

## OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

**Alejandra Aguad Deik**

Profesora de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

**Carlos Pizarro Wilson**

Profesor de Derecho Civil, Universidad Diego Portales  
Instructor Universidad de Chile

### OBLIGACIONES

---

LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, LA *EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS* Y LAS CLÁUSULAS EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE BUENA FE. (CORTE SUPREMA, 31 DE MARZO DE 2003, EN LEXISNEXIS N° 26369).

La sentencia de casación que ahora comentamos se pronuncia, entre otras cosas, respecto del alcance de la excepción de contrato no cumplido en función de la aptitud que dicha excepción tiene para enervar la acción resolutoria. En su razonamiento, distingue entre las obligaciones principales que el contrato impone a los contratantes y las obligaciones accesorias, con el propósito de identificar lo que sería un incumplimiento grave de aquél que sólo podría calificarse como un incumplimiento menor o parcial, concluyendo que este último no tendría la virtud de enervar la acción resolutoria deducida por la actora principal. Otro aspecto que nos interesa comentar sobre este fallo de casación se refiere al sentido y alcance de una

cláusula exonerativa de responsabilidad del deudor.

Los hechos, en apretada síntesis, son los siguientes: Por instrumento de fecha 2 de marzo de 1990 la ENAMI, y la empresa Incomin S.A., celebraron un contrato de maquila de minerales oxidados de cobre, en virtud del cual la primera se obligó a suministrar a Incomin, por el plazo de ocho años, una cantidad mínima de treinta mil toneladas mensuales de cobre en bruto para su procesamiento en la cancha del salar del Carmen, provincia de Antofagasta, salvo “una depresión del sector minero”, y la segunda se obligó a someter esos minerales a un tratamiento de lixiviación e instalar una planta para realizar dicho proceso.

Frente al incumplimiento de ENAMI de abastecer a Incomin en la cantidad pactada en el contrato, esta última la demandó en juicio arbitral para que se la condenara al cumplimiento del contrato de maquila y, en subsidio, en el caso de considerarse imposible el cumplimiento del contrato, para que se declarara la resolución del mismo, condenándose, en ambos eventos, a la demandada, a la indemnización de

perjuicios que su incumplimiento le ha causado. Por su parte, ENAMI demandó reconventionalmente a Incomin, cobrándole diversas prestaciones consistentes en multas por concepto de exceso de humedad y menor ley de cobre en los productos devueltos a ENAMI, multas por atraso en dicha devolución, y el pago de servicios prestados por un cargador frontal de su propiedad.

El fallo arbitral de primera instancia rechazó la demanda principal interpuesta por Incomin en contra de ENAMI, y acogió, empero, la demanda subsidiaria, declarando resuelto dicho contrato, por no haberse cumplido por ENAMI con su obligación de suministrar treinta mil toneladas mensuales de mineral de óxido de cobre a la planta lixiviadora de propiedad de Incomin, señalando, además, que este incumplimiento fue culpable y, condenando a ENAMI a la indemnización de una serie de perjuicios que se detallan en dicha sentencia. El mismo fallo, acogiendo la demanda reconventional presentada por ENAMI en contra de Incomin S.A., compensó, hasta el monto de los valores reconocidos, la deuda mayor que, por los perjuicios indemnizatorios, correspondía a ENAMI satisfacer en su favor.

Apelada la sentencia por ambas partes, la I. Corte de Santiago, revocó el fallo arbitral, sólo en lo que se refiere a dos partidas indemnizatorias a que había sido condenada ENAMI y rebajando, además, el monto de la indemnización por la construcción de la planta maquiladora, confirmando en lo demás la sentencia recurrida. En contra de esta última sentencia, ENAMI dedujo recursos de casación en la for-

ma y en el fondo, los que fueron desestimados por nuestro máximo tribunal.

En cuanto a la casación en el fondo, y para efectos del análisis que ahora nos interesa, nos centraremos en las siguientes infracciones legales denunciadas en el recurso:

- a) Que la sentencia recurrida infringió el artículo 1.552 del *Código Civil*, pues, al haber acogido la demanda reconventional deducida en contra de Incomin, ha quedado establecida la mora de la demandada reconventional, y que para que opere la resolución por incumplimiento a que se refiere el artículo 1.489 del mismo cuerpo legal, es necesario que el deudor esté en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, supuesto que no se da cuando su cocontratante está a su turno en mora en el cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en el mismo contrato.

