



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

BARCIA LEHMANN, RODRIGO; RIVERA RESTREPO, JOSÉ

La acción de responsabilidad civil de la compañía de seguros contra el porteador o transportista: ¿un asalto a mano armada es un caso fortuito o una fuerza mayor?*

Revista de Derecho Privado, núm. 43, 2022, Julio-Diciembre, pp. 221-253

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.10>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417572654009>

- [Cómo citar el artículo](#)
- [Número completo](#)
- [Más información del artículo](#)
- [Página de la revista en redalyc.org](#)



Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La acción de responsabilidad civil de la compañía de seguros contra el porteador o transportista: ¿un asalto a mano armada es un caso fortuito o una fuerza mayor?*

» RODRIGO BARCIA LEHMANN**

» JOSÉ RIVERA RESTREPO***

RESUMEN. En el presente trabajo se analiza la acción indemnizatoria de una compañía aseguradora por daños y perjuicios al porteador en caso de que la carga se pierda por un asalto a mano armada. Se revisarán, principalmente, dos cuestiones: (1) ¿cómo opera la excepción de caso fortuito o fuerza mayor que opone el porteador frente a la demanda de la compañía de seguro?; y (2) la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios autónoma. Para lo anterior, se recurrirá a la doctrina y jurisprudencia chilena y comparada sobre los puntos por revisar.

PALABRAS CLAVE: caso fortuito, fuerza mayor, indemnización de perjuicios, seguro, porteador.

* Fecha de recepción: 12 de enero de 2021. Fecha de aceptación: 29 de abril de 2022.

Para citar el artículo: BARCIA LEHMANN, R. y RIVERA RESTREPO, J., “La acción de responsabilidad civil de la compañía de seguros contra el porteador o transportista: ¿un asalto a mano armada es un caso fortuito o una fuerza mayor?”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 43, julio-diciembre 2022, 221-253. doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.10>.

** Universidad Autónoma de Chile, Santiago de Chile, Chile; profesor en derecho civil y director en el programa de Doctorado en Derecho. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. LL.M Law and Economics, Universidad de Hamburgo, Hamburgo, Alemania. Contacto: rodrigo.barcia@uautonoma.cl. Orcid: 0000-0003-1021-446X.

*** Universidad San Sebastián, Santiago de Chile, Chile; profesor. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Magíster en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Contacto: jose.rivera@uss.cl. Orcid: 0000-0003-0120-231X.

The Liability Action of the Insurance Company Against the Carrier or Transporter: Is an Armed Robbery an Act of God?

ABSTRACT. This paper analyzes the compensation action of an insurance company, for damages to the carrier in the event that the cargo is lost due to an armed robbery. Mainly, two questions will be reviewed: (1) how does the unforeseeable or force majeure exception that the carrier opposes to the insurance company demand operate?; and (2) the origin of an autonomous compensation for damages. For the above, the Chilean doctrine and jurisprudence and comparative will be used on the points to be reviewed.

KEYWORDS: fortuitous event, force majeure, compensation for damages, insurance, carrier.

SUMARIO: Introducción. I. El caso fortuito o fuerza mayor: los tres posibles planteamientos de caso fortuito y fuerza mayor. II. Primer planteamiento: el supuesto que se plantea es un caso fortuito o fuerza mayor por cuanto en él concurren todos los requisitos que exige esta figura. III. Segundo planteamiento: el supuesto que se plantea es un caso objetivo de fuerza mayor por cuanto se puede subsumir en un caso expresamente establecido en el artículo 45 del Código Civil, como lo es “el apresamiento de enemigos”. IV. Tercer planteamiento: el supuesto que se analiza es un caso fortuito o fuerza mayor generado por ausencia de culpa. V. Las reglas de la pérdida de la cosa debida. VI. Improcedencia de la indemnización de perjuicios contra el porteador en caso de asalto a mano armada. Conclusiones. Referencias

Introducción

La presente investigación analiza un hecho que lamentablemente tiene cada vez más ocurrencia en Chile (Comisión para el Mercado Financiero)¹, dado el estado de anomia institucional, como lo es la responsabilidad del porteador en caso del robo con violencia de las mercaderías. Implícita en el análisis está la relación entre el caso fortuito y la fuerza mayor y la ausencia de culpa, como supuestos de exoneración de responsabilidad civil en los casos de asaltos en carretera respecto de porteadores o transportistas (tema que como se verá ha sido menos analizado de lo que se puede esperar)². Este trabajo, además del supuesto anterior, analiza el caso en que la

1 https://www.cmfcchile.cl/institucional/estadisticas/merc_seguros/sg_tecnica/seg_gen_tecnica_genera.php?lang=es&vigente=. Al respecto, *vid.* también: <https://www.aqua.cl/2019/02/27/piratas-del-asfalto-las-preocupantes-cifras-los-robos-salmon/>.

2 En nuestro Derecho tradicionalmente el caso fortuito se ha tratado como una eximente de responsabilidad, más que como una forma de ausencia de culpa. Sin embargo, a raíz de los códigos civiles promulgados desde comienzo del siglo pasado, se ha impuesto su tratamiento como un supuesto de

compañía de seguro haya indemnizado por el siniestro al cargador y que la compañía aseguradora, al subrogarse en los derechos del cargador (art. 534 del Código de Comercio), demande al transportista o porteador. Por tanto, esta investigación responde a la siguiente pregunta: ¿Pueden el porteador o la compañía aseguradora subrogada demandar indemnización de perjuicios al porteador si la carga se pierde por un asalto a mano armada? Lo que conduce a analizar las siguientes dos cuestiones: (1) ¿cómo opera la excepción de caso fortuito o fuerza mayor que opone el porteador frente a la demanda de indemnización de perjuicios?; y (2) la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios autónoma. En torno a la primera interrogante, ésta se suele presentar respecto de la demanda de la compañía de seguro contra el porteador. En estas demandas el porteador se subroga al cargador contra el porteador por el robo de la carga. Los juicios entre cargador y porteador se suelen dar respecto de una eventual obligación del porteador de tomar un seguro en beneficio del cargador.

Para responder estas preguntas se recurrirá a la doctrina y la poca jurisprudencia existente sobre los puntos por revisar. Para lograr dicho objetivo se recurre a una metodología histórica y comparativa.

I. El caso fortuito o fuerza mayor: los tres posibles planteamientos de caso fortuito y fuerza mayor

En el presente trabajo se analizarán tres posibles aplicaciones del caso fortuito y fuerza mayor. En todas ellas se estima, por los fundamentos que se darán, que concurren los supuestos que exige el caso fortuito. El primer supuesto hace una aplicación del caso fortuito o fuerza mayor, conforme a los requisitos que exige el artículo 45 del Código Civil, es decir, conforme al supuesto general de caso fortuito o fuerza mayor; el segundo y más plausible analiza “el apresamiento de enemigos”, establecido en el artículo 45 del Código Civil, como un supuesto objetivo de caso fortuito o fuerza mayor; en el último supuesto, se subsume el caso fortuito o fuerza mayor en la ausencia de culpa (ahí se analizan los casos de responsabilidad del porteador, o en que se le puede atribuir culpa, es decir, en los cuales no opera la ausencia de culpa están tratados en los artículos 191, 194, 196, 201, 204 y 207, inciso 2.º del Código de Comercio).

II. Primer planteamiento: el supuesto que se plantea es un caso fortuito o fuerza mayor por cuanto en él concurren todos los requisitos que exige esta figura

Esta es la visión clásica del caso fortuito, como una eximente de responsabilidad civil, que opera principalmente en la responsabilidad contractual. Por lo tanto, antes de

ausencia de culpa. COUTASSE, A. y ITURRA, F., *Caso fortuito ante el Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, 55-66.

analizar los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor aplicados al caso, se realizará una breve referencia normativa y jurisprudencial.

Las eximentes de responsabilidad están consagradas en el Código de Comercio, en los siguientes términos:

Artículo 184. Las mercaderías se transportan a riesgo y ventura del cargador, del consignatario o de la persona que invistiere el carácter de propietario de ellas, y por consiguiente serán de su cuenta las pérdidas y averías que sufran durante la conducción por caso fortuito o vicio propio de las mismas mercaderías, salvo en estos casos:

1°. Si un hecho o culpa del porteador hubiere contribuido al advenimiento del caso fortuito;

2°. Si el porteador no hubiere empleado toda la diligencia y pericia necesarias para cortar o atenuar los efectos del accidente que hubiere causado la pérdida o avería;

3°. Si en la carga, conducción y conservación de las mercaderías no hubiere puesto la diligencia y cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos.

Artículo 185. Aun cuando el cargador no sea propietario de las mercaderías, sufrirá las pérdidas y averías de ellas siempre que en la redacción de la carta de porte les hubiere atribuido una distinta calidad genérica de la que realmente tuvieron. En ningún caso podrá el cargador hacer responsable al porteador de las pérdidas o averías que sufrieren los efectos que no se han expresado en la carta de porte, ni pretender que los efectos expresados en la carta tenían una calidad superior a la enunciada en ella.

