



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**LOS REMEDIOS CONTRACTUALES FRENTE AL
INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO DEL CONTRATO BILATERAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Tarek Yúsari Khaliliyeh
Profesor Guía: Carlos Pizarro Wilson

Santiago, Chile

2011

AGRADECIMIENTOS

Vayan de manera muy sincera a mi profesor guía, Carlos Pizarro, por su invaluable labor de dirección durante el proceso de redacción de esta memoria. Su paciencia y disposición para volver una y otra vez sobre el texto hicieron que ésta avanzara un largo trecho desde sus versiones preliminares. Por cierto, ninguna responsabilidad le cabe en la persistencia de los errores e insuficiencias que permanecen en ella.

Índice	Pg.
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	9
 PRIMERA PARTE: HACIA UNA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO Y UNA FUNCIÓN RESTRINGIDA DE LA “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO	
 CAPÍTULO 1: Los Incumplimientos Recíprocos	15
Sección Primera: Noción de incumplimiento recíproco	17
Sección Segunda: Criterios de determinación	21
1. Cronológico	21
2. Causalidad	22
a) <i>La mora creditoris</i>	24
3. Proporcionalidad	26
Sección Tercera: Los incumplimientos recíprocos en la jurisprudencia	31
1. Promesas de compraventa	31
2. Contratos de obra	39
Conclusión	44
 CAPÍTULO 2: Por una función restrictiva de la excepción de contrato no cumplido	45
Sección Primera: Orígenes históricos de la excepción de incumplimiento contractual	49
Sección Segunda: Fundamento de la excepción de contrato no cumplido	55
Sección Tercera: Función de la excepción de contrato no cumplido	61
1. Medio de justicia privada	61
2. Fuerza obligatoria del contrato	65
Sección Cuarta: Concepto de excepción de contrato no cumplido	66
Sección Quinta: Incumplimiento recíproco y excepción de contrato no cumplido	69
Conclusión	73

CAPÍTULO 3: ¿Existe en el Código Civil Chileno una Consagración Legal de la Excepción de Contrato no cumplido?	75
Sección Primera: El artículo 1552 del Código Civil no consagra la excepción de contrato no cumplido	76
1. La falta de coherencia de la doctrina nacional con los fundamentos históricos y función dogmática de la excepción de contrato no cumplido	76
2. Un contraste entre el artículo 1552 del Código Civil y los principales ordenamientos que consagran con carácter general la excepción de contrato no cumplido	81
3. La consagración simultánea de la excepción de contrato no cumplido y de la mora en los contratos bilaterales	86
4. Ubicación sistemática del artículo 1552 del Código Civil	89
5. Una explicación histórica de la ausencia de una norma que contemple la excepción de contrato no cumplido	91
Sección Segunda: La construcción de la excepción de contrato no cumplido por medio del principio de simultaneidad de la prestación	93
Sección Tercera: El Concepto de Mora y la Culpabilidad	98
Conclusión	108
SEGUNDA PARTE: LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS FRENTE A LOS REMEDIOS CONTRACTUALES	
CAPÍTULO 4: Incumplimiento Recíproco e Indemnización de Perjuicios	110
CAPÍTULO 5: Incumplimiento Recíproco y Pretensión de Cumplimiento	120
Sección Primera: Contenido de la pretensión de cumplimiento. Delimitación conceptual	122
1. Concepto amplio de pretensión de cumplimiento	122
2. Concepto restringido de pretensión de cumplimiento	128
Sección Segunda: Imposibilidad y pretensión de cumplimiento: la culpa como integrante del supuesto	131
Sección Tercera: Mora y cumplimiento forzado	137

Sección Cuarta: Tesis restringida de la vinculación entre incumplimiento recíproco y remedios contractuales	144
1. La excepción como modo de extinguir las obligaciones	145
2. La fuerza obligatoria del contrato y la autotutela	146
3. La paralización del contrato	147
4. La demanda por vía reconvencional como sustituto de la <i>exceptio</i>	149
Conclusión	151
CAPÍTULO 6: La Resolución ante los Incumplimientos Recíprocos	153
Sección Primera: Nociones generales	155
1. Los fundamentos y la función de la resolución	155
a) Otras fundamentaciones del instituto resolutorio	158
i) La Causa	159
ii) Garantía	160
iii) El sinalagma funcional y la protección del acreedor	160
2. Concepto de incumplimiento	165
(a) Concepto subjetivo y restringido de incumplimiento	165
(b) El incumplimiento como un concepto objetivo y común para todos los casos de insatisfacción del interés negocial del acreedor	169
Sección Segunda: La resolución frente al incumplimiento recíproco en el Código Civil chileno	180
1. ¿Existe una condición de contratante diligente en el Código Civil?	180
a) Razones para excluir la condición de contratante diligente	188
(b) La existencia de una laguna normativa en el caso de los incumplimientos recíprocos	193
(i) Revisión sucinta del debate sobre las lagunas jurídicas en la teoría del derecho	193
(ii) La discusión sobre las lagunas y los incumplimientos recíprocos dentro del Código Civil	198
Sección Tercera: La mora y la imputabilidad del incumplimiento como integrantes del supuesto de hecho del remedio resolutorio	206
1. La concesión conjunta de las acciones de resolución e indemnización de perjuicios	207
2. Las normas de la compraventa	212
3. Argumentos adicionales para proceder a resolución en los casos en que se ha dado o pagado parte de la obligación	218

Conclusión	221
CONCLUSIONES	225
BIBLIOGRAFÍA	230

RESUMEN

La memoria tiene por objeto analizar la forma en la que operan los remedios contractuales en un escenario de incumplimientos recíprocos del contrato bilateral.

Para ello, el texto consta de dos partes. En la primera se elaboran algunas bases conceptuales necesarias para determinar el objeto de estudio y aclarar ciertas confusiones que rodean a nociones e instituciones fundamentales en la materia. Así, se comienza con un tratamiento del concepto de “incumplimiento recíproco” y luego se aborda la institución denominada “excepción de contrato no cumplido” o *exceptio non adimpleti contractus*. El objetivo es ver la manera en la que se vinculan estas ideas y precisar los casos en que los incumplimientos son efectivamente recíprocos. La primera parte concluye buscando discernir si nuestro Código Civil recoge la referida excepción y con qué alcance lo hace.

Las ideas principales a este momento consisten en señalar que criterios de orden cronológico, causal y de proporcionalidad permiten afirmar que no en cualquier caso que ambos contratantes incumplen un contrato bilateral los incumplimientos tienen efectivamente el carácter de recíprocos. Por otra parte, la excepción de contrato no cumplido tiene una función definida por su historia y consagración normativa que resulta bastante más restringida que el alcance amplio que se le otorga en el medio jurídico nacional. Por último, se propone la tesis que nuestro Código Civil no contempla dicha institución – al menos de manera expresa – y su operación se encuentra sujeta al reconocimiento de ciertos principios de orden contractual.

Una vez despejado el panorama conceptual, la segunda parte de la memoria analiza la interacción o articulación de los remedios contractuales frente a un incumplimiento recíproco del contrato. Básicamente, la cuestión consiste en determinar (1) si operan y (2) de qué manera y bajo cuáles supuestos lo hacen. Los remedios que se tratan son la indemnización de perjuicios, el cumplimiento forzado y la resolución del contrato.

En esta etapa se pretende afirmar que el incumplimiento recíproco del contrato es óbice únicamente para el remedio indemnizatorio, pero no por aplicación de la excepción de contrato no cumplido, al tiempo que esta última institución solamente – siempre y cuando se acepte su procedencia en el derecho nacional – impide que triunfe una pretensión de cumplimiento. Por su parte, la resolución del contrato por incumplimiento no exige que el contratante que acciona haya cumplido con su parte del contrato, no existiendo ningún obstáculo para la resolución en un caso de mutuos incumplimientos.

Al final, se ofrecen algunas conclusiones que reflejan el desarrollo de la memoria, junto con una reflexión final.

INTRODUCCIÓN

Tanto a nivel nacional como comparado, la doctrina y la jurisprudencia sobre teoría de las obligaciones – y en particular en temas contractuales – se han visto enfrentadas de manera recurrente al fenómeno del incumplimiento recíproco de los contratos y los desafíos que este escenario plantea sobre el estudio de los efectos derivados del incumplimiento de los contratos bilaterales. En rigor, el problema radica en determinar cómo actúan los remedios contractuales (en esta tesis nos ocuparemos de tres: indemnización de perjuicios, cumplimiento y resolución) en aquellos casos en que se determina que ninguno de los contratantes ha dado ejecución a las obligaciones contraídas en virtud del contrato.