La Corte Suprema desestimó este capítulo de casación sobre la base de tres órdenes de argumentaciones. Sostuvo, en primer término, que la excepción de contrato no cumplido representa un medio de defensa nuevo en el transcurso del proceso, puesto que recién aparece invocándose al formularse el recurso de casación, y no se hizo valer, por quien ahora lo plantea, en la oportunidad que, para oponer las excepciones perentorias, establece el *Código de Procedimiento Civil* (consid. 41°). En segundo término, pero relacionado con lo anterior, sostuvo la Cor-

te que en la oportunidad procesal correspondiente, ENAMI optó por reclamar el incumplimiento de Incomin por medio de una demanda reconvenional, la que fue acogida por los jueces del fondo, por lo que mal podría ahora, en el contexto de un recurso de casación –que incide únicamente en cuestiones de Derecho– en reponer un argumento constitutivo de una excepción perentoria que no fue propuesta en el tiempo oportuno, y cuyos antecedentes en su momento ella misma encauzó por una vía procesal diferente (consid. 44°). Es decir, la Corte aplicó a este respecto la doctrina de los actos propios para concluir que no puede el demandante reconvenional ejercer una pretensión contradictoria con una anterior conducta jurídico-procesal que le resulta vinculante. Pero no contentándose con los fundamentos de carácter procesal antes mencionados, que habrían bastado para desestimar la infracción denunciada en el recurso, nuestro máximo tribunal analiza el fondo de la alegación deducida por ENAMI en los considerandos 45° a 48°. En ellos, la Corte sostiene que la inejecución parcial del contrato no habilita para pedir la resolución del mismo y, en este caso, para configurar lo que la doctrina denomina la excepción *non rite adimpleti contractus*, pues

“para que esta excepción resulte atendible (...) es necesario que

la inejecución atribuida al acreedor que demanda en el juicio incida en una obligación que tenga asignada una real trascendencia en el contrato” (consid. 47°).

En apoyo a esta tesis, argumenta sobre la base de la buena fe como principio rector en la ejecución de los contratos, citando al efecto a connotados autores nacionales. El fallo que comentamos es, en este aspecto, de suma importancia, pues adopta, como se ve, una tesis que ha sido de muy escasa recepción hasta ahora en la jurisprudencia nacional y que permite corregir la inequidad que se produce frente a una aplicación absoluta o irrestricta de los artículos 1.489 y 1.552 del CC, por la vía de ponderar, para el caso concreto, la importancia, entidad o gravedad del incumplimiento. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que la excepción de contrato no cumplido opera frente a cualquier incumplimiento, total o parcial, al tenor de lo dispuesto en el art. 1.552 del CC, según el cual:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo, en la forma y tiempo debidos”.

La expresión *en la forma y tiempo debidos*, es coincidente con las normas que reglan el pago como mo-

do de extinguir las obligaciones, esto es, la prestación de lo que se debe (art. 1.568) o, bien, el cumplimiento de la obligación en la forma en que fue contraída, lo que determina los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad del pago. Por su parte, el art. 1.556, hace procedente la indemnización de perjuicios ya sea por incumplimiento total, por cumplimiento tardío o por cumplimiento parcial o imperfecto, por lo que en todos estos casos, según la ley, habrá incumplimiento. Siguiendo la dogmática que considera esta excepción como un medio compulsivo de autodefensa tendiente a preservar el equilibrio funcional de la bilateralidad del contrato (Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 236), y que encuentra fundamento, entre otros, en la reciprocidad y ejecución de buena fe del contrato, creemos que la tesis correcta es aquella que impide el ejercicio de la acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido frente a inejecuciones menores que no alteran de manera importante el equilibrio económico del contrato. No debe olvidarse que la facultad contenida en el artículo 1.489 del *Código Civil* como todo derecho subjetivo, que en este caso se integra al contrato bilateral, debe ser ejercida de buena fe (art. 1.546 CC), de manera que el contratante que pretende asilarse en una inejecu-

ción parcial –como sería en este caso aquéllas que fueron objeto de la demanda reconvenzional–, para intentar por esa vía evitar la resolución de un contrato que por su propio y grave incumplimiento ha quebrantado la funcionalidad y equilibrio económico del mismo, actúa de mala fe.

