado un negocio de venta de rodillos con la empresa Triorient INC, de los Estados Unidos de Norteamérica, por un total de facturación de US \$ 330.000. Este negocio no prosperó, porque los rodillos en cuestión carecían de la composición de Níquel requerido por la compañía norteamericana. De acuerdo con estos antecedentes, y con la declaración del demandante en su escrito de demanda, la utilidad que debía arrojar este negocio a la fecha de presentación de la demanda era de \$ 114.400.000, monto que estima perfectamente como beneficio o utilidad del negocio y, por lo mismo, se concederá una indemnización por este rubro, más

³⁰ El caso es famoso porque es un ejemplo de acogida la acción indemnizatoria por vía autónoma en obligaciones de dar, aunque también llama la atención el hecho de que se haya intentado una acción de indemnización y no de nulidad, atendido que claramente se configura, a lo menos, un caso de error accidental (si no de dolo, como también sostuvo la demandante), lo que evidencia la concurrencia de acciones que puede darse entre la tutela precontractual y contractual en nuestro medio. Sobre el particular, *vid.* LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, “Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento contractual”, en *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 1, 2018, pp. 243-292.

los reajustes e intereses corrientes para operaciones no reajustables, desde el día de presentación de la demanda hasta el día de pago efectivo. La frustración de un negocio de esta naturaleza parecía perfectamente previsible, al tiempo de celebrar el contrato, para los efectos del artículo 1558 del Código Civil, pues, era natural que la empresa compradora quisiera revender el material de chatarra que estaba adquiriendo. No hay prueba en el proceso que permita concluir que se hayan producido otros daños por estos conceptos”³¹.

En resumen, la carga de información relativa a la finalidad de la prestación permite trasladar el riesgo desde el acreedor al deudor de la misma, pues, como se aprecia en el caso recién reseñado, si el deudor no tiene dicho conocimiento, el riesgo lo soporta directamente el acreedor, en cuanto carece de derecho a ser indemnizado en esa partida, a través del requisito de previsibilidad del daño. Se trata, por tanto, un mecanismo de tutela del equilibrio contractual, pues permite contener la cuantía de la indemnización dentro de los riesgos tenidos en cuenta al tiempo de contratar, es decir, al momento de asignar valor a la propia prestación.

2. La carga de mitigar las pérdidas

Otra carga que en los hechos funciona como mecanismo de equilibrio contractual es la de mitigar o evitar las pérdidas. En este caso, el punto es que frente al incumplimiento de la obligación el acreedor tiene dos caminos: dejar que las cosas sigan su curso limitándose a solicitar la indemnización de todos los daños sufridos, o bien activarse para aminorar las consecuencias nocivas del incumplimiento, mitigando las pérdidas, evitando así que el deudor asuma pérdidas que han podido evitarse. La opción por la segunda alternativa, esto es, que el acreedor debe activarse a fin de mitigar las pérdidas, so pena que no tendrá derecho a la indemnización de los daños que hubiera podido evitar, se encuentra expresamente consagrada en numerosos ordenamientos jurídicos internos, así como en los instrumentos de unificación y armonización del derecho privado³². En Chile, en lo que

³¹ Cfr. Corte Suprema, 31 de octubre de 2012, rol N° 3325-12, considerando 18°, sentencia de reemplazo.

³² Vid. BGB (1900) §254; Código de las Obligaciones suizo (1911), artículo 44; *Codice civile* (1942), artículo 1227; Código Civil boliviano (1975), artículo 348; Código Civil peruano (1984), artículo 1327; Código Civil holandés (1992), artículo 6:101; Código de Quebec (1994), artículo 1479; Código Civil y Comercial argentino (2015), artículo 1710; Principios

atañe al derecho interno, no tenemos una norma expresa que se refiera a esta carga, aunque la doctrina ha demostrado con buenos argumentos históricos y dogmáticos que ella forma parte de nuestro ordenamiento³³.

Sin entrar en detalles sobre el particular, para lo cual me permito remitirme a trabajos previos³⁴, en esta sede me interesa destacar dos cosas: (i) que esta carga funciona como un mecanismo de equilibrio contractual y (ii) que ella tiene una incipiente recepción jurisprudencial en nuestro medio.

En cuanto a lo primero, la carga de evitar o mitigar los daños efectivamente funciona como un mecanismo de equilibrio contractual, en la medida que permite a aquella de las partes que está en mejor posición para gestionar la situación, esto es el acreedor, contener los daños, impidiendo que el deudor vea innecesariamente agravados los costos del incumplimiento y, por ende, que evita que se produzca un desequilibrio sobreviniente, pero, al mismo tiempo, dado que los costos de mitigación son en definitiva soportados por el deudor, tampoco grava al acreedor con la necesidad de soportar costos destinados a contener una situación de daños generada por su deudor, que es lo que ocurre cuando se desconoce la necesidad que tiene el acreedor de comportarse diligentemente para mitigar los daños. De esta manera, se resguarda el equilibrio contractual asignando a cada parte el riesgo que está en grado manejar: al deudor se le asigna el riesgo del incumplimiento imputable de la prestación, mientras que al acreedor se le asigna el riesgo de gestionar razonablemente sus propios asuntos, a fin de que los daños no se extiendan innecesariamente.