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema del 20 de septiembre de 2006 (Rol Ingreso de la Corte n.º 885-2004), resuelve lo siguiente:

Primero. Que en la impugnación de Transportes Ferroviario Limitada se sostiene que se ha incurrido en error de derecho por parte de la sentencia de segundo grado, puesto que dando aplicación a los artículos 425 del Código de Procedimiento Civil y 1700 del Código Civil y teniendo presente que del informe pericial presentado por el perito Sr. H. G. A. aparece acreditado que los gastos en que incurrió Transportes Ferroviario Ltda., con motivo del accidente, ascendieron a la suma de \$31.187.694. Sin embargo, el juez árbitro, condena a la demandada a pagar sólo la suma de \$25.993.591. Agrega que los sentenciadores, en la apreciación del peritaje de conformidad a las reglas de la sana crítica, no pueden llegar a contradecir la conclusión formulada por el perito, en el campo de su especialidad. Añade asimismo, que se ha infringido el artículo 1700 del Código Civil, en relación con los artículos 512, 518, 536 y 550 del Código de Comercio y el artículo 184 n.º 2 del mismo cuerpo legal y todo en relación con los

artículos 1545 y 1546 del Código Civil, puesto que Transportes Ferrovial contrató la póliza para cubrirse de las pérdidas que experimentara la carga que transportaba (artículo 184 n.º 2 del Código de Comercio), en consecuencia tenía el interés a que alude el artículo 518 del mismo cuerpo de leyes; encontrándose vigente la póliza celebró el contrato de transporte con la Refinería y durante la conducción de la carga, se produjo el accidente. Los contratos son una ley para las partes contratantes y les obligan en los términos señalados por los artículos 1545 y 1546 del Código Civil. No es suficiente para liberar del cobro a la demandada, sostener como lo hacen los sentenciadores que el siniestro no ocurrió por culpa de Transportes Ferrovial, sino que su origen fue fortuito. M[á]s aún si sobre igual materia la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió en una de ellas que el siniestro era fortuito y en la otra que era culpable. Concluye que en el fallo de reemplazo se debe disponer que la demandada responda por el total de los gastos en que incurrió con motivo del salvamento de la mercancía, \$31.187.694; que se le deben pagar las sumas por las que tenga que responder en los autos rol n.º 1476-97 del Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago, y ordenar que se le paguen los gastos en que ha incurrido para defenderse”.

En un fallo todavía más claro nuestro máximo tribunal, mediante el fallo de 22 de enero de 2009 (Rol Ingreso de la Corte n.º 6739- 2007), confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (esta sentencia desechó que haya caso fortuito en un supuesto similar al que se analiza), y rechaza la casación de forma y fondo interpuesta por la actora en base a los siguientes fundamentos:

Octavo: Que, en efecto, la circunstancia que determinados sucesos acontezcan con relativa frecuencia, sin que pueda adelantarse el momento más o menos preciso en que tendrán lugar, no los transforma necesariamente en previsibles. Un acontecimiento es previsible, de acuerdo a la definición que de este vocablo entrega el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, cuando puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales y prever es, de acuerdo con este mismo texto, ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder.

De conformidad a este concepto, sólo es previsible aquello que normalmente ocurriría y no puede sostenerse en forma seria que resultaba normal que el camión en que se trasportaba la carga asegurada fuera asaltado. De este modo, puede concluirse que la actividad delictual puede tenerse presente, pero nunca deja de constituir, salvo en casos extremos que rompan esa normalidad –cuestión que no se ha pretendido por la actora en relación al transporte terrestre entre las ciudades de Buenos Aires y Santiago– un caso fortuito.

Noveno: Que, a mayor abundamiento, si para la compañía demandante resultaba previsible el robo del camión en que se trasportaba la mercadería asegurada, debió haber

requerido del transportista que adoptara las medidas que ahora echa de menos. Al no haberlo hecho, como acertadamente concluyen los sentenciadores, ha de entenderse que aquélla asumió el riesgo y que, en consecuencia, éste estaba cubierto por el seguro, de manera tal que su acaecimiento le impide repetir contra la empresa que efectuó el transporte, para la cual el acontecimiento constituye un auténtico caso fortuito.

Esta última conclusión importa, a su vez, descartar la comisión de error de derecho en la interpretación y aplicación del citado artículo 45 del Código Civil y, consecuentemente, de los artículos 199 y 207 del Código de Comercio –cuya contravención se denuncia también en el recurso–, pues si bien de acuerdo a estos preceptos el porteador es obligado a la custodia y conservación de las mercaderías, presumiéndose que la pérdida de ésta ocurre por su culpa, tal presunción ha quedado desvirtuada, en el caso de autos, por la ocurrencia de un suceso que, de acuerdo a la misma ley, lo exime de esa responsabilidad.

En un segundo fallo, del 27 de agosto de 2008 (Rol Ingreso de la Corte n.º 3300-2007), la Corte Suprema rechaza una casación en el fondo por el cual el recurrente alega que un asalto a mano armada de un transportista terrestre –que transportaba una carga de Valparaíso a Buenos Aires–, en la ciudad de Buenos Aires no podía ser calificado como un caso fortuito o fuerza mayor. En realidad, el alto tribunal rechaza la casación por aspectos formales. En este sentido, la sentencia precedente resuelve lo siguiente:

Sexto: Que en relación a la alegación individualizada en el numeral segundo del considerando cuarto, resulta que las infracciones que el recurrente estima se han cometido por los jueces del fondo sobre el particular, persiguen desvirtuar el supuesto fáctico fundamental asentado por aquéllos, esto es, que la empresa demandada fue víctima de un hecho imprevisible, esto es, de un asalto a plena luz del día –12:30 horas–, en la ciudad de Buenos Aires; hecho que resulta inamovible para este tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, desde que ha sido establecido con sujeción al mérito de los antecedentes, probanzas aportadas por las partes, interpretación y aplicación de normas atinentes al caso en estudio, no siendo posible impugnarlo por la vía de la nulidad que se revisa, al no haberse objetado el fallo recurrido denunciando infracción a leyes reguladoras de la prueba.

A continuación se analizarán los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor como eximentes de responsabilidad:

A. Exterioridad o externalidad del hecho que lo constituye, o inimputabilidad

Es necesario que el hecho que da lugar al caso fortuito se produzca con independencia de la voluntad del deudor. En este sentido, para González Carrasco, cuando

el hecho, aun siendo imprevisible, se produce en el seno de la empresa, como en los casos que el impedimento se genera dentro de la esfera de control del deudor no opera el caso fortuito³. En sentido similar, en Chile, Ramos señala, respecto de la inimputabilidad, que ésta

[q]uiere decir que debe ser ajeno al deudor, no debe provenir de su hecho o culpa, o del hecho o culpa de las personas por quien él responde. Así resulta de varias disposiciones: artículos 934, 1547, inciso 2º, 1590, 1672, inciso 1, 1679; 1925, inciso 1º, 1926, inciso 1º, 2015, inciso 3º, 2016, inciso 2º, 2178 n.º 2, 2242, etc.⁴.

Y, además, agrega como ejemplo un caso similar al planteado en la especie: “[S]obre esta materia, en Francia se ha fallado que un comerciante que vende mercaderías a plazo, que él no tiene, debe daños e intereses si una fuerza mayor le impide hacerlas venir lo suficientemente rápido como para entregarlas dentro de plazo”⁵. De este modo, si el hecho ajeno, como lo es el acto de autoridad (que impide el desplazamiento para la entrega de la mercadería), concurre con un criterio de imputabilidad respecto del deudor (como si él nunca ha tenido las mercaderías ofrecidas) no opera el caso fortuito o la fuerza mayor. Así, el hecho debe ser ajeno a la voluntad e intención de las partes. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiere sido entregada la cosa al acreedor o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa (artículo 1547, inciso 2º del Código Civil). Por su parte, para Brantt “[E]l examen de los trabajos de los autores nacionales, desde la entrada en vigencia del Código Civil hasta la actualidad, muestra la consideración de la exterioridad como un requisito necesario para la configuración del caso fortuito”⁶.

B. El hecho debe ser imprevisto

En virtud de este requisito, las partes no deben haber podido prever el caso fortuito al tiempo de celebrarse el acto o contrato⁷. Como señala Meza, este requisito consiste en que “[n]o sea ordinariamente posible calcular su ocurrencia”⁸; y, agrega, que: “[n]o es menester que el hecho sea totalmente imprevisible; basta que regular

3 GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del C., “2. El incumplimiento del contrato”, en BERCOVITZ (dir.) y MORALES Y QUICIOS (coords.), *Tratado de contratos*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, t. I, 1341.

4 RAMOS PAZOS, R., *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, 258-259.

5 RAMOS PAZOS, R., *op. cit.*, 258-259.

6 BRANTT ZUMARÁN, M.^a G., “La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXXIII, 2009, 43.

7 RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, cit., 181.

8 MEZA BARROS, R., *op. cit.*, 2009, 121.

o normalmente no pueda perverse”⁹. Éste es un punto clave porque, como señala Rodríguez,

[e]s posible que uno o ambos contratantes hayan pensado en la posibilidad de que ocurriera, durante la relación obligacional, un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, pero si éste no se manifestó de manera alguna al perfeccionarse el contrato, aquella reticencia, si existió, carece de toda significación e importancia¹⁰.

Pues bien, acá se ve la vinculación entre los artículos 45, 1545 y 1560 del Código Civil, por cuanto, si los asaltos se están haciendo comunes en Chile, las partes deberían asignar el riesgo en el contrato de transporte¹¹. De lo expuesto se desprende que no es posible desechar el asalto a mano armada como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

C. El hecho debe ser irresistible o insuperable

El hecho además de imprevisto debe ser imposible de resistir. Un hecho es irresistible cuando no es posible evitar sus consecuencias, en términos tales que ni el deudor ni cualquier otra persona, en sus mismas circunstancias, habría podido impedir el siniestro¹². Así, a este respecto, Meza Barros indica que “[e]l hecho ha de poner un obstáculo al cumplimiento que no pueda ser removido por el deudor. Si únicamente hace más difícil o gravoso el cumplimiento no constituye un caso fortuito”¹³. Por su parte, Patiño señala que:

[La imprevisibilidad] se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo¹⁴.

9 MEZA BARROS, R., *op. cit.*, 2009, 123.

10 RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, cit., 181-182.

11 Al respecto, *vid.* <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/>.

12 Al respecto, *vid.* también: BARCIA LEHMANN, R., *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, t. IV, 96; DE LA MAZA GAZMURI, Í. y VIDAL OLIVARES, Á., *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Santiago de Chile, 2020, 46 y ss.

