

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-

de la aprobación del financiamiento bancario. Pendiente aún la aprobación del crédito, cuya aprobación sólo tuvo lugar el 2 de noviembre de 2000, la empresa demandante procedió a ejecutar los trabajos. Sin embargo, en el transcurso del mes de octubre la empresa dueña de la obra y demandada procedió a notificar a la empresa constructora su intención de poner término al contrato a fin de encargar la ejecución de la obra a un tercero a un menor costo, la cual continuó, a su turno, la ejecución de la obra.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda de resolución de contrato e indemnización de perjuicios, teniendo presente que la demandante no acreditó debidamente el cumplimiento de sus obligaciones que emanaban del contrato. Por consiguiente, se encontraba inhabilitado para impetrar la resolución del contrato en virtud de la regla prevista en el artículo 1.552 del *Código Civil*:

“ante los incumplimientos de la constructora, no es posible estimar que la sociedad demandada se encuentre en mora de cumplir sus obligaciones, por lo que no ha operado en el caso de autos la condición resolutoria tácita propia de los contratos bilaterales, y en consecuencia, procede el rechazo de la demanda, en cuanto solicitaba la resolución del contrato materia de autos” (Cons. 13°).

Acto seguido se rechazó la indemnización de perjuicios en atención a que ésta deriva precisamente del incumplimiento que se le imputa a la sociedad demandada.

Por su parte, la Corte de Apelaciones acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandante, al considerar que:

“el contrato de construcción celebrado entre las partes no pudo ser cumplido por decisión unilateral de la demandada puesto que impidió el desarrollo de las obras que ya habían comenzado, y en seguida, por haber entregado la ejecución, del trabajo a un tercero, colocando, de esta manera a la demandante, dada la fuerza de los hechos del incumplimiento, en la única posibilidad legal que otorga el artículo 1489 del Código Civil, esto es, solicitar al Tribunal declarar la resolución del contrato” (Cons. 5°).

En cuanto a la indemnización de los perjuicios, la Corte sostuvo que procedía determinar el elemento subjetivo de la responsabilidad para definir qué daños correspondía indemnizar en conformidad al artículo 1.558 del *Código Civil*. No habiéndose aportado prueba suficiente para considerar el incumplimiento doloso sólo se procede a indemnizar los perjuicios directos y previstos.

La Corte Suprema confirma el fallo de alzada en razón de que el artículo 428 del *Código de Procedimiento Civil* no revisa el carácter de regla reguladora de la prueba.

El caso relatado permite referirse a la procedencia de la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1.552 del *Código Civil*. Además, la ausencia de demanda en contra del tercero cómplice en el incumplimiento contractual amerita nuestra atención.

Según se dijo la sentencia de primera instancia rechaza la demanda esgrimien- do como fundamento la procedencia de la excepción de contrato no cumplido. Una breve referencia a los aspectos gene- rales de la *exceptio non adimpleti contractus* nos permitirá coincidir con la solución propuesta por la sentencia de alzada.

En contraste con la aplicación dis- persa de la excepción en el Derecho fran- cés, el *Código civil* chileno establece en el artículo 1552 que:

“[e]n 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”.

Este precepto recoge el aforismo “la mora purga la mora”, y representa el corolario de la reciprocidad e interde- pendencia de las obligaciones en los contratos bilaterales. Esta excepción puede intervenir en diversas fases del íter contractual. Su función varía según la época y la forma en que se haga va- ler y, además, la calificación de sus con- diciones y efectos sólo tendrá lugar en la hipótesis en que interviene un tribu- nal judicial o arbitral. En lo que interesa a este comentario nos referiremos sólo a la función de la excepción en el ámbito judicial y su relación con la re- solución del contrato.

Las relaciones entre la excepción de incumplimiento contractual y la resolu- ción son complejas. La Corte Suprema ha justificado el rechazo a la resolución del contrato invocando el artículo 1.552

del *Código Civil*. En un contrato de pro- mesa de compraventa bajo condición de obtener un crédito hipotecario, el pro- mitente comprador demandó la resolu- ción del contrato con indemnización de perjuicios en virtud del artículo 1.489 del *Código Civil*. La Corte sostuvo que:

“si la actora principal no ha cum- plido o no ha estado llana a cum- plir las obligaciones que contra- jera en virtud del contrato de promesa celebrado, es forzoso concluir que no puede deman- dar su resolución con indemni- zación de perjuicios, conforme se infiere de lo establecido en el artículo 1552 del Código civil”.