Usualmente, este problema se aborda desde la perspectiva de la *exceptio non adimpleti contractus* y, al menos en Chile, la cuestión de fondo es precisar si dicha institución es apta para atajar las acciones de indemnización de perjuicios, cumplimiento forzado y resolución de contrato en aquellos casos en que, tanto demandado como actor no han acreditado cumplir con sus mutuas obligaciones. A su vez, esta defensa del demandado referida al incumplimiento del actor se acostumbra a fundamentar – en aquellos países donde la *exceptio* no goza de reconocimiento expreso y con carácter general – en la institución de la *purgatio morae*, recogida en nuestro ordenamiento por el artículo 1552 del Código Civil. Por lo mismo, en definitiva el problema radica en el tratamiento de la mora como parte integrante del supuesto de hecho de los remedios contractuales y, dado que la mora – en su sentido tradicional – conduce necesariamente a la noción de culpa, es sobre este elemento que se realizará gran parte de la tematización de los remedios.

Lo anterior, en nuestro sistema de inspiración francesa, es especialmente problemático, dada la carencia de una regulación coherente y sistemática de los remedios contractuales. Normas acerca de sus presupuestos y efectos se pueden encontrar tanto en la parte dogmática general de nuestro Código Civil en materia de

obligaciones, como también diseminadas en distintos contratos, como el arrendamiento o la compraventa.¹

Como tendremos oportunidad de revisar, tanto doctrina como jurisprudencia nacional se han visto en el caso de resolver – especialmente con ocasión de promesas de compraventa – el destino de un contrato bilateral que no ha sido ejecutado y en el que ninguna de las partes tiene intención de perseverar, lo que pueden manifestar a través de mutuas demandas de resolución, por ejemplo. Si bien las cuestiones más complejas relativas al incumplimiento recíproco y al rol de la mora y la culpa se suscitan en razón del remedio resolutorio (y por eso será aquel el que se abordará con mayor detención), también existen aspectos relevantes que serán tratados con respecto a los demás remedios enunciados al principio.

Es frecuente que – en un contrato bilateral – frente al incumplimiento de una de las partes, la otra intente en su contra la acción resolutoria con indemnización de perjuicios. Ante esto, la parte demandada – sosteniendo que es él actor quien ha incumplido el contrato – puede oponer la excepción de incumplimiento, a fin de justificar su propia falta de ejecución de sus obligaciones, demandando reconvenzionalmente también la resolución con indemnización de perjuicios. Incluso, el demandado reconvenzional podría a su vez oponer la excepción de incumplimiento, solicitando el rechazo de la contra – demanda. Existe, en otras palabras, una mutua voluntad de desligarse del contrato. En una situación como esta, el tribunal que le corresponde conocer de la causa podría resolver que es en realidad una de las partes la incumplidora, por lo que accederá su pretensión. No obstante, puede ocurrir también – y de hecho ocurre con frecuencia – que el tribunal determine que existe un incumplimiento de ambas partes.

La vía tradicional que ha tomado la jurisprudencia² – con el apoyo de la doctrina más tradicional – es una invocación conjunta de los artículos 1489 y 1552 del Código

¹ PIZARRO WILSON, Carlos. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento. En: III JORNADAS CHILENAS DE DERECHO CIVIL (Valparaíso, 2007). Estudios de Derecho Civil III. Santiago de Chile. Guzmán Brito, Alejandro (ed. cient.). Legal Publishing. 2008. 918 páginas.

Civil para sostener (en síntesis) que por el mutuo incumplimiento de las partes sus respectivos estados de mora han resultado purgados y, por tanto, ninguna puede valerse de los remedios que a su favor dispone el primero de aquellos artículos. Y ello, afirman, es lo que se conocería como *exceptio non adimpleti contractus*. En el fondo, esta jurisprudencia entiende que la mora es presupuesto de todas las acciones que consagra el artículo 1489 del Código Civil, de modo que no proceden ante incumplimientos recíprocos. Como puede desde ya observarse, la solución aparece como sumamente problemática, toda vez que deviene en una situación de parálisis contractual, donde ninguna de las partes puede bien exigir de la otra el cumplimiento como tampoco desligarse de un contrato que podría tornarse inútil para ambas.

Frente a esto, algunas sentencias³ de la Corte Suprema han resuelto declarar disuelto el contrato, pero sin conceder la indemnización de perjuicios solicitada por las partes, precisamente en razón del artículo 1552 en concordancia con el artículo 1557 del Código Civil. Para llegar a esta solución, han señalado que el artículo 1489 del

² G. de T. 1877 S. 3442 página 1733; G. de T. 1888 t. 2 S. 1928 página 117 (citadas en: VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Las Obligaciones Condicionales*. Concepción. Escuela Tipográfica Salesiana. 1945. Página 279); recientemente: *Hernández Pastén con Rodríguez Cabrera*. C.S. 09.03.2009. Rol 6859 – 2007. N° Legal Publishing 41746; *Saavedra de la Paz con Ramírez Pijoan*. C.S. 01.09.2005. Rol 3812 – 2005. N° Legal Publishing 32772; *Sociedad Arata S.A.C.I. con Sociedad Inmobiliaria El Alarife S.A.* C.S. 15.06.2009. Rol 9907 – 2005. N° Legal Publishing 42267; *Pepe Pizza y Compañía Limitada con Lazcano Zamora*, C.S. 13.08.09, Rol 2459 – 2008. N° Legal Publishing 42482. En Colombia, con quien compartimos Código Civil (si bien la numeración del articulado no coincide), la tendencia ha sido la misma: “*Las disposiciones de los artículos 1546 y 1930 del C.C. han de entenderse y aplicarse en armonía con el 1609. La acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora*” (Casación de 17 de septiembre de 1954) o “*...en caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2° del artículo 1546 del C.C.*” (Casación 25 de marzo de 1950): citadas ambas en: GAMBOA S, Mario. *La Condición Resolutoria Tácita y la Excepción de Contrato No Cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro Código Civil y en la Jurisprudencia Comparada*. En: TAMAYO J., Javier (coord.). *Tendencias Modernas del Derecho Civil. Propuesta de Reforma a la Legislación Civil*. Bogotá, Colombia. Temis. 1989. Páginas 304 y 305.

³ *Aravana con Lizarralde*, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 29.07.1931, RDJ XXVIII, 2ª parte, Sección 1ª, páginas 689 y siguientes; *Centro Médico y Dental Santa Marta Limitada con Verdugo Barrios*. C.S. Rol 512 – 2003. FM N° 517. Páginas 3365 y ss.; *Parra Riffo con Rafide Morales*. C.S. 19.8.2009. Rol 1744 – 2008. N° Legal Publishing 42558;

Código Civil no resuelve el problema de los incumplimientos recíprocos, por lo que existe una laguna que corresponde integrarse con los principios generales de la legislación y la equidad, atendiendo asimismo a los fundamentos de la acción resolutoria.

Así, el argumento que se pretende desarrollar en esta tesis es principalmente como el tratamiento que se le ha dado – sobretodo en Chile – a estos problemas ha revelado ser inadecuado, tanto en razón de confusiones de orden conceptual como a una manera incorrecta de concebir los fundamentos y la manera de operar de los remedios contractuales en medio de las modernas condiciones de contratación en que se desenvuelve el tráfico jurídico.

Por lo mismo, la primera parte de esta tesis busca diseñar un marco general que permita abordar pormenorizadamente los remedios con las herramientas provistas por éste. Por lo mismo, se intentará definir precisamente qué es un incumplimiento recíproco de un contrato bilateral y en qué casos estos se presentan, echando mano a ciertos criterios y principios que ha aportado la doctrina comparada y alguna legislación de derecho uniforme. La idea es mostrar que no todos los casos en que ambas partes han dejado de ejecutar sus obligaciones son auténticos o efectivos incumplimientos recíprocos. En seguida, se desarrolla la institución de la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido, a fin de precisar su estructura y función dogmática, lo que permitirá comenzar a clarificar como se articula con los remedios contractuales. Hecho esto, corresponderá entonces analizar la vinculación entre la *exceptio* y los incumplimientos recíprocos, para determinar si la situación de hecho en la que actúa la institución es aquella de los dobles incumplimientos o bien si existe o no un correlato necesario entre incumplimiento recíproco de los contratos y *exceptio*.

Finalmente, en esta parte general se ofrecerán algunos argumentos relativos a la presencia de la *exceptio* en nuestro ordenamiento, principalmente enfocados al artículo 1552, cual es la norma que se acostumbra citar en apoyo de esta defensa que beneficia al deudor demandando.

De este modo, fijados los límites del tema, será posible abocarse al estudio particular de cada uno de los remedios mencionados, a fin de determinar – en el fondo – si la mora es o no condición de procedencia de las distintas acciones y, por tanto, si un recíproco incumplimiento en realidad constituye un obstáculo para decretar la resolución de un contrato, su ejecución forzada o bien la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento. Como se insinuó, los desafíos más interesantes suceden con ocasión del remedio resolutorio, por lo que será ahí donde se ofrezcan la mayor cantidad de argumentos. Ellos serán, en principio, extensibles a los demás remedios.