En cuanto a lo segundo, esto es, el reconocimiento incipiente de la carga en nuestro medio, esto se refleja en el reconocimiento que la jurisprudencia hace del derecho del acreedor a recuperar del deudor los costos de la mitigación, los que se incluyen en la partida daño emergente. En efecto, una de las consecuencias de la carga es precisamente que el costo de mi-

Unidroit, artículo 7.4.8; PECL, artículo 9.505; CISG, artículo 77; DCFR, artículo III.-3:705; PLDC, artículo 109.

³³ Sobre el particular, me remito a lo dicho y a la bibliografía contenida en SAN MARTÍN L., *La carga...*, cit. (n. 7), *passim*; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. “La carga de evitar o mitigar el daño: antecedentes históricos y justificación”, en Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo, *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 685-724.

³⁴ Ídem.

tigación lo asume el deudor, siempre que se trate de un gasto y medida razonable³⁵. Al efecto quiero reseñar dos casos ejemplificadores de lo que vengo diciendo.

El primero es el caso *Bogaris Agriculture Chile S.A. con Vial Budgee Cristián*³⁶, a propósito de un caso de vicios redhibitorios en que el comprador demandaba, entre otras cosas, el reembolso de los gastos en que había incurrido al verse en la necesidad de arrancar y replantar un olivar que formaba expresamente parte del contrato, y cuya plantación había sido incorrectamente llevada a cabo por el vendedor, pues a las plantas se les dejó la bolsa plástica con que venía del vivero. Aunque el demandante no alude al cumplimiento de su carga de mitigación, de sus dichos, resumidos en la sentencia de primera de instancia, se desprende claramente que esto fue justamente lo que inspiró su actuar. Al efecto, textualmente se lee:

“Indica la demandante que, dadas las condiciones y atendido que don Cristián Vial Budge no sugirió ninguna alternativa razonable para superar el grave problema que afectaba a la plantación del sector Olivos 3, Bogaris procedió a seguir arrancando y plantando nuevamente todo el sector, asumiendo todos y cada uno de los costos que ello significaba, con el fin de comenzar a explotar normalmente el terreno comprado y de evitar que los perjuicios que se derivan del hecho de mantener plantaciones que a la larga resultarían improductivas, no siguieran aumentando (sic)”³⁷ (el destacado es mío).

El vendedor alegaba que tales costos no le eran imputables, pues eran producto de la decisión del comprador. Sin embargo, el tribunal de primera instancia, en sentencia confirmada en apelación y casación, ordenó al vendedor el pago de tales gastos. Si bien el tribunal tampoco menciona la carga de evitar los daños, bien vistas las cosas, atendidos (i) las graves malformaciones que la incorrecta plantación había ocasionado en los árboles, (ii) el fin para el cual había sido adquirido el predio y (iii) los años de productividad de los olivos, la decisión de arrancar los árboles originarios y reemplazarlos por plantas sanas es una medida razonable y económicamente eficiente, que tiene como finalidad contener los efectos de los vicios de la plantación y, por tanto, su costo debe ser traspasado al

³⁵ Sobre el particular, *vid.* SAN MARTÍN L., “La carga...”, cit. (n. 7), pp. 392 y ss.

³⁶ Corte Suprema, 13 de abril de 2015, rol N° 23448-2014.

³⁷ *Cfr.* 23^{er} Juzgado Civil de Santiago, 10 de octubre de 2012, rol N° C-666-2009.

deudor, conforme a las reglas de la evitación o mitigación de daños, tal y como resolvió el tribunal.

El segundo caso es *Codelco con Araneda Brain*³⁸ y trata de un contrato de construcción³⁹. El contratista construyó el conjunto habitacional encargado por el mandante con filtraciones en las ventanas de los baños. El mandante, luego de encargar un informe de perito que constató el defecto, solicitó a un tercero que se hiciera cargo de reparar tales defectos y luego, entre otras cosas, demandó en sede arbitral el reembolso de tales gastos. Frente al alegato del demandado que tal reembolso no era procedente, pues debió haberse recurrido al mecanismo del artículo 2002 y designar de común acuerdo un perito, el tribunal arbitral sostuvo:

“Tampoco existe una infracción al inciso segundo del artículo 2002 del Código Civil; pues, no es razonable ni necesario que quienes encargan una obra que es construida defectuosamente esperen hasta el fin de la controversia para repararla, sobre todo cuando se trata de viviendas que están siendo habitadas por sus dueños. Esa exigencia no se deriva en ningún caso del sentido literal ni teleológico del inciso segundo del artículo 2002. Incluso, fueron las mismas partes las que en la cláusula 11 de las Bases Administrativas Generales (Docs. N°s. 116 y 117) previeron la facultad de que Codelco encargase la reparación de las viviendas a un tercero y luego repitiera su costo en contra de Araneda Brain. Este es precisamente el juicio arbitral que tiene por objeto decidir si los perjuicios que alega haber sufrido Codelco por costear las reparaciones le deben ser indemnizados, en caso de considerarse fundada su alegación de que las viviendas fueron construidas defectuosamente. En efecto, en casos de disputas acerca de defectos de construcción, la medida de los daños que se demandan generalmente está dada por el costo de las reparaciones Furst, Stephen y Ramsey, Vivian. *Keating on Contracts*. 9ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2012, p. 341 (...)”⁴⁰.