13 MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones*, cit., 2009, 122. En este sentido, *vid.* RIVERA RESTREPO, J. M. y BARCIA LEHMANN, R., “Aspectos Generales en Torno a la Cláusula *Rebus Sic Stantibus* (teoría de la imprevisión), en España”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 47 (2), 2016, 117-150; RIVERA RESTREPO, J. M., “Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). una mirada a la doctrina española”, *Revista Ars Boni et Aequi*, n.º 11 (1), 2014, 31-48.

En igual sentido, Rodríguez señala que son irresistibles, un terremoto, un naufragio o el apresamiento de enemigos¹⁵.

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema del 18 de diciembre de 2008 (Rol Ingreso de la Corte n.º 6.311-2008) resuelve lo siguiente:

Quinto. Que el legislador ha definido en el artículo 45 del Código Civil, el caso fortuito o fuerza mayor, como: “el imprevisto a que no es posible de resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Por su parte, la jurisprudencia y la doctrina relativas a la materia, coinciden en que su concurrencia exige tres requisitos mínimos: a) que el hecho sea imprevisible, b) que sea irresistible y c) que no acaezca por un acto propio de quien lo hace valer.

Así mismo, la sentencia de la Corte Suprema del 18 de diciembre de 2008 (Rol ingreso de la Corte n.º 6.311-2008) falla lo siguiente:

Indica que la sentencia impugnada desestima que la interrupción en la continuidad del servicio, por la acción negligente de la contratista, haya sido un hecho imprevisto e irresistible para Aguas Araucanía S.A., por cuanto desde el inicio de la construcción del puente hubo una comunicación fluida entre ambas partes, debiendo haberse exigido a la contratista el cumplimiento de las medidas pertinentes y eficaces para evitar la consecución del hecho multado.

III. Segundo planteamiento: el supuesto que se plantea es un caso objetivo de fuerza mayor por cuanto se puede subsumir en un caso expresamente establecido en el artículo 45 del Código Civil, como lo es “el apresamiento de enemigos”

Conforme al artículo 45 del Código Civil, el caso fortuito es “[e]l imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etcétera”. En doctrina, el caso fortuito es el fenómeno natural que impide el cumplimiento de la obligación¹⁶. La fuerza mayor es el caso fortuito que emana de un acto de autoridad. Se ha señalado

14 PATIÑO, H., “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2011, 382. En este mismo sentido, *vid.* Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Thomson Civitas, Navarra, 20, 2008, 754 y ss.

15 Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, cit., 182.

16 Al respecto, *vid.* ABELIUK MANASEVICH, R., *Las obligaciones*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, 828 y ss.; BARCIA LEHMANN, R., *Lecciones de derecho civil chileno*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, 195 y ss.; y MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, 66.

que, en nuestro Derecho, dichos términos son sinónimos¹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que no es posible concluir que necesariamente un caso fortuito o fuerza mayor sea un acto de la naturaleza o de autoridad. Ello desde que uno de los ejemplos que otorga la norma citada precedentemente es el “apresamiento de enemigos”, que simplemente se refiere a un hecho externo, irresistible y no imputable al deudor que emana de un tercero. Está demás recalcar que el apresamiento de enemigos no es, ni un acto de la naturaleza, ni un acto de autoridad. El origen de esta norma está en el Proyecto Inédito de Código Civil chileno, en el que Bello señalaba:

[s]e llaman casos fortuitos los imprevistos a que no es posible resistir, como naufragios, terremotos, apresamiento de enemigos, actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. El caso fortuito se llama fuerza mayor cuando consiste en un hecho del hombre, como en los últimos ejemplos¹⁸.

Por tanto, como claramente indica Bello, la fuerza mayor no procede sólo en casos de autoridad, sino en caso de sometimiento del deudor por una fuerza externa. Y este supuesto estaría contemplado en el apresamiento de enemigos. También se debe destacar que el caso fortuito o fuerza mayor opera respecto de la obligación de entregar las mercaderías (artículo 1670 del Código Civil), que es precisamente la que asume el porteador en el contrato de transporte. Entonces, se puede concluir que el común denominador, de los ejemplos del artículo 45 del Código Civil, es precisamente la concurrencia de la fuerza, como un elemento externo al deudor, que hace que imposible cumplir con la obligación. En este sentido, no se puede dejar de lado que en el Mensaje del Código Civil –que es sabido que fue elaborado por Bello, aunque tiene la firma del presidente de la República don Manuel Montt– se señala expresamente que los corolarios o ejemplos que nos da el Código Civil determinan el ámbito de aplicación de las normas que lo componen¹⁹. Nótese entonces que el supuesto

17 En este sentido, *vid.* FLISFISCH BRONSTEIN, J., “Casación en el fondo, 24 de agosto de 2006. Soc. Ausicht Chile Ltda. con Municipalidad de San Francisco de Mostazal”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, n.º 1, 2007, 638; y RUZ LARTIGA, G., *Explicaciones de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo Perrot y Legal Publishing, Santiago de Chile, 2011, 292. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, Giorgi sostenía que el Derecho romano no se hacía diferencia entre estos dos supuestos. Pero la distinción entre ellos estaría dada no sólo en torno a su origen, sino en que el caso fortuito, entendido como acto de la naturaleza, atiende a la imprevisibilidad, y la fuerza mayor, como acto de autoridad, a la inevitabilidad. Todavía de forma más clara, Dajczak señala que “[l]os casos típicos de fuerza mayor eran fenómenos externos al deudor, como los terremotos, los incendios, la piratería o los disturbios. En la discusión de los juristas clásicos, también se indicaron como fuerza mayor situaciones relacionadas con la persona del deudor, como la vejez (D. i3, 6, 5, 4) o una enfermedad grave (D. i7, 1, 26, 6)”. GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. II, Reus, Madrid, 1928, 34 y ss.; y DAJCZAK, W., *Derecho romano de obligaciones*, Andavira Editora, La Coruña, 2018, 119.

18 BELLO, A., *Obras Completas de Andrés Bello, Código civil de la República de Chile*, n.º 1, t. XIII, Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890, 11.

19 En este sentido, en el Mensaje del Código Civil chileno se señala: “[p]or lo que toca al mérito y plan que en este código se han seguido, observaré que hubiera podido hacerse menos voluminoso,

planteado se puede subsumir en uno de los ejemplos que señala el legislador y ellos son incuestionablemente supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Por ello, precisamente, consideramos que este supuesto es objetivo, acreditado el supuesto que da lugar al apresamiento opera inmediatamente la fuerza mayor²⁰.

IV. Tercer planteamiento: el supuesto que se analiza es un caso fortuito o fuerza mayor generado por ausencia de culpa

En la especie, cabe preguntarse si el porteador ejecutó sus obligaciones con la diligencia que le exige el ordenamiento jurídico. Pudiera sostenerse, en una primera hipótesis, que el porteador fue negligente en su actuar desde que no sólo debió haber previsto el siniestro (por ejemplo, un asalto), sino haber tomado medidas disuasivas. Por tanto, es posible analizar si este caso fortuito o fuerza mayor, además, se extiende a los casos de “falta de culpa”. En nuestro ejemplo (un asalto), se debe analizar el comportamiento debido del deudor con relación al asalto de que fue víctima. En este sentido, el régimen que disciplina la responsabilidad del porteador es la responsabilidad subjetiva, desde que se le exige el estándar de cuidado correspondiente al de un “buen padre de familia”. El porteador responde de culpa leve, por cuanto el contrato de transporte beneficia a ambas partes (artículos 207 del Código de Comercio chileno y 1547 del Código Civil chileno), y por aplicación del artículo 44, inciso 2.º, del mismo código, la culpa leve es la que corresponde al estándar de cuidado del “buen padre de familia”²¹. Por tanto, se debe analizar también en este punto (concretamente si era exigible al deudor el deber haber tomado las medidas para prever o repeler el asalto). Naturalmente que el incumplimiento, en el caso fortuito o la fuerza mayor, debe ser totalmente ajeno a la voluntad del deudor²². En este sentido, las palabras del gran civilista español, Manuel Albaladejo son esclarecedoras:

omitiendo ya los ejemplos que suelen acompañar a las reglas abstractas, ya los corolarios que se derivan de ellas, y que para la razón ejercitada de los magistrados y jurisconsultos eran ciertamente innecesarios. Pero, a mi juicio, se ha preferido fundamentalmente la práctica contraria, imitando al sabio legislador de las partidas. Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse. La brevedad ha parecido en esta materia, una consideración secundaria” (la cursiva es nuestra).

20 En este sentido, *vid.* PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, traducción de José Ferrández González, México, Porrúa, 2007, 501; REYES MENDOZA, L., *Derecho romano*, t. XIII, México, Red Tercer Milenio, 2012, 21.

21 En este sentido se puede consultar el siguiente texto: SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Contratos mercantiles, reglas generales, compraventa, transporte, seguro y operaciones bancarias*, *Derecho Comercial*, t. III, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, 107.

22 Al respecto, *vid.* CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, 114 y ss.; FIGUEROA YÁÑEZ, G., *Curso de Derecho Civil*, t. IV, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2012, 90.

[n]o hay culpa del deudor cuando el cumplimiento exacto de la obligación resulta impedido por algo que no le es imputable. Entonces se dice que existe incumplimiento ocasionado por ‘caso fortuito’ o ‘fuerza mayor’ [...]. Como más exactamente queda expresado el concepto de caso fortuito (o fuerza mayor) es con esa fórmula negativa, de impedimento del que, por no serle imputable, no es culpable el deudor [...]²³.

Es más, el referido autor considera sinónimo de terremoto el asalto a mano armada. En este caso, Albaladejo plantea que:

[...] se entienden excluidos los sucesos que, siendo casos fortuitos, no consistan en robo a mano armada u otros de análoga gravedad, como un terremoto, una inundación, etc. Que se esté ante una u otra hipótesis, es cosa que se aclara buscando –a través de la interpretación– el espíritu de la norma de que se trate²⁴.