Así, algunas hipótesis que se busca abordar son las siguientes:

- No toda situación en la que ambas partes han incumplido un contrato bilateral es un efectivo incumplimiento recíproco del contrato. Ciertos criterios permiten hacer prevalecer uno u otro incumplimiento a la hora de resolver sobre la procedencia de los remedios invocados por las partes.
- La excepción de contrato no cumplido es una institución que se explica históricamente, y se construye estructural y funcionalmente, de manera de resultar su interposición dogmáticamente coherente sólo frente a una acción de cumplimiento forzado.
- Nuestro Código Civil no regula de manera expresa y con carácter general la excepción de inejecución contractual, siendo el artículo 1552 una norma cuyo objeto es regular la mora en los contratos bilaterales a efectos de determinar la procedencia de la indemnización de perjuicios.
- El incumplimiento recíproco de los contratos bilaterales no sería un impedimento para acceder a la resolución del contrato y ello sin necesidad de estimar la presencia de una laguna normativa. Si sería, en principio, motivo para rechazar la pretensión de indemnización de perjuicios y de cumplimiento.

Por tanto, corresponde comenzar con la configuración de lo que es efectivamente un recíproco, mutuo o doble incumplimiento de un contrato bilateral.

PRIMERA PARTE:

**HACIA UNA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO Y
UNA FUNCIÓN RESTRINGIDA DE LA “EXCEPCIÓN DE
CONTRATO NO CUMPLIDO”**

CAPÍTULO 1:

LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

El fin de este capítulo es determinar en qué situaciones nos encontramos ante incumplimientos que tienen efectivamente el carácter de recíprocos. Resulta crucial distinguirlos de aquellos en los que, si bien ninguna de las partes del contrato bilateral ha ejecutado cabalmente las obligaciones que le corresponden, es posible considerar por alguna razón a uno de los incumplimientos prevalente o predominante por sobre el otro. La articulación de situaciones como esta última con la operación de los remedios contractuales es más simple, y se sigue de los mismos criterios que determinan la prevalencia de un incumplimiento por sobre el otro. Se postula en esta tesis que los casos problemáticos son aquellos en que se verifica lo que se puede denominar “auténticos incumplimientos recíprocos”.⁴

Tres criterios se han ofrecido en doctrina para determinar la reciprocidad en los incumplimientos, junto con distinguirlos de aquellas hipótesis similares en las que no existe un verdadero incumplimiento mutuo de las obligaciones que nacen de un contrato bilateral. Lo anterior permite establecer la vinculación que existe entre la *exceptio non adimpleti contractus* con el incumplimiento recíproco de los contratos bilaterales y como esta vinculación es relevante con respecto a los remedios

⁴ En este sentido: CAPRILE B., Bruno. La excepción de contrato no cumplido: algunos problemas y, en especial, su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes. Legal Publishing. 2011 (**texto en prensa**). Página 21; quien llama la atención sobre la necesidad de concentrar el análisis en esta clase de hipótesis a fin de determinar la articulación entre los incumplimientos, la *exceptio non adimpleti contractus* y los remedios contractuales.

contractuales. Se incorporarán, a modo de ejemplo, algunas sentencias en las que se da por establecida la verificación de incumplimiento recíproco de los contratos y se evaluará dicha determinación de manera crítica. Además, veremos que los problemas más serios se presentan con respecto a la acción resolutoria, especialmente en aquellos casos en que la pretensión de resolver el contrato se encuentra presente en ambas partes. Se ofrecerá entonces una caracterización de la naturaleza de los incumplimientos.

SECCIÓN PRIMERA: NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO.

La noción de “incumplimiento recíproco” identifica como tales a un escenario configurado por la no ejecución exacta, íntegra y oportuna de las obligaciones que surgen para ambas partes de un contrato bilateral, lo que se traduce o materializa en una situación de pasividad de ambos contratantes en la que ninguno de sus incumplimientos puede reconducirse – en virtud de algún criterio jurídicamente relevante – al incumplimiento de la contraparte. En un caso como este, ninguna de las partes quiere o puede cumplir (al menos en términos útiles) con sus respectivas obligaciones, por lo que si alguna de las éstas ofrece o está llana a hacerlo, el evento del incumplimiento pierde su carácter de recíproco. Dicha situación no resulta problemática en tanto ninguna de las partes decida romper el estado de inacción mediante una acción judicial derivada de la insatisfacción de su crédito. La situación se vuelve compleja si, en cambio, se ejerce alguna pretensión judicial.

A propósito de la *exceptio non adimpleti contractus*, Giovanni Persico⁵ propone tres criterios para determinar en qué casos un incumplimiento predomina o prevalece por sobre otro: *temporalidad*, *causalidad* y *proporcionalidad*. En general, según dicho autor, sería contrario a la buena fe que un contratante incumplidor oponga a su contraparte dicha *exceptio* cuando su incumplimiento es determinante para aquel de la parte contra la que se opone la *exceptio*. En este sentido, sólo podía interponerse válidamente la excepción de incumplimiento contractual cuando el incumplimiento del actor es independiente en todo sentido del incumplimiento del *excipiens*.⁶ Si el primero de ellos podía explicarse de alguna forma por este último, la *exceptio* debía de ser rechazada. Los criterios propuestos pueden ser utilizados precisamente para hacer operativo este principio general y de este modo identificar los casos en que los incumplimientos son efectiva o auténticamente recíprocos en los que ambas partes se encuentran en una situación de equivalencia. Ello es lo esencial para nuestra

⁵ PERSICO, Giovanni. L'eccezione d'inadempimento. Milano. Dott. A. Giuffrè. 1955. Páginas 140 y siguientes. En el mismo sentido: MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. 2ª edición. ORBIR. 1976. Página 459.

⁶ Lo mismo si el incumplimiento del demandado es provocado por el del actor y quisiera interponer una acción derivada de ese incumplimiento.

problemática, pues la idea es determinar qué sucede en aquellos casos en los que un contratante demanda a su deudor incumplidor de cumplimiento forzado, resolución y/o indemnización de perjuicios y se determina por parte del tribunal llamado a conocer la causa que ninguna de las partes ha dado cumplimiento a sus obligaciones ni ha estado llano⁷ a hacerlo. Se plantea por tanto la pregunta acerca del destino que corren aquellas acciones ante esta mutua situación de incumplimiento.

En general, ninguno de los contratantes puede valerse de los remedios que se establecen en favor del acreedor incumplido si es su propia conducta la que ha provocado el incumplimiento de la otra parte y en virtud del cual recurre al remedio o acción que hace valer.⁸ Por lo tanto, cada vez que se constate una circunstancia de

⁷ La generalidad de la doctrina y jurisprudencia han establecido que la mera manifestación de voluntad de encontrarse dispuesto a cumplir no es suficiente para que el contratante sea calificado como “llano a cumplir”. En este sentido se pronuncia Alessandri, al sostener que: “*Allanarse a cumplir la obligación es manifestar la voluntad de satisfacerla **efectivamente**; no es suficiente una mera declaración teórica vacía de todo contenido real que atentaría contra los principios de buena fe y equidad con que deben llevarse a cabo los contratos. Y más adelante, “...la mera afirmación de esto último (i.e. la disposición a cumplir) sería intrascendente si, al mismo tiempo, no acredita el cumplimiento real del propósito, ya sea consignando el dinero a la orden del tribunal, ya en otra forma cualquiera que asegure la realización del manifestado propósito”, voluntad que debe “*exteriorizarla dando principio a la ejecución*” (ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. Tratado de las Obligaciones. Segunda Edición Ampliada y Actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Volumen II. Página 298); También en RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica. 2008. Página 231). La jurisprudencia ha refrendado una interpretación similar: *Sociedad Inmobiliaria y Comercial Santa Elena S.A. con Juan Carlos Aguirrebeña Peragallo*, rol 1036 – 2001; C.S. 5.04.2001, N° Legal Publishing 18358; *Moroni con De La Cruz*, rol 3518 – 1996, C.S. 2.12.97, N° Legal Publishing 29764. Se ha formulado una interpretación diversa de la norma contenida en el artículo 1552, referente a la imposibilidad de allanarse a cumplir en tiempo y forma una vez que la obligación se encuentra incumplida, toda vez que dicho “tiempo” y “forma” son precisos y determinados por el contrato o la ley en subsidio. Una vez verificado el incumplimiento (que se caracteriza justamente por la inejecución de la prestación del modo y en el momento en que se pactó) no se podrá cumplir con lo prescrito en el artículo 1552 según se entienda en su comprensión tradicional (SÁNCHEZ LÓPEZ, Nicolás. Excepción de contrato no cumplido y la ejecución forzada de la obligación en el Código Civil chileno. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2005. Páginas 79 y ss.).*

⁸ Veremos que ello no es sino aplicación del criterio de causalidad propuesto más abajo. En este sentido se pronuncia el artículo 8:101 (3) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (P.E.C.L. en su sigla en inglés), que establece: “(3) *A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance*” (“La parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte”). Igual principio se encuentra establecido en el artículo 80 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de

estas características habrá de rechazarse la acción intentada por el acreedor. Lo anterior puede justificarse ya sea en consideraciones de buena fe y equidad en la ejecución de los contratos, o bien en atención a razones de causalidad o exoneración de responsabilidad por el incumplimiento. Podría estimarse tanto que el incumplimiento del demandado se excusa en el incumplimiento del actor que causa el suyo o incluso que no puede siquiera considerarse como un efectivo incumplimiento por la misma razón. Si bien podría también aducirse argumentos relativos a principios como la *compensatio mora* (“*la mora purga la mora*”) o la misma *exceptio non adimpleti contractus*, veremos más adelante que el alcance de dichos institutos es limitado y coherente sólo con ciertas acciones o remedios.