³⁸ Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, rol N° 32960-2014.

³⁹ En el contexto del contrato de construcción, como ha señalado la doctrina, las partes están sujetas a numerosas cargas, cuyo efecto es precisamente que “no son exigibles para el deudor. Su incumplimiento no engendra responsabilidad para el acreedor; pero libera de responsabilidad al deudor, temporal o definitivamente, porque impide la exigibilidad del derecho que pertenece exclusivamente al acreedor”. Cfr. RODRÍGUEZ, M., “Cargas de colaboración...”, cit. (n. 7), p. 36.

⁴⁰ Cfr., p. 30 de la sentencia arbitral. El caso arbitral es “Corporación Nacional del Cobre de Chile, Codelco Chile, División Codelco Norte con Consorcio Constructora Araneda Brain

Cabe señalar que este caso fue finalmente zanjado por la Corte Suprema, pues el demandado recurrió primero de apelación y finalmente de casación en la forma y en el fondo, confirmándose en ambos casos la decisión arbitral.

Lo aquí resuelto es relevante, pues, efectivamente, si el mandante tiene que esperar hasta el final del juicio para reparar los defectos de construcción, es perfectamente posible que termine por agravar la situación, extendiendo los perjuicios a daños que podían evitarse, como daños en el mobiliario que guarnece los inmuebles e incluso a la salud de sus habitantes. De ahí que, como bien explican los autores ingleses citados en la sentencia arbitral, la principal partida a discutir en un juicio de construcción sean las reparaciones, las cuales, por aplicación de la carga de mitigar las pérdidas, el mandante está llamado a realizar, pues carece de derecho a exigir una indemnización por aquellos daños que hubiera podido evitar⁴¹.

IV. CONCLUSIONES

De las reflexiones aquí presentadas, puedo concluir, en primer lugar, que, frente al auge que han tenido el propósito práctico y el interés del acreedor en el llamado nuevo derecho de la contratación, las cargas y deberes del acreedor son fundamentales para mantener la simetría de la relación contractual; en segundo lugar, que la doctrina nacional está plenamente consciente de esta necesidad y, consecuentemente, ha dedicado valiosos esfuerzos a poner en evidencia el hecho de que el acreedor también está sujeto a las exigencias de la buena fe contractual, en lo que dice relación con la protección de los intereses del deudor, y a las exigencias de la diligencia consigo mismo, que se traducen en una serie de cargas que van desde la negociación del contrato, hasta su ejecución e incluso después de la extinción de las obligaciones principales, todas las cuales tienen como consecuencia que su inobservancia le priva total o parcialmente de la posibilidad de invocar un derecho o beneficio.

Chile Ltda.”, seguido ante el juez árbitro mixto, señor Enrique Barros Bourie, resuelto por sentencia de 10 de enero de 2014, que se lee a fojas 1156 y siguientes del cuaderno principal.

⁴¹ Sobre la regla de la mitigación de daños y su amplia acogida en el derecho inglés, *vid.* BURROWS, Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 122 y ss.; MCGREGOR, Harvey, *McGregor on Damages*, 19ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2014, pp. 249 y ss.

En ese contexto, es posible identificar dos cargas cuya consecuencia práctica es fundamentalmente servir de calibrador del equilibrio contractual, como son la carga precontractual de información del propósito práctico del contrato y la carga de evitar o mitigar las pérdidas. La primera permite a la contraparte comprender adecuadamente los riesgos que asume al celebrar el contrato y, por consiguiente, prever los daños que deberá indemnizar a su acreedor en caso de incumplimiento. La segunda permite contener los daños dentro de un margen razonable y previsible, evitando que el deudor incumplidor deba soportar costos innecesarios derivados de la inercia, negligencia o imprudencia del acreedor, que es quien está en la mejor posición para contener la situación de daño. Empero, esto no significa desconocer que el riesgo del incumplimiento imputable es siempre del deudor, con lo cual los costos de las medidas de mitigación son traspasados al deudor, quien debe asumirlos como parte de la indemnización del daño emergente soportado por el acreedor, guardando así una correcta distribución de los riesgos del contrato.

Finalmente, es posible concluir que las cargas de información y mitigación así descritas, en mayor o menor medida, han tenido un positivo reconocimiento jurisprudencial que se refleja en algunos casos resueltos por la Corte Suprema, los cuales dejan en evidencia, por un lado, la necesidad de que el deudor conozca los riesgos a que se enfrenta el acreedor para que la frustración de su propósito práctico dé lugar a indemnización de perjuicios y, por otro lado, que los costos asociados a las conductas de mitigación adoptadas por el acreedor, en cuanto sean razonables, deben ser asumidos por el deudor.