Por su parte, para Luis Díez-Picazo:

[l]a concurrencia de causas de exclusión de la culpabilidad, conduce a la exclusión de la responsabilidad civil, con las salvedades ya puestas de manifiesto. Por consiguiente, aunque el sujeto haya sido el causante del daño, no existe responsabilidad por falta de culpabilidad. Así ocurre en particular: cuando no se dan las condiciones de la negligencia, por ser el hecho imprevisible o inevitable en las condiciones y límites de sacrificio de la diligencia media [*sic*]; por falta de la capacidad de culpa o por concurrir la condición de inexigibilidad o falta de libertad²⁵.

En igual sentido, se puede consultar al también español Gil Rodríguez, quien señala:

[e]n la estructura del Código el caso fortuito constituye la negación del dolo y de la culpa, o sea, la exclusión de la imputabilidad al deudor del incumplimiento material (STS de 18-X-1999: el caso repele la existencia de culpa)²⁶. Cuando éste se produce y causa daños al acreedor (que no le sean imputables a él mismo, el deudor queda sujeto a la indemnización de los daños por razón de dolo o culpa (art. 1.101), pero, salvo que la ley o la obligación lo impongan expresamente, nadie responderá de aquellos

23 ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II. *Derecho de Obligaciones*, vol. I: *La Obligación y el Contrato en General*, 9.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, 169-170.

24 ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, cit., 170.

25 Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. V, Navarra, Aranzadi, 2011, 280.

26 En este mismo sentido, JIMÉNEZ BOLAÑOS señala que “El incumplimiento puede darse por diferentes causas, relativas a la conducta del deudor o no. Puede ser entonces que el incumplimiento le sea atribuida al deudor o puede suceder que se dé el incumplimiento por causas que hacen para el deudor imposible su cumplimiento”. JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., “Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 123, 2010, 80.

(daños asociados a incumplimientos provocados por) sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables (art. 1.105)²⁷. Leído el Código de esta forma, no hay más culpa (en sentido amplio, inclusiva del dolo y de la negligencia) que aquella de la que se responde y no hay más causas de irresponsabilidad o exoneración que la no culpa, esto es, el caso fortuito, puesto que aquélla termina donde éste empieza. En esta exposición mantendremos la vigencia de aquel esquema y esta equivalencia (caso fortuito = no culpa), verificables, por lo demás, en la opinión mayoritaria de los autores y de los tribunales (*vid.* STS de 9-II-1998). Sin embargo, no puede desconocerse que han empezado a apuntarse otros diseños para la delimitación de los campos respectivos de imputabilidad (aquí, *culpa*) e inimputabilidad (aquí, *caso*), fundamentalmente actuando sobre el concepto de caso fortuito²⁸.

Para Baldosa son asimilables al caso fortuito el siniestro, el accidente, la causa inevitable, y la causa independiente de la voluntad²⁹. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de diciembre de 2019 (STS/2018/2937), resuelve que:

[...] La sala, sin discutir, en modo alguno, que la contingencia de la IPT es profesional (AT) señala que, conforme al más reciente criterio jurisprudencial, se ha descartado la responsabilidad puramente objetiva del empresario en relación con esta materia, descartándose la misma cuando éste se produce por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario; en el presente supuesto, señala que el IAM es

27 En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Araba/Álava, del 30 de diciembre de 2019 (SAP/2019/1128), dispone que “[...] la fuerza mayor precisa para su aparición la concurrencia de una serie de requisitos, entre los que, una pacífica Jurisprudencia menciona los de imprevisibilidad e inevitabilidad, usualmente se atribuye esta cualidad a los acontecimientos naturales, de los que se desprende un daño y que la fuerza del hombre no es capaz de evitar, reservando, generalmente, la doctrina esta facultad a las catástrofes naturales de mayor magnitud, por lo que, consecuentemente, se ha negado esta virtualidad a fenómenos físicos habituales en la zona de que se trate y de intensidad media, y para que podamos hablar de la existencia de caso fortuito es necesario, a) que se trate de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del agente causante y, por ende, no imputable a él; b) que el acontecimiento sea imprevisto, o bien previsto pero inevitable; y c) que entre el mencionado acontecimiento y el subsiguiente evento dañoso exista un necesario vínculo de causalidad, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad, dolosa o culposa, del agente. Y, manipular un plástico con un mechero en un dormitorio, produciendo una chispa que cayó en el edredón, atravesó éste y fue a parar al colchón *viscolatex*, debe, en línea con lo sostenido por el Juzgador de instancia, de encuadrarse jurídicamente dentro del supuesto de la culpa civil del artículo 1104 del Código Civil”.

28 GIL RODRÍGUEZ, J., “Capítulo XII. Responsabilidad por incumplimiento”, en PUIG, L. y otros, *Manual de Derecho Civil II*, Madrid, Marcial Pons, 2000, 307-308.

29 Citado por GIL RODRÍGUEZ, J. Cfr. GIL RODRÍGUEZ, J. Capítulo XII, *op. cit.*, 307-308. Al respecto, *vid.* también: DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución*, Navarra, Aranzadi, 2004, 1 y ss.; CASTILLA B., M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001, 1 y ss.

una enfermedad, en principio, común y que, en el presente caso, sólo se convierte en AT en aplicación de la presunción del artículo 115.3 LGSS³⁰.

En cuanto al Derecho chileno, el artículo 1558, inciso 2.º del Código Civil subsume la ausencia de culpa en el caso fortuito, cuando establece que “[l]a mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”. Naturalmente, esta ausencia de culpa del deudor, en la constitución en mora, se subsume dentro del caso fortuito. En igual sentido, Larraín, citando a Planiol y Ripert y a Baudry-Lacantinerie, indica que:

[...] en definitiva, la determinación de si un acontecimiento constituye o no caso fortuito debe hacerse por los tribunales en cada caso concreto, en que pueda darse un procedimiento general al respecto. No obstante eso, suele discutirse en el extranjero, frente a diversos acontecimientos, si ellos constituyen o no caso fortuito. Así sucede con la guerra, las huelgas, el robo, la enfermedad o accidentes ocurridos al deudor³¹.

Nótese que Larraín se refiere expresamente al robo como una eventual fuente del caso fortuito.

En este sentido, se puede recurrir a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de octubre de 2015 (Rol Ingreso de la Corte n.º 2.734-2015), que se pronuncia respecto de un recurso de casación en el fondo, que pretendía anular el fallo de segunda instancia que rechazó la demanda por pérdida fortuita de mercaderías de la empresa Eccsa S. A., por parte del transportista, toda vez que, conforme a la cláusula novena del contrato celebrado el 9 de abril de 2009, la deudora asume a su riesgo la pérdida fortuita de las mercancías. El segundo motivo de nulidad se funda en la infracción al artículo 1547, incisos 2, 3 y 4 del Código Civil, toda vez que, de conformidad con esta norma, los contratantes pueden en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, establecer un régimen distinto al legal, disponiendo un sistema de “culpa agravada”, en cuya virtud, el empresario transportista asume el riesgo del caso fortuito o fuerza mayor. La sentencia en comento resuelve que:

[e]n cuarto término reclama el quebrantamiento de los artículos 1702 del Código Civil y 346 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el fallo censurado no considera que se encuentran acreditados la existencia del contrato de transporte, de fecha 9 de abril de 2009, en el que la transportista demandada asumió la responsabilidad, incluso, por caso fortuito o fuerza mayor, el incumplimiento por parte de la demandada al no entregar la mercancía al destinatario, el pago del siniestro por parte de la compañía de seguros y la subrogación de los derechos por parte de la aseguradora. Por último

30 En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de noviembre de 2019 (STS/2019/2052); sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de diciembre de 2017 (STS/2015/2372).

31 LARRAÍN RÍOS, H., *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2003, 219.

reclama infracción al artículo 1562 del Código Civil, por cuanto al interpretar el contrato de autos el juez debe preferir el sentido en que una cláusula produce efectos versus aquel en que no produce efecto alguno, cuestión que no realizó el sentenciador al acoger la excepción de caso fortuito, sin considerar la expresa declaración contenida en la cláusula 8 “riesgos”.

En lo medular, la sentencia de Casación establece:

[...] Tercero. Que la sentencia de primer grado, confirmada en todas sus partes por el tribunal de alzada, rechazó la demanda considerando –en síntesis– que la pérdida de la mercadería cuyo transporte se encargó a la transportista demandada se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, en los términos del artículo 45 del Código Civil, configurado por el robo de que fue objeto el camión destinado para dicho fin junto con su carga, hecho delictivo ocurrido el 8 de septiembre de 2011^[32].

A. ¿Cómo se determina el caso fortuito o fuerza mayor como un supuesto de ausencia de culpa?

En este supuesto los hechos, que dan lugar al caso fortuito o fuerza mayor, son definidos como hechos ajenos a la voluntad del deudor. La mayoría de los autores que tradicionalmente abordaron este tema caracteriza a esta figura como la que proviene de una causa enteramente ajena, o extraña a la voluntad del deudor (Claro Solar³³; Alessandri y Somarriva³⁴; Fueyo³⁵; Larraín³⁶; Vial del Río³⁷, entre otros)³⁸.