Usualmente la discusión anterior se vincula con el requisito de cumplimiento del actor para valerse de los remedios contractuales, en particular la resolución del contrato por incumplimiento.⁹ Sin embargo, la óptica desde la que se aprecia la situación anterior es diversa, toda vez que el foco se encuentra en la vinculación del incumplimiento del legitimado pasivo (demandado) en relación con aquel del demandante. Por supuesto que es a propósito del requisito del contratante diligente que se aborda la problemática de los incumplimientos recíprocos, pero para ello se debe primero despejar el terreno, afirmando además del principio más arriba formulado, que si el incumplimiento del actor encuentra su fundamento en aquel del deudor demandado, no existe óbice para que recurra a la resolución o cumplimiento forzado de la obligación (no obstante haber incumplido). En este sentido, se ha declarado reiteradamente – en particular con respecto a la acción resolutoria – que la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución y *libera a la otra parte desde entonces de sus compromisos*, por lo que *puede solicitar la resolución el demandante que ha incumplido a consecuencia del incumplimiento anterior del demandado*.¹⁰

Mercaderías (en adelante CISG en su sigla en inglés) y en el artículo 7.1.2 de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante UNIDROIT). Lo mismo con los medios de defensa concedidos al deudor en tanto el incumplimiento que alega del actor no es más que consecuencia o reflejo de su propio incumplimiento.

⁹ *Vid. infra* páginas 180 y ss.

¹⁰ En este sentido, por todos: CLEMENTE MEORO, Mario. *La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento*. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 2008. Páginas 178 y 179.

Las ideas previamente enunciadas resultan relevantes para determinar la suerte que corre una acción derivada del incumplimiento cuando el demandado se defiende aduciendo que tampoco el demandante ha cumplido sus obligaciones. Por ello, se ha señalado que a fin de determinar que incumplimiento se constituye en prevalente para efectos de decretar la resolución (lo que puede extenderse a los demás remedios), ha de atenderse principalmente a los 3 criterios listados más arriba. Así, el incumplimiento que sea causa del otro o lo preceda temporalmente, o bien sea de una importancia mayor de acuerdo a la economía del contrato será aquel que determine la legitimación pasiva de la acción.¹¹ Al contrario, no presentándose ninguna de estas circunstancias, los incumplimientos pueden ser calificados de recíprocos y la solución se torna más compleja. Corresponde por tanto caracterizar cada uno de estos criterios y determinar con qué grado de autonomía pueden actuar.

¹¹ *Ibid.*; DIEZ - PICAZO, Luís. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. 5ª edición. Madrid, España. Civitas. 1996. Volumen II. Página 721.

SECCIÓN SEGUNDA: CRITERIOS DE DETERMINACIÓN

1. Cronológico

Aquel incumplimiento que se verifica con anterioridad al otro resulta prevalente. Aplicando dicha noción a una demanda resolutoria, por ejemplo, aquel que incumple antes no puede instar por la resolución, mientras que aquel que incumple después se encuentra legitimado para hacerlo. En este sentido, el segundo incumplimiento se excusa por el primero. Sin embargo, dicho criterio no funciona apropiadamente de manera autónoma. Si entre ambos incumplimientos únicamente se aprecia una diferencia temporal, pero no existe conexión alguna entre ellos, no resultaría apropiado excusar el incumplimiento posterior.

Una primera dificultad es que la temporalidad de los incumplimientos resulta compleja de determinar en aquellas obligaciones que han de cumplirse de manera simultánea, sea o no inmediatamente después de la perfección del contrato. Si ambos contratantes se encuentran obligados a cumplir al mismo tiempo, la no ejecución de la prestación una vez que esta se haya hecho exigible configurará el estado de incumplimiento, el que necesariamente se verificará de forma simultánea para ambas partes. Por el contrario, si una de las obligaciones se encuentra sujeta a término suspensivo y la otra no, en caso de producirse la inejecución de esta última una vez cumplido el plazo, dicho incumplimiento será prevalente, por lo que no podría verificarse un escenario de incumplimientos recíprocos en el caso que, cumplido el plazo de la segunda obligación, ésta tampoco se ejecute. Sin embargo, puede darse el caso en que antes de cumplirse el plazo, sea manifiesto y cierto que la obligación del contratante beneficiario se haya tornado imposible por su culpa, situación en la que el establecimiento del plazo no alterará el criterio cronológico.

Por otra parte, es difícil aceptar la prevalencia de un incumplimiento anterior si este no es causa o motivo de aquel que se produce con posterioridad. El sólo hecho de ser anterior no puede ser por sí mismo criterio suficiente para atribuir preferencia y descartar, por tanto, un verdadero incumplimiento mutuo. Verificado el segundo

incumplimiento, es posible que este no se pueda explicar ni justificar en aquel producido antes, situación en la cual es plausible hablar de incumplimientos recíprocos o dobles. Por lo mismo, el criterio cronológico no podrá operar normalmente de manera autónoma pues debe, en cambio, incorporar factores de causalidad en la fijación de los incumplimientos. Por lo mismo, corresponde que su tratamiento se realice a continuación junto con el elemento causal. Ello se verá ilustrado más abajo con algunos fallos relevantes en la materia.

2. Causalidad

En virtud de este criterio, aquel incumplimiento que es causa del otro resulta prevalente y no se verifica, en esta situación, un verdadero incumplimiento recíproco. El contenido de este criterio es de variada índole.

El caso más claro es aquel en que el incumplimiento de un contratante es la causa material y directa del incumplimiento del otro. Con ello se hace referencia a una noción de imputación objetiva, de manera tal que haciendo uso de criterios como los que proveen las teorías de la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el incumplimiento posterior pueda reconducirse al anterior. En otras palabras, la ejecución de la prestación a la que se hallaba obligado uno de los contratantes resulta necesaria para que el otro contratante pudiese ejecutar la que a él corresponde. Por ejemplo, en un contrato de confección de vestuario (“de obra”), una de las partes se obliga a confeccionar y entregar dichas prendas a otra, la que se obliga por su parte a entregar los diseños de dichas piezas y a pagarlas a contra – entrega. Por supuesto, si el comprador no envía los diseños y por ello el vendedor no puede confeccionar y enviar las prendas, ambos incumplimientos no tendrán el carácter de recíprocos.¹² En un caso como este, no

¹² CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Páginas 177 y 178. Rodríguez Grez ilustra el caso en el que se vende una especie mueble, dejándose constancia de que ella está gravada con una prenda común que se alzarán con el pago del precio que recibirá el vendedor. Si dicho precio no se paga, el vendedor se coloca en la imposibilidad de hacer la tradición del bien liberado de todo gravamen. En este caso, el vendedor puede ejercer la acción resolutoria y el demandado no podrá alegar a su favor la excepción de inexecución. En este caso, por supuesto, las obligaciones no se entienden de cumplimiento simultáneo, por lo que la hipótesis de

corresponderá que el comprador inste, por ejemplo, por la resolución del contrato o demande los perjuicios que se siguen de dicho incumplimiento, ya que la inexecución del contrato es imputable a si mismo.

En este caso no resulta necesario que las obligaciones incumplidas sean aquellas que se estima se encuentran en relación de estricta interdependencia. En general, la obligación de pagar el precio será aquella recíproca con la de entrega, pero en un caso como el recién descrito, es el incumplimiento de otra de las obligaciones que nacen del contrato aquella que determina causalmente el incumplimiento del otro contratante.¹³ Es evidente que ello será así, dada la materialidad del contenido de las prestaciones.

Otro sentido en el que puede traducirse esta causalidad no es de carácter material y se vincula con una especie de ejercicio extrajudicial de la *exceptio non adimpleti contractus*. Se puede presentar el caso en que una de las partes se abstenga de cumplir la obligación que sobre ella pesa en vista del incumplimiento de su contraparte en el contrato y el temor a cumplir al descubierto (*i.e.* sin garantías de que a su turno recibirá aquella prestación a la que tiene derecho). Para que ello sea posible, este último incumplimiento ha de ser también necesariamente anterior en términos cronológicos, por lo que no podría verificarse en una hipótesis de exigibilidad simultánea de las obligaciones.¹⁴ Demandado el *excipiens*,¹⁵ este podrá justificar su incumplimiento en el previo incumplimiento del actor, pero debe encontrarse de todos modos llano a cumplir, toda vez que si aquel no es el caso, no puede tenerse por razonable su alegación. Sin embargo, puede apreciarse que en realidad en este caso el incumplimiento es sólo uno y corresponde al actor. El deudor que se encuentra llano

incumplimiento recíproco se podrá producir únicamente si el incumplimiento de la obligación que se torna exigible primero no incide en el eventual incumplimiento de la otra (RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. *Ob. cit.* Página 234).