La Corte exige para el ejercicio de la acción resolutoria que el acreedor de- mandante sea diligente, habiendo cum- plido con su obligación o estando llano a cumplirla. Con prescindencia de la excepción de contrato no cumplido, la demanda debe rechazarse por la ausen- cia de una condición esencial de la ac- ción resolutoria. En este sentido, al pa- recer, se ha pronunciado la sentencia de primera instancia. La ausencia de cumplimiento diligente, por parte, del demandante hace improcedente la ac- ción resolutoria. Por lo mismo las rela- ciones entre la excepción por incumpli- miento contractual y la resolución son más difíciles en la hipótesis de incum- plimiento recíproco de las obligaciones. Aquí la interrogante radica en determi- nar si procede la resolución, a pesar del incumplimiento recíproco o, por el con- trario, debe desestimarse la acción reso- lutoria. Las opiniones han sido contro-

vertidas (véase *RDJ*, tomo XXXVIII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 693 y el comentario de Arturo Alessandri Rodríguez (n. 5); una posición diversa en Augusto ELGUETA ORTIZ, *La resolución y el incumplimiento recíproco*, Santiago, 1947, en particular p. 93 y ss.).

Se trata de la situación en que el demandante solicita la resolución del contrato y el demandado argumenta sobre la base de la excepción por incumplimiento contractual. En el caso en cuestión el demandado ni siquiera opuso la excepción de contrato no cumplido, pues la contestación y la réplica fueron evacuadas en su rebeldía. El fundamento para descartar la resolución no debiera en ningún caso ser la excepción de contrato no cumplido. En presencia de incumplimiento recíproco de las obligaciones la resolución puede desecharse en razón de no tratarse de un contratante diligente quien demanda la resolución. De manera tal que no se cumple con una condición del ejercicio de la acción resolutoria con prescindencia de la excepción de contrato no cumplido.

La propia Corte Suprema ha sido de la opinión que rechaza la resolución del contrato en aplicación del artículo 1.552 del *Código Civil*:

“que de este modo, si la actora principal no ha cumplido ni ha estado llana a cumplir las obligaciones que contrajera en virtud del contrato de promesa celebrado, es forzoso concluir que no puede demandar su resolución con indemnización de perjuicios, conforme se infiere de lo establecido en el artículo 1552 del Código civil”

(Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, en LexisNexis, N° identificador 25776).

La pregunta estriba entonces en determinar cuál es el efecto de la oposición de la excepción por incumplimiento contractual. ¿Debe rechazarse la demanda de resolución?, ¿debe accederse a la resolución del contrato sin admitir la indemnización de perjuicios?

Tres opiniones se han esgrimido al respecto.

La primera descarta la resolución del contrato si existe incumplimiento mutuo de las obligaciones. Alessandri Rodríguez al criticar una sentencia de la Corte Suprema plantea que:

“Esta cuestión, contrariamente a lo que dice la Corte, está resuelta en forma concreta por el Código civil en sus artículos 1489 y 1552, ya que éstos, como la misma Corte lo establece, sólo confieren la acción resolutoria al contratante que cumplió o está llano a cumplir el contrato contra el otro que se niega a hacerlo. Por eso estimo quebrantado el artículo 1489, pues la sentencia recurrida admitió la acción resolutoria deducida por el contratante que no cumplió sus obligaciones contra el otro que tampoco había cumplido las suyas”.

Y agrega

“Por eso es esencial, para que proceda el ejercicio de esos derechos, que el contratante que los invoca haya cumplido o se alla-

ne a cumplir su obligación. Sin esta condición no puede invocarlos. Luego, si ambos contratantes se hayan en el caso de no haber cumplido sus obligaciones, ninguno puede pedir la resolución ni el cumplimiento”

(Corte Suprema, 29 de julio de 1931, *RDJ*, tomo xxxviii, 1931, 2ª parte, sec. 1ª, p. 693, nota Alessandri Rodríguez).

Esta posición es a su turno criticada por Elgueta Ortiz, quien considera un error de hermenéutica y de teoría de derecho rechazar la resolución en caso de incumplimiento recíproco (*op. cit.*, pp. 94 y 96). Agrega este autor que la excepción de contrato no cumplido no justifica desechar la resolución ante el incumplimiento mutuo, pues se daría lugar a una exigencia impropia, cual es, dejar la facultad de impetrar la acción resolutoria bajo condición de haber cumplido las propias obligaciones. Concluye Elgueta, afirmando que la única hipótesis que impide demandar la resolución es aquella en que el acreedor no ha cumplido sus obligaciones y la parte demandada lo ha hecho.