32 En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero de la Araucanía del 17 de octubre de 2012 (RUC n.º ES-08-00064-2012), dispone lo siguiente: “[...] Octavo. Que, respecto del hecho controvertido, constituido en el presente caso por la calificación de la pérdida de documentos efectuada por el ente fiscalizador, cabe señalar que para establecer la configuración de un caso fortuito, es preciso acudir a la definición del artículo 45 del Código Civil, norma que establece que el hecho de que se trate, representado en la presente causa por el extravío o pérdida de documentación tributaria, debe tener las características de imprevisible e irresistible, es decir que racionalmente no exista manera de representarse la eventual ocurrencia del hecho y que quien lo sufra, atendidas las circunstancias concurrentes, pueda evitarlo adoptando oportunamente las adecuadas medidas de resguardo. Noveno. Que, a este respecto, cabe hacer notar que durante el transcurso del proceso, la reclamante no ha acompañado antecedentes probatorios que acrediten sus alegaciones y que permitan a este Tribunal Tributario y A. establecer en forma razonable, que la pérdida de la documentación tributaria comunicada al Servicio de Impuestos Internos efectivamente fue fortuita y que el contribuyente adoptó todos los resguardos necesarios para evitarla. En este sentido, los documentos acompañados, constituidos por la denuncia efectuada ante el Ministerio Público y las publicaciones hechas en un diario de circulación nacional dando cuenta del hurto o robo, sólo permiten establecer la conducta adoptada por el reclamante con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, pero no revisten el suficiente mérito probatorio para concluir, sin lugar a dudas, que éste tomó todas las medidas necesarias para evitar que le fueran hurtadas desde su vehículo estacionado en la vía pública, las referidas facturas”. *Vid.* también: sentencia de la Corte Suprema del 22 de enero de 2009 (Rol n.º 6.739-2007).

33 Cfr. CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo undécimo, De las Obligaciones II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988, 671.

34 Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil: Fuente de las obligaciones*, actualizado por A. VODANOVIC, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1942, 184.

El caso fortuito, por tanto, es una eximente de responsabilidad por cuanto afecta a la culpa o la relación causal entre el incumplimiento y el daño³⁹. La diferencia entre el caso fortuito y la ausencia de culpa es tenue; pero es posible señalar que “un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”, tienen en común que por su sola ocurrencia, en principio, se entiende que se cumplen los requisitos del caso fortuito⁴⁰. En cambio, el supuesto de ausencia de culpa exige que la conducta debida del deudor se relacione con un hecho totalmente externo a éste. Por eso es precisamente que la dogmática jurisprudencial española excluye del caso fortuito los hechos que se ubican dentro de la esfera de control del deudor. En este sentido, la jurisprudencia española no hace más que seguir la tendencia marcada por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIGS, por sus siglas en inglés) en el artículo 79 (1). Es del caso señalar que un robo con fuerza –nuestro ejemplo– es un supuesto de fuerza mayor, salvo que se trate de una empresa de seguridad (e incluso en este caso) o que la empresa asuma un especial deber de resguardo el hecho está jurídicamente fuera de su esfera de control. Ello se apreciará claramente de lo que se señala a continuación, que determina de qué culpa responde el porteador.

B. La ausencia de culpa del porteador, o la diligencia que se le debe exigir en concreto

La cuestión se enmarca dentro de la eventual responsabilidad del porteador en el transporte terrestre. Y por tanto se debe analizar la probable culpa del porteador en dicho transporte. Y a este respecto se analizan, particularmente, dos obligaciones que se encuentran relacionadas, a saber:

-
- 35 Cfr. FUEYO LANERI, F., *Derecho Civil*, t. IV, Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo, 1958, 263.
 - 36 Cfr. LARRAÍN RÍOS, H. *Teoría General de las Obligaciones*, cit., 219.
 - 37 Cfr. VIAL DEL RÍO, V., *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Editorial Biblioteca Americana, 2003, 225.
 - 38 En contra, BRANTT ZUMARÁN, M.^a G. Cfr. BRANTT ZUMARÁN, M.^a G., *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad contractual*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010, 57.
 - 39 Baraona González entiende la externalidad en el caso fortuito como un quiebre causal. Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista chilena de Derecho*, n.º 24 (1), 1997, 175 y ss.
 - 40 En este sentido, Rodríguez señala que “[a]simismo, la definición legal coloca cuatro ejemplos clásicos (un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos y los actos de autoridad), ninguno de los cuales aparece directamente vinculado a la obligación contractual. Empero, los efectos de los hechos indicados pueden ser determinantes en el cumplimiento de una obligación contractual”. RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, 180-181.

1. La obligación de custodia y conservación de la carga

Esta obligación está consagrada en el artículo 199 del Código de Comercio en los siguientes términos: “[e]l porteador es obligado a la custodia y conservación de las mercaderías en la misma forma que el depositario asalariado”.

2. La obligación de entregar la carga al consignatario en su destino

Esta obligación es una de las principales que pesan sobre el porteador y cuyo incumplimiento acarrea su responsabilidad por los daños ocasionados al consignatario en virtud de lo dispuesto en el artículo 201, inciso 1º del Código de Comercio. La referida norma es del siguiente tenor: “[e]l transporte obliga directamente al porteador a favor del consignatario designado, debiendo en consecuencia el primero entregar al segundo las mercaderías, so pena de daños y perjuicios, tan luego como hubiere llegado con ellas a su destino”.

En cuanto a la responsabilidad del porteador, Sandoval señala que:

[d]e conformidad con las normas contenidas en los artículos 1547 del Código Civil y 207 del Código de Comercio, el porteador responde de la culpa leve, por tener interés manifiesto en el contrato. Puede afirmarse que la legislación aplicable consagra un verdadero régimen de responsabilidad del porteador, toda vez que se establecen las causales para hacerla efectiva, aquellas que posibilitan eximirse de la misma, la forma de acreditarla y las sanciones que pesan sobre él cuando ha incurrido en tal responsabilidad. Las normas que constituyen este régimen de responsabilidad son en gran medida diferentes de las consagradas en el derecho común, motivo por el cual el legislador mercantil las ha incluido en el párrafo 4 del título v del Libro II del Código de la materia⁴¹.

La responsabilidad del porteador tiene una duración limitada y se extiende desde el momento en que las mercaderías quedan a su disposición hasta la entrega satisfactoria de ellas al consignatario.

De este modo, el artículo 200 del Código de Comercio prescribe que “[l]a responsabilidad del porteador principia desde el momento en que las mercaderías quedan a su disposición o a las de sus dependientes, y concluye con la entrega hecha a satisfacción del consignatario”; y el artículo 207 del mismo cuerpo normativo, agrega: “[e]l porteador responde de la culpa leve en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte. Se presume que la pérdida, avería o retardo ocurre por culpa del porteador”.

41 SANDOVAL LÓPEZ, R., *Derecho Comercial*, t. III, vol. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 107.

En torno a la presunción de culpa del artículo 207 del Código de Comercio, Sandoval explica que:

[s]e trata, sin embargo, de una presunción legal. Corresponde, en consecuencia, al cargador acreditar solamente la causa jurídica de la responsabilidad, esto es, el contrato de transporte y la entrega de la carga. En el evento de que el porteador intente eximirse de responsabilidad acreditando la ocurrencia de caso fortuito, el cargador tendrá que probar, a su turno, que aquél contribuyó con un hecho o culpa suya al advenimiento del caso fortuito.

El 28.º Juzgado Civil de Santiago, en la causa Rol n.º C-23228-2011, conociendo de una demanda de indemnización de perjuicios, por vía de subrogación de un seguro por responsabilidad contractual, se refirió a las obligaciones del porteador y la extensión de su responsabilidad. Y a este respecto resolvió:

[...] el contrato de transporte no solamente obliga a cargar, sino que también a custodiar, conservar y, en definitiva, a entregar las mercaderías en destino al consignatario designado en la carta de porte, en el mismo estado en que las recibió del cargador y el demandado no puede eximirse de su responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato ni de las pérdidas cuya indemnización se reclama en autos, salvo que acredite las circunstancias del artículo 1457 del Código Civil, lo que no se hizo en autos (cons. 14º)⁴².

En definitiva, el porteador responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de las obligaciones que asume en virtud del contrato de transporte. En este sentido, el legislador establece una serie de causales en las cuales el porteador puede incurrir en responsabilidad y que son:

- (1) Cuando el cargador no recibiere las mercaderías en el lugar y tiempo convenido ni las cargare, según el uso de las personas inteligentes (artículo 191 del Código de Comercio);
- (2) Cuando no emprendiere o terminare el viaje encomendado por causa imputable al mismo o cuando habiendo llegado al lugar de destino no entregare la mercadería al consignatario (artículos 191 y 201 del Código de Comercio);
- (3) Por pérdida, falta, avería o retardo en la entrega de la mercadería; y más cuando ello se produjere como consecuencia de variar voluntariamente la ruta convenida (artículos 194 y 207, inciso 2.º del Código de Comercio);

42 Sentencia del 28.º Juzgado Civil de Santiago, de fecha 11 de diciembre del 2013, causa Rol n.º C-23228-2011.

- (4) Por infracción a las leyes, ordenanzas y reglamentos que cometiere en el transcurso del viaje y hasta la entrada al lugar de destino de las mercaderías (artículo 196 Código de Comercio). Cuando cometiere fraude o infidelidad en la entrega de las mercaderías (artículo 204 del Código de Comercio).

C. La culpa leve, de la que responde el porteador, no cubre el asalto a mano armada

La pregunta que queda por resolver es si la obligación de conservación de que responde el porteador, que, como se vio, es en grado de culpa leve, alcanza al supuesto analizado: tomar medidas para prever y eventualmente repeler un asalto a mano armada. Para ello se recurrirá a lo que se entiende por “culpa leve”. La culpa leve, sin otra calificación, es descuido leve o ligero. El que debe administrar un negocio como buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa (artículo 44, inciso 3.º del Código Civil). La misma norma se refiere a la culpa leve, diciendo que es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Este tipo de culpa es la regla general y si la ley se refiere a una diligencia o cuidado ordinario o mediano, de esta clase de culpa se responde. A ello se puede agregar que, a raíz de la prenda en el artículo 2394 del Código Civil, se determinan los alcances de la obligación de conservación: “[e]l acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa”. Naturalmente, este grado de diligencia no se puede extender al grado de conservación de la cosa agravado propio de las empresas de seguridad. En el caso, por ejemplo, de las empresas de seguridad, éstas deben cumplir con obligaciones de custodia reforzadas, como las exigidas por el Decreto Supremo n.º 1814, del 12 de noviembre del 2014, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la Ley n.º 17.798, sobre Control de Armas, y otros cuerpos normativos. Las empresas de seguridad responden hasta la culpa levísima o muy ligera, que es un grado mayor de responsabilidad que la propia del porteador o transportista.