¹³ En un sentido similar se pronuncia Alessandri, en: ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, *Ob. cit.* Página 299.

¹⁴ Sin perjuicio de algunas hipótesis de ejercicio *preventivo* de la excepción de inexecución contractual, tal como la contenida en el artículo 1826 inciso 4° del Código Civil. (*infra* página 82 n.90).

¹⁵ Con este término se denota a aquella parte que potencialmente está habilitada para interponer la “excepción de contrato no cumplido”.

a cumplir no puede considerarse efectivamente un incumplidor. Si con posterioridad pierde la voluntad de cumplir o su cumplimiento deviene en imposible por razones ajenas al incumplimiento del actor, podríamos encontrarnos ante un escenario de incumplimiento recíproco *sobreveniente*. Si las obligaciones no son de cumplimiento simultáneo y ambas se incumplen sin conexión causal, también se podría hablar de incumplimiento recíproco.

(a) La mora creditoris

Un pequeño alcance ha de establecerse con esta institución que también se vincula con el supuesto de causalidad que se viene analizando. La *mora creditoris* es aquella situación en la que el acreedor no comparece, se resiste o niega a recibir la prestación del deudor. Precisamente, una de las obligaciones del acreedor es no entorpecer o dificultar la ejecución de la obligación por parte del deudor y, por tanto, si lo hace incumple una de las obligaciones que emanan del contrato bilateral (lo que a su vez se traduce en una inejecución por parte del deudor). Existe de todos modos una diferencia entre este supuesto y lo que se ha señalado más arriba con respecto al criterio de causalidad. Ésta radica en que en la mora del acreedor su incumplimiento afecta a un deber que le corresponde en virtud de su *posición activa* en la relación jurídica. Corresponde al acreedor, en tanto acreedor, no impedir en condiciones contrarias a la buena fe el cumplimiento de la obligación que el deudor trata de realizar.¹⁶ En la *mora creditoris* es precisamente este deber el que se contraviene. Por

¹⁶ Ello ocurriría, por ejemplo, en un contrato simple de ejecución de obra material en el que el dueño de la obra se niega injustificadamente a permitir el acceso de los trabajadores de la constructora al sitio de la obra, impidiéndoles por tanto satisfacer su obligación consistente en efectuar ciertas reparaciones y cambios a la obra pactada. En un caso como este no se aplicaría el principio del *purgatio morae* ya que la contraparte estaba dispuesta a cumplir con sus obligaciones. En caso contrario, la resistencia no habría podido apreciarse y no se podría, por tanto, hablar de *mora creditoris*. Si existió dicha resistencia es únicamente porque existía intención de la parte contraria de cumplir, toda vez que de no ser así, no podría verificarse resistencia a una conducta inexistente. Una situación similar se produjo en las causas *Constructora y Hormigones Copat Limitada con Sociedad Pesquera Gales Limitada*, 2556 – 2008, C.S. 13.10.2009, N° Legal Publishing 42838 y *Hernández Pastén con Rodríguez Cabrera*, 6859 – 2007, C.S. 9.3.2009, N° Legal Publishing 41746. Sin embargo, el reconocimiento por parte de la Corte de una hipótesis de *mora creditoris* se produce sólo en la primera de estas causas, mientras que en la segunda – como se verá más abajo – el incumplimiento del deber

el contrario, hasta el momento el análisis se ha centrado en los contratos bilaterales, donde el incumplimiento de ambas partes se produce en sus respectivos roles de deudoras.

Sin embargo, de todas formas puede encuadrarse los casos de mora *creditoris* dentro del criterio de causalidad – esta vez por omisión – que obsta a que exista un escenario de mutuos incumplimientos. Debe tenerse presente que se ha señalado que para resolver un contrato por incumplimiento, es necesario que el incumplimiento de una de las partes no haya sido provocado por la otra,¹⁷ cuestión que acontece precisamente en un caso de mora del acreedor.

Ha de aclararse además que en los casos de mora *creditoris* existe de todas maneras un incumplimiento por parte del deudor.^{18 19} Si bien debe tomarse en cuenta que para que se verifique la situación que comentamos es necesario que el acreedor impida el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, lo que sólo podría producirse en la hipótesis en que éste último hubiere intentado cumplir (estuviese llano), ya que en caso contrario no podría apreciarse la resistencia del acreedor, una aproximación al fenómeno del incumplimiento desde la perspectiva de éste último califica igualmente de “incumplimiento” aquella inejecución que se debe a la falta de colaboración del acreedor.²⁰ Sin embargo, como es evidente, las consecuencias que se siguen de este incumplimiento son diversas a las generales. Por supuesto, el

del dueño de la obra de permitir el paso de los trabajadores del contratista se analiza en el marco de un incumplimiento recíproco.

¹⁷ DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 708 y 721.

¹⁸ Para un concepto objetivo de incumplimiento, *vid. Infra* página 168.

¹⁹ Baraona González es de la opinión contraria: “...la mora del acreedor impide considerar al deudor en incumplimiento, lo que indica que hay una obligación vigente pero no existe el deber actual de cumplir. Ambas constataciones llevan a concluir que el fundamento de ambas circunstancias está en la inexigibilidad temporal que la mora del acreedor produce en el deber de prestación. Por ello, aparte de excluir la mora deuditoris, la mora del acreedor, al hacer inexigible temporalmente la obligación, excluye el retraso” (BARAONA GONZÁLEZ., Jorge. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Madrid, España. Dyckinson, S.L. 1998. Página 44).

²⁰ “En cuanto a la mora del deudor, se afirma que es incompatible con la del acreedor, iniciada la mora del último no subsiste la del primero. El fundamento para unos está en la oferta de pago (comportamiento del deudor) y otros creen que se encuentra en la propia mora *creditoris* (falta de deber de cooperación debida por el acreedor): BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 43. El autor posteriormente se inclina por la segunda opción.

acreedor se encontrará impedido de solicitar la reparación de los perjuicios, ya que no concurre el elemento subjetivo en la conducta del deudor. Asimismo, este último se encontrará legitimado para disponer de los distintos remedios que le otorga el sistema jurídico ante el incumplimiento del acreedor.

3. Proporcionalidad

Este criterio generalmente operará de manera conjunta con el de causalidad o el cronológico, principalmente atemperando sus efectos. Es, de cierta forma, un criterio negativo. En este sentido, un incumplimiento no puede tenerse por causa de otro si resulta comparativamente irrelevante o de escasa importancia atendido el fin práctico o economía del contrato. Lo mismo acontece con un incumplimiento que es cronológicamente anterior a otro si no es, atendida su naturaleza, esencial o grave de acuerdo a los mismos parámetros. Con respecto a la entidad de los incumplimientos, Ramella señala,

“...será menester que ambos incumplimientos revistan la suficiente entidad que es imprescindible para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria, pues si sólo uno de ellos es importante, sólo a cargo del respectivo deudor serán las costas y contra él será procedente la pretensión resarcitoria que se haya deducido”.²¹

Para dicho autor, la resolución es procedente si las pretensiones de ambas partes coinciden en su voluntad de desligarse del contrato, por lo que el pleito se reduce a la pretensión indemnizatoria. En esto resulta relevante comprobar la verdadera reciprocidad de los incumplimientos, pues de no tener dicha característica, corresponde la condena de los perjuicios a la parte cuyo incumplimiento es importante en términos resolutorios y en el marco de la economía del contrato. En cambio, si una de las partes se opone a la resolución, a juicio del autor habría que desestimarse la acción sin considerar la reciprocidad del incumplimiento.

²¹ RAMELLA, Anteo E. La Resolución por Incumplimiento. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1975. Página 203.

La jurisprudencia en Chile ha utilizado este criterio en un caso de alta importancia doctrinal.²² En éste, la Corte Suprema decide desechar la excepción de contrato no cumplido interpuesto por la demandada fundando su decisión en que la entidad de los incumplimientos imputados a la actora es menor en comparación al incumplimiento de la parte demandada. La Corte razona en atención a que el contrato impuso a ambas partes obligaciones de diversa índole y trascendencia, siendo las principales la entrega de las 30.000 toneladas de óxido por parte de ENAMI y el sometimiento de dicho material al proceso de lixiviación y la instalación de una planta para dicho efecto por parte de Incomin S.A. Si bien se puede estar en desacuerdo con la importancia que la Corte atribuye a cada una de las obligaciones y, por ello, a su incumplimiento, lo relevante a estos efectos es que el máximo tribunal utiliza un criterio de proporcionalidad del incumplimiento que justifica la interposición de la excepción de contrato no cumplido y, en general, de la noción de incumplimiento resolutorio, para descartar la existencia de incumplimiento recíproco del contrato. A este respecto señala:

“Es conveniente centrar el interés en la observación anterior (referida a la índole y trascendencia de las obligaciones) porque el incumplimiento que ENAMI atribuye a Incomin S.A....se encuentra referido únicamente a las obligaciones que, en el contexto de lo estipulado, exhiben una importancia de menor relieve respecto de aquellas que se acaba de destacar (la entrega del material por una parte y la construcción de la planta y la lixiviación por la otra).