Cuestión distinta, y que no es objeto del caso que tuvo que fallar la Corte en la sentencia que comentamos, es la situación que se presenta cuando ambas partes incumplen gravemente el contrato. ¿Qué sucede, en este caso, si una de ellas demanda la resolución y el otro se defiende oponiendo la excepción de contrato no cumplido? La respuesta no es sencilla. Nuestros tribunales han tenido ocasión de conocer de esta controversia principalmente frente al incumplimiento recíproco de las partes promitentes en otorgar el contrato prometido, no apreciándose un criterio uniforme en uno u otro sentido. Así, se ha sostenido, por ejemplo, que:

“por razón de simple lógica jurídica, es fuerza reiterar que su mora ha impedido la mora de la demandada, y al amparo de lo prescrito en los artículos 1551 número 1 y 1552 del Código Civil deberá rechazarse la demanda interpuesta por la Sociedad prometedora”

(Corte Suprema, 17 de julio de 2002, en LexisNexis, N° 25425).

Sin embargo, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir. Bajo este razonamiento, nuestro máximo tribunal ha sostenido, en otro fallo, que:

“(...) no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, precisamente es el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido, sin embargo no procede la indemnización de perjuicios perdida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil”.

(Corte Suprema, 4 de diciembre de 2003, en LexisNexis, N° 29114).

A nuestro juicio, la doctrina que contiene este último fallo, y que distingue la acción resolutoria de

la acción indemnizatoria, es la tesis correcta, no sólo porque es coincidente con la realidad de las cosas y se acerca más a la idea de justicia, sino porque encuentra sustento normativo en el propio *Código Civil*. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que cumplimiento o resolución e indemnización de perjuicios son acciones que van necesariamente juntas. A esa confusión contribuye la propia redacción del art. 1.489 del CC. Sin embargo, sabemos que la mora es un elemento o presupuesto necesario de la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual (artículos 1.557 y 1.538 del CC), pero no es, en cambio, un requisito para el ejercicio de la acción de cumplimiento. Así se desprende del artículo 1.537 del CC, según el cual antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal. De lo anterior se sigue que si el acreedor puede demandar el cumplimiento, sin necesidad de que el deudor esté en mora y a su turno la norma del art. 1.489 otorga al acreedor la elección de acciones (cumplimiento o resolución), forzoso es concluir que la mora tampoco es requisito de la acción resolutoria. Si eso es efectivo, entonces, la excepción del art. 1.552 no puede tener la virtud de enervar la acción resolutoria, pues lo único que aquella norma pres-

cribe es que “la mora purga la mora”. En este caso, entonces, habrá lugar a la resolución del contrato, pero no así a la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual.

- b) Otro capítulo de casación, lo hace consistir el recurrente, en que la sentencia impugnada habría incurrido en error de Derecho al “desnaturalizar el contrato de maquila” celebrado entre las partes, infringiéndose los artículos 1.560, 1.562, 1.563, 1.564, 1.547, 1.545, 1.546, 1.556, 1.557, 1.567 inciso 2° N° 4 y 1.444, todos del **Código Civil**; y artículos 2° y 3° de la ley Orgánica de ENAMI, establecida por el DFL N° 153 de 29 de febrero de 1960 y el artículo 10 N° 10 del **Código Penal**. Sostiene al efecto, que según la sentencia recurrida la culpa de ENAMI estuvo constituida por actos de imprudencia en su política tarifaria, que condujeron a la paralización de muchas faenas mineras y, por consiguiente, a la suspensión de la entrega de minerales en su poder comprador ubicado en el salar del Carmen. Agrega, que su ley orgánica le encomienda la función pública de fomentar la minería, que es de orden público económico e interés social y que la sentencia de primera instancia –confirmada por aquélla de segunda, objeto del recurso de nulidad– aceptó la existencia de la cláusula contractual que reconoce a favor de ENAMI amplia libertad para fijar las tarifas en la

adquisición de minerales oxidados en el salar del Carmen –que la recurrente califica como cláusula esencial– razón por la cual le quedaba vedado a Incomin reclamar daños o perjuicios por hechos causalmente relacionados a la fijación de tarifas provenientes del ejercicio legítimo de esa facultad o derecho, como lo sería el desabastecimiento que la condujo a incumplir con el suministro acordado.