La culpa levísima es aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes (artículo 44.5º del Código Civil). Ésta es la culpa que impone el máximo de responsabilidad, ya que para no incurrir en ella el deudor debe emplear la mayor diligencia. Acá, en abstracto, se debe aclarar que una empresa de transporte no es una empresa de seguridad, y las exigencias de cuidado se refieren a un riesgo específico que debe ser asignado contractualmente, como lo es el robo con violencia. En abstracto no es exigible al porteador recurrir a las medidas de seguridad que este riesgo exige, salvo acuerdo en contrario. Así se desprende claramente del artículo 184 del Código de Comercio, que establece que el porteador no responde del caso fortuito o fuerza mayor, salvo “[...] 3º. Si en la carga, conducción y conservación de las mercaderías no hubiere puesto la diligencia y cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos”. Así, no es razonable exigirle al portador que asuma una obligación de seguridad tal que impida un

asalto a mano armada⁴³. Nótese, sin embargo, hay dos excepciones a esta regla. La primera consiste en que el incumplimiento doloso del porteador genera naturalmente responsabilidad civil⁴⁴, y la segunda, en que el alejamiento de las instrucciones dadas por el cargador podría eventualmente generar responsabilidad para el porteador, como si le indica no transitar por tal o cual zona⁴⁵. Naturalmente, esta excepción guarda relación con la autonomía de la voluntad, desde que el contrato puede adicionar obligaciones de seguridad o resguardo para el porteador. Así se puede concluir que en el caso analizado, en principio, no será posible acreditar la culpa, por lo que un asalto a mano armada no dará lugar a la indemnización de perjuicios.

V. Las reglas de la pérdida de la cosa debida

Las normas del Código Civil que se refieren a esta materia son del siguiente tenor:

Artículo 1670. Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes.

Artículo 1671. Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya.

Artículo 1672. Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor,

43 Estimamos que no se pueda recurrir a la violación de un deber estatutario de seguridad, que constituya un criterio de imputabilidad objetivo. En este sentido si se ha señalado que existe una obligación del transportista de conducir a salvo a un pasajero a su lugar de destino en materia de accidentes. MAZEUD, J., H. y L., *Lecciones de derecho civil*, vol. II, parte II, traducción de Alcalá Zamora y Castillo, EJE, Buenos Aires, 1960, 48 y ss.

44 Así se ha resuelto en casos de robos simulados por el cual el porteador se apropia de la carga o permite que un tercero lo haga. Véase el caso de Puerto Rico: *R. J. Reynolds Tobacco*. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, E. G., “La indemnización por pérdida de mercancías del porteador responsable: un análisis comparado al resultado de R. J. Reynolds”, en *University of Puerto Rico Business Law Journal*, vol. 9, n.º 2, 2017, 207-209.

45 En materia de transporte, el cargador le debe dar instrucciones del itinerario en que se realizará el transporte al porteador, que comprende la ruta y horario dentro del cual se debe realizar el transporte. Cualquier alejamiento de estas instrucciones puede eventualmente generar responsabilidad del porteador. Este es un derecho de control sobre la carga que tiene el cargador, que es una extensión de su derecho de disposición sobre la carga. EMPARANZA SOBEJANO, A., “Contrato de transporte y navegación”, en BERCOVITZ (dir.), MORALEJO y QUICIOS (coords.), *Tratados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 5935 y 5936.

sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora.

El robo con violencia al porteador cae en la primera de las normas precedentes, aunque la segunda, igualmente consigna dicho supuesto. A este respecto Rodríguez señala: “[e]n otros términos, es imposible ejecutar la prestación, porque un hecho externo a la obligación, ajeno a la voluntad del deudor, imprevisto e irresistible, ha mediado entre la constitución de la obligación y su cumplimiento” (el autor se refiere a la imposibilidad absoluta de cumplimiento)⁴⁶. Como el propio Rodríguez aclara, y como señalan también la mayoría de los autores, no se debe confundir que el hecho sea irresistible con que sea inevitable. En este sentido, Brantt aclara que “[...] solo la irresistibilidad –y no la inevitabilidad– es compatible copulativamente con el requisito anterior del caso fortuito, esto es, la imprevisibilidad del hecho”⁴⁷. Así, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia del 28 de octubre de 1996 (Rol n.º 719-1996):

[...] Primero: La enfermedad no puede ser tenida como un caso fortuito puesto que no se dan las condiciones de imprevisibilidad e imposibilidad de resistir; las afecciones de la salud son propias e inseparables de los humanos y la ciencia médica no excluye, al menos, tratamientos o recursos preventivos, curativos, de atenuación, corrección o de retardo de sus efectos. En el caso de autos se da, además, como consta del proceso, que la enfermedad del actor ha sido de larga duración y prolongado tratamiento médico; las últimas licencias médicas vienen desde marzo de 1992.

Por su parte, la sentencia de la Corte Suprema del 19 de junio de 2003, Rol Ingreso de la Corte n.º 3725-2002, resuelve:

[...] Ahora bien, la imprevisibilidad del caso fortuito significa que racionalmente no existe manera de anticipar su ocurrencia o, más precisamente, que se desconozca con antelación la causa que lo provoca, razón por la cual el afectado no podrá deducirlo con un cierto grado de seguridad o certeza. Por otra parte, la ‘irresistibilidad’ significa que quien lo sufre sea incapaz de evitar su ocurrencia como sucede, al decir del mismo Código, tratándose de un naufragio, un terremoto, un acto de autoridad.

46 RODRÍGUEZ GREZ, P., *op. cit.*, 183.

47 BRANTT ZUMARÁN, M.^a G., *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad contractual*, cit., 147. Al respecto, *vid.* también: CASTRO JARA, J. L., “Caso fortuito o fuerza mayor como causal de término de la relación laboral. Requisitos del caso fortuito ¿se confunden con la inimpugnabilidad del empleador?”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6 (11), 2015, 18; SAN MARTÍN NEIRA, L., “Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, n.º XXXII (2), 2019, 123-142.

Finalmente, aun cuando la ley no lo especifica, el hecho no puede haber sido provocado por quien lo alega, puesto que ello implicaría exonerarse de responsabilidad por hecho propio y voluntario.

VI. Improcedencia de la indemnización de perjuicios contra el porteador en caso de asalto a mano armada

Naturalmente, como en este supuesto opera el caso fortuito como eximente de responsabilidad, no opera la responsabilidad civil. Sin embargo, a continuación se aplicarán las dos teorías más relevantes en torno a la procedencia de la indemnización de perjuicios –o sea, como un efecto del incumplimiento de la obligación por parte del deudor o de la ruptura de la expectativa del acreedor conforme al derecho de remedios– al supuesto que se analiza.

A este respecto cabe señalar que hoy la mayoría de los autores señala que la indemnización de perjuicios efectivamente es autónoma⁴⁸. Sin embargo, como se verá, ello podría no acontecer con la pretensión indemnizatoria por las razones que se analizarán a continuación:

A. La aplicación de la teoría clásica, deudora del *pacta sunt servada*, es esclarecedora

Hagamos el ejercicio de aplicar la teoría clásica en torno a los efectos de las obligaciones. Conforme a esta tesis –aceptada en Chile sin resistencia hace unos quince años– el acreedor, frente al incumplimiento del deudor, tenía básicamente tres derechos:

- (a) Un derecho principal, al cumplimiento específico, *in natura* o forzado, más indemnización de perjuicios moratoria;
- (b) Un derecho supletorio a la resolución del contrato, más indemnización de perjuicios, compensatoria y moratoria.
- (c) Los derechos auxiliares del acreedor.

Así, el cumplimiento forzado para el Derecho civil clásico continental no es un remedio, sino que es el efecto del contrato, es la obligación propiamente tal⁴⁹. Dentro de este sistema el cumplimiento ‘*in natura*’ o ‘*solutio*’ era el pago de la obligación

48 Al respecto, entre otros, *vid.* LÓPEZ DÍAZ, P., “La autonomía de la indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento de una obligación de dar. Corte Suprema de 30 de enero de 2020, rol 8596-2018”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 34, 2020, 275-301; LÓPEZ DÍAZ, P., “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”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 24 (1), 2018, 243-292. CÁRDENAS VILLARREAL, H. y REVECO URZÚA, R., *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, 392.

49 ABELIUK MANASEVICH, R. *Las obligaciones*, cit., 675 y ss.

contractual⁵⁰. La rigidez de los países de Derecho continental frente al cumplimiento –que llevaba a darle la categoría de subsidiario a la resolución con indemnización de perjuicios compensatoria– comenzó a diluirse a partir del comercio internacional. Ello se generó especialmente por la influencia de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería (CISG) respecto de la dogmática civil.

Para la mayoría de la doctrina tradicional, el acreedor no podía optar por la resolución sin intentar previamente el cumplimiento forzado de la obligación⁵¹. Ello se debía a que el acreedor tendría sólo derecho al cumplimiento en naturaleza y el cumplimiento en equivalencia sería excepcional (sólo operaría en caso de imposibilidad física del primero). Además, de aceptarse la posición contraria, el incumplimiento transforma a la obligación contractual en alternativa, desde que el acreedor podría optar libremente entre el cumplimiento forzado o la resolución.