²² *Incomin S.A. con ENAMI*, C.S. 31.03.2003. Rol 1594 – 2001. FM 508. Páginas 55 a 75. La Empresa Nacional de Minería (ENAMI) celebró un contrato de maquila de minerales oxidados de cobre con Incomin S.A., en virtud del cual la primera se obligaba a entregar mensualmente 30.000 toneladas mensuales de mineral para que ésta última las sometiera a un procedimiento de lixiviación en una planta que se obligaba a construir para dicho efecto. El proceso debía arrojar como producto un material con una determinada ley de cobre y humedad, debiendo ser devuelto a ENAMI en periodos pactados según el contrato. Ante el incumplimiento por parte de ENAMI consistente en la entrega de cantidades inferiores de material, Incomin S.A. deduce en su contra demanda de cumplimiento forzado del contrato y, en subsidio, la resolución del mismo con indemnización de perjuicios. ENAMI por su parte ejercita una demanda reconvencional en contra de Incomin S.A. por diversas prestaciones y multas. Si bien en una etapa procesal inoportuna, ENAMI argumenta que no se encuentra en mora de cumplir con su obligación – en virtud del artículo 1552 del Código Civil – toda vez que Incomin S.A. habría devuelto productos con cierto retraso, con exceso de humedad y menor ley de cobre, además de adeudar el pago de servicios prestados por un cargador frontal de propiedad de ENAMI. Por ello, no procedería acoger la resolución del contrato de maquila solicitada por la actora.

Por tanto, para que las alegaciones de la demandada resulten atendibles, es necesario que,

*“...la inexecución atribuida al acreedor que demanda en el juicio incida en una obligación que tenga asignada una real trascendencia en el contrato. Por consiguiente, no puede esgrimirse como basamento de ella la falta de cumplimiento de una obligación que, en el ámbito de los compromisos pactados por las partes, revista una significación jurídica menor. La fundamentación de este medio de defensa en una inexecución de escasa entidad puede atentar contra un principio rector en la ejecución de los contratos, como es la buena fe”.*²³

En razón de los argumentos anteriores, la Corte Suprema decide rechazar la casación en el fondo deducida en contra de la sentencia que acogía la demanda de resolución deducida por Incomin S.A., la que además estimó la demanda reconvencional de ENAMI, compensando los montos de indemnización a que fueron condenadas ambas partes, quedando un saldo en contra de la demandada. La estimación de ambas demandas se funda precisamente en la inexistencia de un incumplimiento recíproco que justificaría la operación de la *compensatio mora* del artículo 1552 del Código Civil. De haberse considerado que ambas partes se encontraban en una situación equivalente de incumplimiento, ninguna de ellas habría estado en mora, por lo que no hubiere procedido que se condenara a ninguna de ellas a indemnizar los perjuicios respectivos. Si ello se hizo en contra de ambas – lo que en definitiva llevó a su compensación judicial – es porque en ambos incumplimientos se cumplía el requisito de la mora, presupuesto esencial para la procedencia de la indemnización de perjuicios. En este caso, la operación de un criterio de proporcionalidad condujo a la consideración de que no existía incumplimiento recíproco, aun cuando el criterio causal o cronológico hubiere resultado improcedente, precisamente, por la entidad de los incumplimientos verificados. Por tanto, no son recíprocos aquellos incumplimientos que exhiben una diferencia significativa en relación con la economía del contrato²⁴.

²³ *Incomin S.A. con ENAMI*, rol 1594 – 2001, C.S. 31.03.2003, en: FM 508, página 69, C° 45 a 47 de la sentencia de casación.

²⁴ Véase los comentarios de Enrique Alcalde en: ALCALDE R., Enrique. Distinción entre obligaciones principales y secundarias y consecuencias de tal distinción en relación con la resolución de un contrato bilateral. Revista Chilena de Derecho. Volumen 30: páginas 387 y

En suma, enfrentado el juez a un caso en que ambas partes se reclaman mutuamente incumplimientos, este tiene diversos caminos para analizarlo. Podría primeramente atender a la entidad o importancia de los incumplimientos en relación con el interés de las partes, la naturaleza del contrato y de las obligaciones que de éste emanan, descartando la alegación de reciprocidad en los incumplimientos si uno de ellos exhibe una importancia considerablemente menor en atención a los fines de la convención. Por el contrario, si en ambos se aprecia una magnitud equivalente e igualmente grave para la economía del contrato, el juez deberá determinar si uno de los incumplimientos puede ser explicado causalmente por el otro. Por supuesto, para ello es esencial que estos no resulten coetáneos, sino que exista una diferencia temporal entre ellos. Esta relación de causalidad puede presentarse si el incumplimiento anterior obsta materialmente a que la otra parte cumpla con su obligación, como también si ésta última se abstiene de cumplir – siendo su cumplimiento materialmente posible – en razón de los riesgos para la satisfacción de su interés que genera el incumplimiento de su contraparte. En otras palabras, ante la posibilidad de perder su prestación y la eventual frustración del fin del contrato, la parte afectada por el incumplimiento deja de cumplir para así no incrementar el daño que sufre. Por otra parte, el juez podría comenzar de manera inversa, verificando primero la relación causal – temporal entre los incumplimientos. Sin embargo, que uno de los incumplimientos pueda explicarse causalmente en el anterior no será suficiente alegación, toda vez que si el primer incumplimiento es – de acuerdo al criterio de proporcionalidad – menor o insignificante, la aplicación del criterio causal para justificar el incumplimiento posterior no resultará atendible. En conclusión, si luego de la

ss., 2003; Y Jorge López – Santa María en: LÓPEZ SANTA – MARIA, Jorge. Comentario de jurisprudencia civil. *Revista de Derecho* (1): páginas 78 a 80, 2004. El mismo criterio se utiliza en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, que la Corte Suprema no modifica en sentencia de casación, recaída en la causa *Crispín Quispe, Clotilde con Ilustre Municipalidad de Arica*, 06.03.2008, Rol 6721 – 2007, N° Legal Publishing 38424: “Décimo... Si bien el artículo 1552 del Código Civil dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, esta sanción se refiere únicamente a las obligaciones de la esencia y de la naturaleza del contrato, pero no a las accidentales establecidas por las partes, por lo que si se alegan como incumplidas obligaciones accidentales materia del contrato, no podrían tener el efecto que contempla el citado artículo 1552. (Corte Suprema, 7 de mayo de 1985, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 82, sección primera, página 27)”.

aplicación de los tres criterios el juez no es capaz de atribuirle a alguno de los incumplimientos mayor importancia en términos de entidad o la naturaleza de factor causal del otro incumplimiento, ha de asignarle a ambos la categoría de incumplimientos recíprocos al no poder determinar la preeminencia de uno por sobre el otro.

SECCIÓN TERCERA: LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS EN LA JURISPRUDENCIA.

1. Promesas de compraventa

Las siguientes sentencias tienen una serie de notas comunes. Todas versan sobre contratos de promesa de compraventa, en los que el promitente comprador ya ha dado o pagado parte del precio. Además, en todas ellas se presenta una voluntad mutua – aunque expresada de distintas maneras – de desistir del contrato. Por otro lado, si bien en todas se estableció que existía incumplimiento recíproco de las obligaciones, igualmente en todas resulta posible sostener que la solución podría haber sido distinta. Esto último en razón de la operación del criterio temporal – causal entre ambos incumplimientos.

Una importante sentencia²⁵ de nuestra Corte Suprema puede contribuir a la ilustración y tematización de las nociones aportadas hasta ahora. Las partes celebran un contrato de promesa de cesión de derechos hereditarios sobre un inmueble en virtud del cual la parte promitente cedente se comprometía a reunir en sí todos los derechos y acciones de la sucesión para luego cedérselos a la parte promitente cesionaria por un precio que ascendía a los \$50.000.000. De esta cifra, se paga un anticipo al momento de la celebración del contrato de promesa y el saldo habría de enterarse al momento de suscribir el contrato de cesión prometido. Se fija un plazo para la celebración de la cesión, dentro del cual el promitente cedente debe hacerse de todos los derechos y acciones que aún no eran de su propiedad mientras que el promitente cesionario ha de reunir el dinero necesario para completar el pago. El contrato de promesa establecía, además de la restitución de lo pagado con intereses y reajustes, una multa por su incumplimiento.