Para desestimar este argumento, la Corte Suprema tuvo presente que del análisis de los antecedentes del proceso se concluye que el manejo tarifario puesto en ejecución por ENAMI para la adquisición de materiales en el salar del Carmen desanimó la oferta de los vendedores, generándose de tal manera una situación de desabastecimiento que, en concreto, le impidió cumplir la obligación de entregar a Incomin las treinta mil toneladas de mineral convenidos para su lixiviación (consid. 54°). Agrega que:

“la interpretación asumida por los sentenciadores en esta materia, lejos de transgredir la normativa invocada en el recurso, se presenta, por otra parte, ajustada al principio de la buena fe con que, según se ordena en el artículo 1546 del Código Civil, corresponde dar ejecución a los contratos, al descartarse la pretensión de Enami de invocar la facultad de fijación de tarifas

como una excusa para no cumplir con su compromiso de suministro de los minerales, pretendiendo transformar dicha obligación en meramente potestativa de su parte” (consid. 54° )

y que la sentencia recurrida

“no la hace responsable por la regulación de los precios en el poder comprador asentado en dicho sitio, sino por el incumplimiento de la obligación de suministrar los minerales, habida cuenta que si optó por establecer precios baratos, bien pudo para mantener el abastecimiento estipulado, comprar una mayor cantidad de mineral en ese lugar o fuera de él, pues para esto último se encontraba expresamente facultado en la misma cláusula contractual invocada por la propia Enami” (consid. 56°).

Como se ve, el recurrente pretende asilarse en su condición de empresa del Estado para transformar su facultad de fijar la política tarifaria en una especie de eximente de responsabilidad contractual, en términos tales que dicha facultad se la reconoce la ley, al margen de cualquier contrato y, por ende, el ejercicio de aquella y las consecuencias que de ella se deriven no puede tener efectos o incidencia alguna en la relación contractual. Este argumento resulta absolutamente improcedente cualquiera sea el régimen jurí-

dico (público o privado) que gobierne la relación entre una empresa pública y un particular. No obstante, que resulta evidente que en este caso el contrato que liga a las partes se rige por el régimen de derecho privado, no debe olvidarse que la servicialidad e instrumentalidad del poder público, y el mandato a la administración de concretar materialmente el orden constitucional en los ciudadanos llamados a servir, determina la incorporación, incluso a la relación jurídico-administrativa típica, del principio clásico de las jurídico-privadas: la buena fe, en su formulación germánica de la confianza legítima como principio de actuación administrativa (*vid.*, Alfonso PAREJO, “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento administrativo”, en *Administración Pública y Constitución*, Madrid, INAP, 1998, p. 557). A nuestro entender, el razonamiento de la Corte Suprema, sobre la base del principio de buena fe, es funcional a la determinación del sentido y alcance de la cláusula mediante la cual se libera a ENAMI de responsabilidad por abastecimientos menores a treinta mil toneladas de mineral, como consecuencia de una depresión de la actividad del sector minero. En efecto, la tesis sustentada por la recurrente supondría, en palabras de la Corte, que la obligación de suministrar treinta mil

toneladas de cobre en bruto sería meramente potestativa del deudor, si se entendiera que existe depresión minera por el sólo hecho de causarse un desabastecimiento en el poder comprador de ENAMI en el sector, como consecuencia de su política tarifaria. Esta interpretación forzaría a sostener que la obligación de abastecimiento asumida por ENAMI sería nula por falta de seriedad (art. 1.478), interpretación que no se ajusta a lo prevenido en el art. 1.562 del CC, según el cual el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.