Para los autores que suscriben esta posición, en las obligaciones de dar, el acreedor no puede optar entre el cumplimiento forzado o la resolución, en virtud de los siguientes argumentos:

- (a) Las obligaciones alternativas son una excepción.
- (b) Excepcionalmente, frente al incumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor puede optar por la resolución, en lugar del cumplimiento forzoso, en virtud de lo establecido en el artículo 1553 del Código Civil. Así mismo, el artículo 1537 del Código Civil permite este derecho a optar por la resolución excepcionalmente, en las obligaciones de dar, en la cláusula penal. De este modo, en los casos en que el legislador ha otorgado este derecho a opción lo ha hecho en forma expresa⁵².
- (c) Por último, conforme al artículo 1672.1.º del Código Civil, el que el acreedor deba demandar “el precio” en caso de destruirse la cosa por culpa del deudor demostraría que siempre lo que debe pedirse es el cumplimiento forzado⁵³.

50 De esta forma, para Díez-Picazo el objeto de la relación obligatoria –independientemente de la distinción entre el objeto de la obligación (que es la prestación) y el objeto de la prestación (que es un dar, hacer o no hacer)– es la prestación, o sea, el objeto de la obligación es el llamado comportamiento o conducta de prestación, o, más simplemente, ‘prestación’”. Todavía en sentido más nítido, Claro Solar señala que “[...] la palabra *pago* expresa el modo normal de extinción de las obligaciones, el modo que las partes ordinariamente han tenido sólo en vista al contratar, o sea el cumplimiento real, efectivo de la obligación, la prestación de lo que se deba”. Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II: Las Relaciones Obligatorias, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, 236; y CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. VI: *De las Obligaciones*, tomo duodécimo, *De las Obligaciones*: III, Editorial Jurídica de Chile, 1988, 45.

51 Al respecto, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho Civil*, t. III, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, s/f, 169 y ss.; BARROS ERRÁZURIZ, A., *Manual de Derecho Civil*, vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1932, 51 y ss.

52 Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil. Fuente de las obligaciones*, cit., 179-180.

53 MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, 256. En torno al cumplimiento forzado, es especialmente esclarecedora la

A favor de esta posición estaba la mayoría de la doctrina de hace más de diez años atrás, como Larraín Ríos⁵⁴, Meza Barros⁵⁵, Ramos Pazos⁵⁶ y Fueyo Laneri⁵⁷.

Esta tesis ha sido fuertemente rebatida en la actualidad⁵⁸. Es más, Somarriva ya lo hacía, inclinándose por la posición contraria. Así, a favor de esta última posición se pueden señalar los siguientes argumentos:

Ahora bien, la aplicación de la teoría clásica a este caso conllevará inmediatamente a la exclusión de la indemnización de perjuicios en caso de que el porteador sea asaltado a mano armada. Ello se debe a que una vez acreditado el caso fortuito y la fuerza mayor es totalmente imposible el cumplimiento forzado. El deudor, porteador de transporte terrestre, no podría restituir las especies robadas por un tercero. Y esto deja en evidencia la improcedencia de demandar indemnización de perjuicio subsidiaria (en la lógica de la tesis tradicional), pero aún dentro de la posición moderna del Derecho de remedios no procede demanda por razones que se expondrán.

B. Improcedencia de la demanda de indemnización autónoma conforme al denominado Derecho de remedios

Tampoco procede la indemnización de perjuicios en este supuesto, conforme al denominado Derecho de remedios. Supongamos que la pretensión indemnizatoria es satisfecha por el deudor, y, posteriormente se recuperan las especies perdidas. Este supuesto, aunque de difícil ocurrencia, es totalmente factible; entonces, tendremos que, como el contrato no se ha resuelto, las especies deberían ser entregadas por el

opinión de Larroumet, que a pesar de ser un autor moderno, expresa con gran claridad la posición de la doctrina que niega la elección alternativa entre cumplimiento forzado y resolución. Así para el referido autor, “[...] la noción de cumplimiento por equivalencia no incluye, en el momento de la celebración del contrato, la posibilidad para el acreedor de escoger entre el cumplimiento forzado de la obligación misma prevista en el contrato y el cumplimiento por equivalencia. Este último sólo procede en el caso de incumplimiento, lo que no depende de la voluntad del acreedor, sino del comportamiento del deudor, pues éste no ha cumplido normalmente la obligación misma. No se puede tratar de una obligación alternativa a elección del deudor [...], ya que el acreedor no ha consentido ninguna elección a favor del deudor entre las dos maneras de cumplir”. LARROUMET, CH. “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos: Colección de Derecho Privado*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, t. I, p. 23.

54 Cfr. LARRAÍN RÍOS, H., *Teoría General de las Obligaciones*, cit., 211-212.

55 MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones*, cit., 255-256.

56 RAMOS PAZOS, R., *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 239.

57 Por otra parte, pareciera ser que Alessandri está contra la tesis general, a pesar de que en la obra conjunta con Somarriva adhiere a la tesis tradicional. Sin embargo, el referido autor en otros textos aboga por la segunda posición. Ello presumiblemente se debe a que en las obras conjuntas con Somarriva no contiene su opinión sobre este punto. Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R., *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, t. II, 83-84; FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, 339.

58 BARCIA LEHMANN, R., *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, t. III, 87-88.

porteador al cargador. Nótese que en caso de que la indemnización sea satisfecha, y se hubiese demandado la resolución, se llegará a la misma conclusión absurda. Una vez resuelto el contrato, las partes vuelven al estado anterior, por lo que las especies también deben ser entregadas al cargador. Ambas soluciones llevan a que se genere un doble pago, que es inaceptable. Ahora bien, dentro de la teoría clásica –este problema no se generaría al tener que demandar el acreedor el cumplimiento específico, que en este caso concreto se desecharía– este supuesto jamás podría producirse; pero también conforme al Derecho de remedios –que aplica la misma eximente de responsabilidad a ambos remedios (cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios)–, de haber perecido la cosa por un hecho, que está fuera de la esfera de control del deudor, se extinguen ambos remedios.

1. Imposibilidad de demandar la indemnización de perjuicios, conforme a los criterios que determinan la procedencia del derecho de opción del acreedor: la buena fe y la razonabilidad⁵⁹

Como se verá, recurriendo a los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL), la regulación del Marco de Europeo de Referencia (DCFR) y la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería (CISG) –que son algunos de los más prestigiosos instrumentos que consagran el Derecho de remedios (los primeros son “soft law” y el segundo es una Convención internacional ratificada por Chile y que se encuentra vigente)–, se debe concluir que en el supuesto planteado no procede como remedio la indemnización de daños y perjuicios.

Lo que plantea el Derecho de remedios es que frente al incumplimiento, desde una perspectiva objetiva, el acreedor puede optar entre los diferentes remedios, que el Derecho le ofrece. Sin embargo, a este respecto, el acreedor no tiene una libertad absoluta. La opción entre remedios y los posibles conflictos entre remedios, o la sumatoria de ellos, naturalmente deben ser resueltos por el juez. En torno a esta opción se produce una tensión natural entre los intereses del acreedor y el deudor. El acreedor pretenderá que el remedio lo beneficie de la forma más extendida posible. Y el deudor pretenderá que el incumplimiento genere el menor impacto posible en su patrimonio.

La forma asignada por el Derecho de remedios para que operen las diferentes opciones es que, en principio, éstas sean acumulables entre sí, siendo la indemnización de perjuicios el derecho al que siempre podrá recurrir el acreedor; pero esa es sólo una regla general por cuanto podría haber remedios incompatibles, o improcedentes (que sería el supuesto analizado). El criterio fundamental para discriminar entre remedios es la buena fe (así se desprende del artículo III.-1:103 DCFR). Gómez señala, respecto de los DCFR, que “[u]na sección del capítulo relativo a los remedios

59 BARCIA LEHMANN, R. y RIVERA RESTREPO, J., “El derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el Derecho de remedios europeo”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 25 (3), 2019, 46-50.

frente al incumplimiento regular la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme (“Cure by debtor of non-conforming performance”); se trata de un derecho que se confiere al deudor dentro de ciertos límites de razonabilidad, en coherencia con el principio de la buena fe y con el fin de mantener la relación contractual siempre que ello resulte posible”⁶⁰.

Como se aprecia de lo señalado precedentemente, la solución del Derecho de remedios, a este respecto, proviene de la aplicación de la buena fe, y de la razonabilidad en torno a una reinterpretación de las obligaciones del contrato, como derecho del acreedor, que permite discriminar en torno a remedios específicos. La CISG recurre en estos casos a la “gestión razonable de los remedios contractuales”⁶¹. La referencia a la razonabilidad de la pretensión es específica a una serie de remedios. Así, por ejemplo, la declaración de resolución por incumplimiento del perjudicado debe hacerse en un plazo que sea razonable, y opera de forma excepcional. La previsibilidad impone una cierta probabilidad de ejecución del daño por parte del deudor, cuestión que se exige para proceder a resolver el contrato. Lo que el Derecho exige es una conducta “razonable”⁶², a todos los sujetos que se encuentran en la misma situación. En síntesis, se “objetiviza” la conducta de los contratantes⁶³.

En Chile, López plantea al abuso del Derecho como un límite al derecho de opción respecto de los distintos remedios⁶⁴. En nuestro Derecho, este control debe hacerse conforme al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, y que precisamente se refiere al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por tanto, conforme a todos estos criterios analizados, se debe concluir que no es razonable, y, ciertamente es contrario a la buena fe –dando lugar incluso a un supuesto de abuso del Derecho–, el que se pueda demandar la indemnización en el caso en que deudor/porteador haya sido asaltado a mano armada y la mercadería haya sido robada. Ello por cuanto en un caso concreto, como el que se analiza, no proceda el cumplimiento forzado por imposibilidad de cumplimiento.

60 GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, LXV (I), 2012, 45-46.

61 LÓPEZ DÍAZ, P., “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 19, 2012, 15. El criterio de la razonabilidad es aplicado en la CISG, art. 77, respecto de la obligación de mitigar el daño frente al incumplimiento, como un deber contractual del acreedor. GANDARILLAS SERANI, C., “Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual”, en CARLOS PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009, 434.