Llegado el momento de celebrarse el contrato prometido, esto no se verifica, ante lo cual la parte promitente cesionaria demanda la resolución del contrato, junto

²⁵ *Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios, Manuel*, rol 512 – 03, C.S. 04.12.2003, FM 517, páginas 3365 a 3375.

con el reajuste y el pago de multa, fundando su pretensión en que el promitente cedente no logró tener a la fecha estipulada la titularidad de todos los derechos y acciones objeto del contrato prometido, además de haber tornado imposible el cumplimiento por haber puesto el inmueble ante la eventualidad de ser rematado por el no pago de impuestos territoriales. Por su parte, el demandado en su escrito de contestación señala que el contrato de promesa debe entenderse resuelto por aquiescencia tácita o mutuo disenso al encontrarse ambas partes en la imposibilidad de cumplir, no procediendo el cobro de la indemnización de perjuicios (la multa pactada) por ser ambas partes mutua y recíprocamente incumplidoras. Dicho incumplimiento consistiría en que la actora no logró probar que estuviere en condiciones de cumplir con su obligación de pagar el saldo insoluto, toda vez que el banco habría rechazado el crédito con el que se pretendía cubrir dicho monto. El tribunal *a quo* establece como hecho de la causa el mutuo incumplimiento de las partes (lo que es a su vez tenido en consideración por la Corte Suprema al resolver sobre la casación) y en virtud de ello rechaza la demanda de resolución, según la postura más tradicional, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1552 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá con respecto al instituto de la resciliación tácita o mutuo disenso en relación con el incumplimiento recíproco,²⁶ lo fundamental en esta parte es recalcar que en ninguna de las partes existe la voluntad o posibilidad de perseverar en el contrato, concentrándose el pleito en el asunto de los perjuicios. Si bien se señaló que la jurisprudencia ha tendido a desechar la operación del derecho opcional consagrado en el artículo 1489 del Código Civil cuando ambas partes han incumplido con sus obligaciones, bien podría el demandado, para estos efectos, haber reconvenido de resolución e indemnización de perjuicios alegando el incumplimiento de la actora, concentrándose el pleito de igual manera en la condena de perjuicios. No habría sido necesario alegar el mutuo disenso.

Lo esencial es que ninguno de los contratantes presentó oportunamente ante la notaria las respectivas minutas para la confección de la escritura definitiva y que, a la fecha en la que debía celebrarse el contrato, la actora no contaba con los recursos

²⁶ *Vid. infra* páginas 189 y 190 n. 274.

para pagar el saldo de precio insoluto por no haberse aprobado el préstamo por parte del banco, mientras que el demandado no era titular de todos los derechos que había prometido ceder, por lo que no podía cumplir con la obligación de transferir su dominio. En principio, podría decirse que ambos incumplimientos involucran las obligaciones principales que surgen del contrato de promesa, de modo que en lo que respecta al criterio de proporcionalidad, ninguno de los incumplimientos prevalece por sobre el otro. Lo mismo acontece en relación con el criterio de temporalidad. Las obligaciones de hacer de ambas partes tienen el mismo contenido, consistente en la concurrencia a la celebración del contrato de cesión, y se vuelven exigibles para ambas en el mismo momento, cual es la fecha pactada en la promesa para la perfección del contrato prometido. Llegado dicho momento, ninguna concurre a la notaria a cumplir con dicha obligación. En este sentido, los incumplimientos son coetáneos, toda vez que la exigibilidad es simultánea. De acuerdo a estos dos criterios los incumplimientos serían efectivamente recíprocos. Ahora, si nos concentramos en las circunstancias que tornaron imposible la celebración del contrato prometido en términos útiles, a saber, la falta de recursos para cubrir el saldo de precio y la falta de titularidad de las acciones y derechos que se había prometido ceder, tampoco puede establecerse una relación de precedencia entre uno y otro²⁷. El incumplimiento de una de las partes no puede considerarse razonablemente como causa material del otro, o bien que resultó determinante en su inexecución. A la actora no se le concedió el crédito necesario para solventar el pago del saldo insoluto, por lo que ésta no se abstiene de cumplir en razón del incumplimiento del demandado, sino que sencillamente no se hallaba en condiciones de hacerlo. Además, el incumplimiento del demandado – al igual que el de la actora – se verifica sólo y de manera simultánea una vez que expira el término pactado en la promesa. Sin embargo, existen antecedentes en la causa – y es normal que así suceda – que demuestran que el banco se negó a autorizar el crédito

²⁷ Se debe tener presente, sin embargo, que el único incumplimiento que podría – en rigor – fundar la resolución de un contrato de promesa es aquel relativo a la única obligación que de este emana: la de hacer, consistente en la suscripción del contrato prometido. Es este incumplimiento el que se verifica de manera simultánea. Con respecto a los incumplimientos que se alegan en esta causa, ellos se refieren a las obligaciones que surgen del contrato prometido una vez celebrado, el que podría perfeccionarse no obstante su cumplimiento posterior se tornara imposible. Ello es precisamente lo que acontecía en esta causa y lo que ha dado origen a los fallos relevantes en la materia.

precisamente en razón de que el promitente cedente no era titular de los derechos que se comprometía a transferir. Si bien ello no constituía técnicamente incumplimiento, toda vez que al momento del examen de los títulos la obligación del promitente cedente aún no era exigible, en algún sentido su incumplimiento es causalmente determinante en la imposibilidad de la actora de reunir los fondos necesarios para celebrar la cesión prometida en términos útiles. En base a estas consideraciones, puede estimarse prevalente el incumplimiento del demandado y justificar la resolución en virtud de éste.

Sin embargo, la Corte Suprema declara resuelto el contrato, pero no acoge la indemnización de perjuicios, por encontrarse ambas partes en estado de incumplimiento recíproco y, por tanto, ninguna en mora. De acuerdo al criterio planteado, la Corte debió, en cambio, haber resuelto el contrato en razón del incumplimiento del demandado, accediendo de esta forma a la indemnización solicitada por la parte demandante, toda vez que los incumplimientos en cuestión no tenían efectivamente el carácter de recíprocos. No se aprecia en el fallo que la Corte haya atendido a considerar este incumplimiento como causa del otro para privar a los incumplimientos de su calificación de recíprocos. Como se dijo, se profundizará más abajo sobre dicha solución, pero la Corte parece motivada en su decisión por el hecho que ninguna de las partes se encuentra en condiciones de cumplir, pero una de ellas ya ha anticipado parte del precio, por lo que corresponde que le sea restituido.²⁸

Existen algunas notas compartidas con otro fallo de la Corte Suprema,²⁹ señero en la materia y que ha dado lugar a algunos de los más interesantes debates relativos a la temática de los incumplimientos recíprocos y la resolución de contrato. Los hechos son relativamente similares.

²⁸ En este sentido: CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Página 21 y RODRIGUEZ PINTO, María Sara. El principio “nadie debe hacerse más rico en detrimento del otro” (D. 12, 6, 14) en la resolución de un contrato de promesa por incumplimientos recíprocos. En: *Jornadas Chilenas de Derecho Civil* (II, 2006, Olmué). Estudios de Derecho Civil II. Santiago. Lexis Nexis. 2007. Páginas 29 a 40, *passim*.

²⁹ *Aravena con Lizarralde*, C.S. 29.07.1931, RDJ XXVIII, 2ª parte, sección 1ª, páginas 689 y siguientes.

Se celebra un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble, entregándose al momento de dicho contrato preparatorio por parte del promitente comprador una suma de dinero en calidad de anticipo. Además, se fija una multa derivada del incumplimiento, además de la obligación de restitución de la suma anticipada. Pendiente el plazo, el promitente vendedor vendió a un tercero el bien inmueble objeto de la promesa, estableciendo en una cláusula del contrato que el tercero adquirente subrogaba el lugar del promitente vendedor en el contrato de promesa, haciendo suyos los derechos y acciones que de éste emanaran. Ante esto, el promitente comprador demanda la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, junto con la restitución de la suma anticipada y el pago de la multa, reconviniendo por su parte al demandado a fin que se declare la extinción de las obligaciones que emanan del contrato de promesa y se deseche la demanda. Aduce en su favor que, una vez notificado de la demanda, concurrió junto con el tercero adquirente a la notaría donde habría de celebrarse el contrato prometido, constatando que el promitente comprador y demandante no había dejado el precio en poder del notario, no obstante haber sido requerido al efecto por dicho funcionario. En suma, en ambos contratantes existía la voluntad de desligarse y la diferencia radicaba en la procedencia o no de la imposición de la multa.

Para el tribunal de primera instancia, en ningún caso se verificó en el pleito una hipótesis de incumplimientos recíprocos. Lo relevante era que, con la venta del bien inmueble, el promitente vendedor se había puesto en imposibilidad de cumplir con la promesa, por lo que la circunstancia de tener el demandante los fondos para pagar resultaba irrelevante. Así, para el juez civil, era una instancia clásica de operación de la condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1489. Por ello, acoge la demanda en todas sus partes. La Corte de Apelaciones de Santiago difiere, sin embargo, de dicho criterio. En alzada, se tiene por incumplido el contrato por ambas partes, puesto que las gestiones que habría realizado el promitente comprador no eran suficientes para demostrar que estuviese llano a pagar el precio. De esta forma, queda establecido como hecho de la causa que ninguno de los contratantes había dado ni intentado dar cumplimiento a sus obligaciones.