- c) Finalmente, pero unido a lo anterior, sostiene el recurrente que la sentencia impugnada ha calificado erróneamente la depresión minera como *caso fortuito*, infringiéndose así los artículos 1.547, 1.556, 45, 1.473, 1.474, 1.479 y 1.487 del *Código Civil*, puesto que la obligación de ENAMI de entregar mineral de su propiedad para el tratamiento en Incomin no es pura y simple sino condicional, pues se halla sujeta a la condición de no existir depresión en la actividad del sector minero, siendo este hecho futuro e incierto, una condición resolutoria que liberaba a ENAMI de responsabilidad por abastecimientos inferiores a treinta mil toneladas.

No podemos dejar de coincidir con la calificación jurídica que hace el recurrente respecto de la

cláusula en cuestión, pero no así con las conclusiones a que arriba. En efecto, resulta evidente que si las partes expresamente incorporaron al contrato la posibilidad de que se produjera una depresión en la actividad del sector minero, de verificarse aquella, no estaríamos en presencia de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, que por esencia supone un hecho “imprevisto” e imposible de resistir. Las partes expresamente han previsto la constricción del mercado, por lo que, a lo menos, no concurre el primero de los requisitos. La previsión de las partes frente a un cambio en las condiciones de mercado, tratándose de contratos de suministro de largo tiempo, es cláusula de uso común en este tipo de contratos, en los que habitualmente se incorporan mecanismos de indexación o ajustes de precio o bien reducción de los volúmenes de abastecimiento comprometidos (*vid.*, Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, parte general, pp. 229-230). Por lo mismo, la depreciación de la actividad minera no es, en este caso, una situación de fuerza mayor, sino una condición (hecho futuro e incierto, pero previsto) que, como bien dice el recurrente, operaba como morigeradora de la obligación de suministro en los volúmenes pactados. Sin embargo, en lo que se equivoca el recurrente es en sostener que por

el hecho de no tratarse de un caso fortuito –que exige para su configuración del elemento “irresistibilidad”–, deba, por ello, bastar la disminución notoria de las entregas de mineral al poder comprador de ENAMI, para que se cumpla la condición. Los jueces de fondo estimaron que el evento de la depresión de la actividad minera, en los términos a que alude el contrato de maquila, no llegó a producirse en la realidad, pues para que ella se configurara era necesario que se produjera una “disminución notable de la actividad productiva minera en la zona geográfica de que se trata, que se prolonga en el tiempo y que no tiene, en lo inmediato, posibilidad económica de revertirse. Es de carácter general y no puede confundirse con la falta o disminución del abastecimiento de un poder comprador determinado...”. En el presente caso –señalan los jueces del fondo– ENAMI ha confundido disminución de abastecimiento a su poder comprador del salar del Carmen, con depresión minera, llegando a afirmar que, probado como estaría, el desabastecimiento o peor aún, la disminución del abastecimiento, ya está probada la depresión del sector minero (consid. 29º). Como hemos señalado en el apartado anterior, la interpretación que pretende el recurrente importaría una condición meramente potestativa del deudor, que no podría admitirse

frente a la regla de la utilidad de las cláusulas que establece el citado art. 1.562 del CC.

No hemos podido abarcar en este comentario todas las cuestiones de Derecho que fueron objeto del recurso de nulidad. Hemos intentando, sin embargo, destacar aquellos aspectos que por su novedad nos han parecido de mayor interés dogmático y que reflejan el cambio progresivo y deseable del concepto de contrato, desde un mero acuerdo regulatorio de una relación jurídica privada gobernada únicamente por la autonomía de la voluntad, a aquella noción que incorpora e integra elementos objetivos para su valoración normativa, conforme a criterios de funcionalidad, economía, equidad y buena fe. (A.A.).

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. TERCERO CÓMPLICE EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. (CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 29 DE MAYO DE 2003, ROL N° 27.568; CORTE SUPREMA, 6 DE MAYO DE 2004, N° DE INGRESO 2656-2004)

La empresa “RB Construcciones” interpone demanda ordinaria de resolución de contrato e indemnización de perjuicios en contra de la sociedad “CAMG Ltda.” para que se resuelva el contrato de construcción a suma alzada celebrado entre las parte con fecha 25 de agosto de 2000 y se le condene a la demandada al pago de los perjuicios previstos e imprevistos por concepto de daño emergente y lucro cesante. El contrato de construcción contemplaba un plazo de ejecución de ciento veinte días des-