62 VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 175-176.

63 CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Parte III. Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, 217.

64 LÓPEZ DÍAZ, L., “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, cit., 13-62.

La carga, en el supuesto planteado, fue robada, mediante fuerza por unos malhechores, y consecuentemente tampoco procede la indemnización de perjuicios. Así, en los instrumentos analizados de Derecho de remedios, como los PECL, los DCFR y la CISG, en un caso como el plantado no procede, ni el cumplimiento específico, ni la indemnización de perjuicios (como se verá a continuación).

2. La comunicabilidad de la eximente de caso fortuito o fuerza mayor al cumplimiento forzado y a la indemnización de perjuicios

Está claro que tanto en el Derecho tradicional, que se refería al efecto de las obligaciones, como en el moderno, que se refiere al Derecho de remedios, no proceden ni el cumplimiento forzado, ni la indemnización de perjuicios en caso de pérdida fortuita de la cosa. Conforme a la tesis tradicional o del *pacta sunt servanda*, al operar una eximente de cumplimiento de la obligación (modo de extinguir), no procederá aplicar los restantes efectos de las obligaciones. Pero a igual conclusión se llega a través del denominado Derecho de remedios. Así, en los PECL, los remedios excluyen el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios en la medida que el incumplimiento del deudor pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108 (1) PECL (artículo 8:101 [1] y [2] PECL). El artículo 8:108 PECL establece la siguiente causal de exoneración por imposibilidad de cumplimiento –que se aplican al cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicio en la medida que no sea temporal⁶⁵:

(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias⁶⁶.

En conclusión, no es posible pedir el cumplimiento *in natura* de unas especies que han sido robadas al porteador por la fuerza. A su vez, es igualmente improcedente la demanda de indemnización de perjuicios, salvo que el actor acreditase que el porteador se hizo cargo del referido riesgo.

Conclusiones

En definitiva, respecto de las dos preguntas abordadas en el presente trabajo cabe señalar lo siguiente:

65 Los casos en que estas causales sean temporales simplemente se suspende el contrato, pero no se extinguen las obligaciones (art. 8:108 [2] PECL).

66 Morales Moreno precave que la solución de los PECL es mejor que la CISG. La CISG en su artículo 79 establece, como criterio de exclusión de la indemnización de perjuicios, el incumplimiento que esté fuera de la esfera de control del deudor; pero al no hacerla operar respecto del cumplimiento forzado a hecho a los comentaristas buscar vías cada vez más forzadas de solución para hacer que la causal de exclusión opere respecto de ambos remedios. MORALES MORENO, A., *La modernización del derecho de obligaciones*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006, 62.

(1) ¿Cómo opera la excepción de caso fortuito o fuerza mayor que opone el porteador frente a la demanda de indemnización de perjuicios de una compañía de seguro? Se han abordado tres supuestos de aplicación del caso fortuito o fuerza mayor al caso en análisis. Así, conforme a los tres planteamientos precedentes, opera el caso fortuito o fuerza mayor, salvo una modificación convencional por la cual dicho riesgo lo asume el porteador, o se infringe alguna regla del contrato o de la ley (como la transgresión del itinerario prefijado con el cargador). De estos tres planteamientos nos parece que tanto el planteamiento tradicional –es decir, el análisis de los tres requisitos de caso fortuito o fuerza mayor– como el segundo –que se refiere al caso fortuito o fuerza mayor por asalto a mano armada, como un supuesto objetivo subsumible en el “apresamiento de enemigos”– son adecuados. Sin embargo, el tercer supuesto, o sea la ausencia de culpa, permite tratar situaciones más complejas, como el alejamiento del itinerario.

(2) La improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios, ya sea desde un prisma tradicional, como si se la entiende de forma autónoma, es una consecuencia de lo ya señalado, pero totalmente compatible con ambas teorías.

Referencias

ABELIUK MANASEVICH, R., *Las obligaciones*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009.

ABELIUK MANASEVICH, R., *Las obligaciones*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, 9.^a edición, t. II, Barcelona, Bosch, 1994.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho Civil*, t. III, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, s/f.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil: fuente de las obligaciones*, actualizado por A. VODANOVIC, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942.

BARAONA GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista chilena de Derecho*, n.º 24 (1), 1997, 151-177.

BARCIA LEHMANN, R., *Lecciones de Derecho Civil chileno*, tomos III y IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

- BARCIA LEHMANN, R. y RIVERA RESTREPO, J., “El derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el Derecho de remedios europeo”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 25 (3), 2019, 19-68.
- BARROS ERRÁZURIZ, A., *Manual de Derecho Civil*, vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1932.
- BELLO, A., *Obras Completas de Andrés Bello, Código civil de la República de Chile*, n.º I, t. XIII, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago de Chile, 1890.
- BRANTT ZUMARÁN, M.^a G., *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad contractual*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010.
- BRANTT ZUMARÁN, M.^a G., “La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXXIII, 2009, 39-102.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Parte III. Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, 209-239.
- CÁRDENAS VILLARREAL, H. y REVECO URZÚA, R., *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.
- CASTILLA B., M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- CASTRO JARA, J. L., “Caso fortuito o fuerza mayor como causal de término de la relación laboral. Requisitos del caso fortuito ¿se confunden con la inimputabilidad del empleador?”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 6 (11), 2015, 13-35.
- CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, t. undécimo, De las Obligaciones II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.
- COUTASSE, A. y ITURRA, F., *Caso fortuito ante el Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958.
- CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.
- DAJCZAK, W., *Derecho romano de obligaciones*, Andavira Editora, La Coruña, 2018.

- DE LA MAZA GAZMURI, Í. y VIDAL OLIVARES, Á., *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Santiago de Chile, 2020.
- DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo v, Aranzadi, Navarra, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., “Contrato de transporte y navegación”, en BERCOVITZ (dir.), MORALEJO y QUICIOS (coords.), *Tratados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FIGUEROA YÁÑEZ, G., *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012.
- FLISFISCH BRONSTEIN, J., “Casación en el fondo, 24 de agosto de 2006. Soc. Aussicht Chile Ltda. con Municipalidad de San Francisco de Mostazal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, n.º 1, 2007, 636-642.
- FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- FUEYO L., F., *Derecho Civil*, t. IV, Imprenta y Litografía Universo, Valparaíso, 1958.
- GANDARILLAS SERANI, C., “Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual”, en PIZARRO WILSON, C. (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009, 431-449.
- GIL RODRÍGUEZ, J., “Capítulo XII. Responsabilidad por incumplimiento”, en PUIG, L. et al., *Manual de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 283-327.
- GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. II, Reus, Madrid, 1928.
- GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, LXV (I), 2012, 29-102.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del C., “2. El incumplimiento del contrato”, en BERCOVITZ (dir.) y MORALES y QUICIOS (coords.), *Tratado de contratos*, 2.^a ed., t. I, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, 1305-1351.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, E. G., “La indemnización por pérdida de mercancías del porteador responsable: un análisis comparado al resultado de R. J. Reynolds”, *University of Puerto Rico Business Law Journal*, vol. 9, n.º 2, 2017, 206-215.

JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., “Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 123, 2010, 69-98.

LARRAÍN RÍOS, H., *Teoría General de las Obligaciones*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003.

LARROUMET, CH. “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos: Colección de Derecho Privado*, t. I, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, 17-32.

LÓPEZ DÍAZ, P., “La autonomía de la indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento de una obligación de dar. Corte Suprema de 30 de enero de 2020, Rol. 8596-2018”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 34, 2020, 275-301.

LÓPEZ DÍAZ, P., “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*, n.º 24 (1), 2018, 243-292.

LÓPEZ DÍAZ, P., “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 19, 2012, 13-62.

MAZEAUD, JEAN, HENRI y LEÓN, *Lecciones de derecho civil*, vol. II, parte II, traducción de Alcalá Zamora y Castillo, EJEA, Buenos Aires, 1960.

MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009.

MORALES MORENO, A., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

- PATIÑO, H., “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2011, 371-398.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Ferrández González, Porrúa, México, 2007.
- RAMOS PAZOS, R., *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1999.
- REYES MENDOZA, L., *Derecho romano*, t. XIII, México, Red Tercer Milenio, 2012.
- RIVERA RESTREPO, J. M., “¿Es necesaria la imputabilidad para que opere el derecho de opción del acreedor?”, *Revista Iuris Tantum*, n.º 24, 2017a, 120-139.
- RIVERA RESTREPO, J. M., “El derecho de opción del acreedor ante el Derecho alemán de las obligaciones”, *Revista Jurídicas*, n.º 14 (1), 2017b, 40-53.
- RIVERA RESTREPO, J. M., “El fundamento del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual (condición resolutoria tácita)”, *Foro. Nueva Época*, n.º 19 (1), 2016a, 203-244.
- RIVERA RESTREPO, J. M., “Algunas observaciones acerca del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el *common law*”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 8 (1), 2016b, 223-233.
- RIVERA RESTREPO, J. M., “Marco Común de Referencia y derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual”, *Dikaion*, n.º 25 (2), 2016c, 266-288.
- RIVERA RESTREPO, J. M., “Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española”, *Revista Ars Boni et Aequi*, n.º 11 (1), 2014, 31-48.
- RIVERA RESTREPO, J. M. y BARCIA LEHMANN, R., “Aspectos generales en torno a la cláusula *Rebus Sic Stantibus* (teoría de la imprevisión) en España”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 47 (2), 2016, 117-150.
- RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

SAN MARTÍN NEIRA, L., “Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, n.º XXXII (2), 2019, 123-142.

SANDOVAL LÓPEZ, R., *Derecho Comercial*, tomo III, vol. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

VIAL DEL RÍO, V., *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago de Chile, 2003.