En mi opinión, el incumplimiento recíproco de las obligaciones impide resolver el contrato no en razón de la excepción prevista en el artículo 1.552, sino que invocando la falta de un elemento de la acción resolutoria, cual es la calidad de acreedor diligente del demandante. Basta constatar el incumplimiento de sus obligaciones por el demandante para rechazar la demanda de resolución del contrato. Una cuestión diversa es que el demandado reconvenga requiriendo a su turno la resolución,

pues en ese caso habrá una voluntad recíproca en terminar el contrato. (Corte Suprema, 4 de diciembre de 2003, en LexisNexis, N° identificador 29114). Por esto, la resolución del contrato debe desestimarse ante el incumplimiento recíproco de las partes. La regla prevista en el artículo 1.552 opera nada más como un argumento complementario para rechazar la acción de resolución.

Sin embargo, en la hipótesis analizada la sentencia de segunda instancia establece que el incumplimiento en la ejecución de la obra no es imputable al demandante, puesto que éste se vio impedido de cumplir con su obligación en razón del acto unilateral del demandado. De ahí que la única vía de término del contrato haya sido justamente la resolución del contrato. Mal podría aplicarse la excepción de contrato no cumplido si no concurre por parte del demandante un incumplimiento de sus obligaciones. En este caso, el único sujeto de derecho que incumplió sus obligaciones es el demandado. De ahí que quepa aprobar la sentencia de segunda instancia.

Ahora bien. Detrás del incumplimiento de las obligaciones por parte del demandado concurre la participación de la tercera empresa que ha contribuido al incumplimiento de las obligaciones del demandado. Esta situación plantea analizar la figura del tercero cómplice en el incumplimiento de obligaciones contractuales.

En Chile, el estudio de la responsabilidad del tercero cómplice de la violación de una obligación contractual no aparece recogido en la práctica forense. Sin embargo, como lo muestra el caso en análisis, puede tratarse de una figura

de regular ocurrencia. En general, los abogados se contentan con demandar al co-contratante sin buscar la responsabilidad del tercero cómplice. Esta práctica es sorprendente bajo el prisma del interés que representa para el demandante poder hacer efectiva la indemnización de perjuicios en otro patrimonio distinto al del deudor principal. Además, el co-contratante puede caer en quiebra o ser insolvente, en cuyo caso la indemnización será difícil de realizar. A pesar de la ausencia de jurisprudencia la doctrina nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema. Para los autores nacionales se trata de una genuina hipótesis de responsabilidad extracontractual (Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ., *De la responsabilidad extracontractual*, Santiago, Universitaria, 1943, p. 63; Orlando TAPIA SUÁREZ, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre contratantes*, Concepción 1941, p. 82; Jorge LÓPEZ SANTA-MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Jurídica, 2001, tomo I, parte general, p. 265). Por lo tanto, bien podría demandarse a la empresa cómplice en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada por responsabilidad extracontractual. Por cierto, la demandante deberá acreditar el conocimiento del tercero de la existencia del contrato para hacer valer la responsabilidad aquiliana. C.P.

RESPONSABILIDAD CIVIL

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO. ARTÍCULOS 2.320 Y 2.322 DEL *Código Civil*. CORTE SUPREMA, 5 DE ENERO DEL 2005, ROL: 3640-2004.

Uno de los casos más mediatizados del último tiempo desembocó en la condena de un sacerdote a doce años de presidio por delitos de connotación sexual. Al mismo tiempo, se le sancionó civilmente por los daños causados. Sin embargo, el interés para el Derecho Privado estuvo centrado en la posible responsabilidad por el hecho ajeno del Arzobispado. En este comentario nos abocamos al análisis de los aspectos civiles de la sentencia de la Corte Suprema que rechaza la responsabilidad del Arzobispado en calidad de tercero civilmente responsable.

La sentencia de primer grado dictada por 16° Juzgado de Crimen de Santiago, acogió la acción de indemnización de perjuicios interpuesta por los padres en representación de dos de las menores afectadas, siendo condenados el acusado y el Arzobispado de Santiago a pagar solidariamente, por concepto de daño moral la suma única de \$50.000.000, más reajustes e intereses. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago el 6 de julio de 2004 confirmó la sentencia de primera instancia, aumentando la indemnización por daño moral a \$100.000.000 en los mismos términos.

El Arzobispado de Santiago interpuso recurso de nulidad en la forma y en el fondo. La casación formal se fundó en la existencia de consideraciones