En este caso, el establecimiento de los hechos como configuradores de un incumplimiento recíproco es problemático. El incumplimiento imputado al demandado es claramente anterior a aquel que se atribuye al actor. Si bien se declara que el actor para demostrar su voluntad de cumplir tendría que haber dejado el precio en poder del funcionario notarial, es patente como es el promitente vendedor quien – según se argumenta – precede en colocar a las partes en un estado donde no es posible dar cumplimiento al contrato prometido en términos útiles. La solución es equivocada. Se debió estimar que el incumplimiento del demandado es prevalente, debiendo declararse la resolución en base a aquel con la correspondiente indemnización de perjuicios, salvo que se pruebe que en el actor nunca estuvo en condiciones o tuvo la voluntad de cumplir con el pago del precio. Para el tribunal de alzada, el incumplimiento recíproco exige que ninguna de las partes se encuentre llana a cumplir y que, para demostrar dicho estado, es necesario que realicen gestiones encaminadas más allá de producir una apariencia de querer cumplir efectivamente con el contrato. Según se desprende de la sentencia, la conducta de ambas partes estuvo bajo dicho estándar, por lo que los incumplimientos serían mutuos y equivalentes. Sin embargo, el estándar resulta excesivo. La inmovilización del precio a través de su depósito en poder del notario es ineficiente pues es inadecuado proporcionalmente para el fin que se pretende. Siendo éste sencillamente demostrar la voluntad de cumplir, bastaría para ello con la constitución de una garantía, como lo podría ser una boleta bancaria. Entregar el precio al funcionario notarial equivale prácticamente al cumplimiento de la obligación, por lo que su exigencia no se justifica si lo que se pretende es únicamente darle concreción material a la voluntad de cumplimiento sobrepasando el umbral de la mera declaración. Entre esta mera declaración y el cumplimiento efectivo existe un ámbito más o menos amplio que hace innecesaria la señalada inmovilización del precio.

Recientemente, la Corte Suprema también ha tenido oportunidad de pronunciarse con respecto a las consecuencias del incumplimiento por ambas partes.³⁰

³⁰ *Parra Riffo con Rafide Morales*, 1744 – 2008, C.S. 19.08.2009, Legal Publishing 42.558. Véase además el comentario a dicha sentencia por Carlos Pizarro en: PIZARRO WILSON,

Demandante y demandado eran respectivamente promitente comprador y promitente vendedor en un contrato de promesa de compraventa inmueble, en el que – como es usual – se pactó una cláusula penal por su incumplimiento, además de la restitución de lo dado o pagado en anticipo al momento de suscripción de la promesa. En virtud del contrato, se fijó como plazo de celebración del contrato definitivo 60 días desde la perfección de la promesa, estableciéndose la obligación para el promitente vendedor de acompañar toda la documentación que acreditare el pago total y oportuno de los consumos domiciliarios y contribuciones correspondientes al bien raíz objeto del contrato. Dicha documentación tenía como fin su examen por el banco que iba a otorgar el crédito para el pago del precio del bien inmueble prometido vender. Transcurrido el plazo, las partes no concurren a la celebración del contrato de promesa, lo que motiva por parte del promitente comprador una acción de resolución del contrato con indemnización de perjuicios en contra del promitente vendedor, a quien le imputa no haber cumplido con su obligación de aportar la documentación individualizada. Como es recurrente, el demandado niega la efectividad de su incumplimiento, oponiendo además contra la demanda la excepción de contrato no cumplido y demandando reconvencionalmente de cumplimiento forzado y, en subsidio, de resolución con indemnización de perjuicios. Funda sus acciones y excepciones en el incumplimiento del demandante y demandado reconvencional consistente en la no suscripción del contrato y en que nunca habría comunicado al demandado y demandante reconvencional acerca del hecho de encontrarse el documento en forma para ser suscrito en las dependencias de la notaria.

Tanto en primera como en segunda instancia, el juzgado de letras y la Corte de Apelaciones de Santiago no acogen la tesis del mutuo incumplimiento, toda vez que señalan que la causa de la no suscripción del contrato prometido tuvo su origen en la inejecución por parte del demandante reconvencional y demandado principal de su obligación de poner a disposición del agente financiero que intervendría en la compraventa la documentación necesaria, no aportándose prueba además a fin de acreditar el incumplimiento de la parte demandante principal y demandada

Carlos. Obligaciones y Responsabilidad Civil (Comentario de Jurisprudencia). Revista Chilena de Derecho Privado. N° 13. Páginas 243 y siguientes, diciembre 2009.

reconvencional. En atención a las mismas consideraciones, se rechaza la demanda reconvencional, por no existir incumplimiento atribuible al demandado reconvencional.

Sin embargo, la situación difiere radicalmente en la Corte Suprema. El máximo tribunal establece que el demandante principal en ningún momento acreditó haber sido diligente y estar llano a la celebración efectiva de la compraventa prometida. No aportó antecedentes suficientes que permitieran al tribunal probar la realización de gestiones encaminadas a la celebración del contrato. En este sentido, la Corte establece que ambos contratantes son mutuamente incumplidores y se encuentran incursos en mora, con el consiguiente efecto de *purga* establecido por el artículo 1552 del Código Civil. Ello lo lleva a decretar la resolución del contrato (*i.e.* confirma la sentencia a ese respecto), pero niega la indemnización de perjuicios a ambas partes, en atención a consideraciones idénticas a las expuestas en las sentencias de *Aravena con Lizarralde* y *Servicio Medico Dental con Verdugo*. La indemnización no procede precisamente porque ninguno de los contratantes está en mora en virtud del artículo 1552 del Código Civil. Nuevamente la mutua voluntad de desistir y la existencia de un anticipo parecen haber motivado la decisión del más alto tribunal.

En principio, se puede señalar que la identificación que hace la Corte Suprema relativa al estatus de los incumplimientos es incorrecta. Asumiendo que resulta efectivo que el demandado no aportó la documentación suficiente, puede decirse que dicho incumplimiento resulta anterior y causa directa del supuesto incumplimiento atribuido al actor, y por tanto prevaleciente a la hora de determinar la suerte de la demanda intentada. Es usual en el tráfico jurídico que la obtención de créditos para solventar la compra de bienes raíces dependa de la satisfacción de determinadas exigencias que se pretendían acreditar a ojos de la institución crediticia precisamente mediante aquella conducta que constituía el contenido de esta obligación adicional de aportación documental que pesaba sobre el demandado. Si bien la falta de dichos antecedentes no impedía directamente al demandante tener u obtener los recursos para la satisfacción del precio del contrato prometido (podría haber conseguido el dinero por otros medios), las partes de un contrato de estas características entienden generalmente que los dineros provendrán de un crédito concedido por una institución

que previamente debe analizar los títulos del bien inmueble a fin de comprobar la seguridad del otorgamiento del dinero. Por ello, si bien el incumplimiento atribuido al demandado no obsta “materialmente” el cumplimiento de la obligación por parte del demandante, es razonable imputar el incumplimiento de este último al previo incumplimiento del demandado. Una interpretación de buena fe de las obligaciones y guiada por criterios objetivos permite arribar a dicha conclusión. En dicho sentido, los incumplimientos no serían recíprocos y se encontraría justificada la decisión del tribunal *a quo* revertida por la Corte Suprema. Podría argumentarse, de todas formas, que el demandante debió acreditar mediante actos positivos su determinación e intención de cumplir, como por ejemplo la búsqueda de fuentes de financiamiento alternativas o bien enviando de todas formas a la notaria una minuta de confección de la escritura y apersonándose en ésta. Sólo así se encontraría verdaderamente llano a cumplir y tendría legitimación para demandar la resolución. Sin embargo, en vista de que la imposibilidad de cumplir era cierta por hechos imputables al demandado, no tiene mucho sentido exigirle una mayor diligencia o actividad por su parte.

2. **Contratos de obra**

Para concluir esta exposición ejemplar de sentencias, cabe mencionar a otras dos cuyos supuestos y contenidos en algo difieren de las más arriba tratadas. Ambas sentencias se pronuncian sobre contratos de obra a los que las partes contratantes han dejado de darle ejecución y ambas manifiestan su mutua voluntad de desligarse del contrato mediante demandas de resolución con indemnización de perjuicios. A diferencia de los casos más arriba descritos, en los dos que siguen la Corte Suprema opta por rechazar ambas demandas de resolución con indemnización de perjuicios, dado que – ante el incumplimiento recíproco – ninguna de las partes se encuentra en mora de cumplir. Sin embargo, en el segundo caso existe un incumplimiento previo y determinante que la Corte no considera para descartar la tesis del recíproco incumplimiento y así acoger una de las demandas.

La primera³¹ versa sobre un contrato de obra donde demandante y demandado también se imputan recíprocos incumplimientos. La Corte de Apelaciones tiene por establecido que, si bien el artífice demandado incumplió el contrato dado que los trabajos que debía realizar no fueron terminados oportunamente y, los que lo fueron, tenían una calidad inferior y uso de materiales distintos de los pactados, el actor – dueño de la obra – no cumplió con su obligación de pagar un saldo del precio adeudado, sin tener motivo plausible para ello. Dado dicho estado de mutuo incumplimiento, ninguna de las partes puede resolver el contrato y no procede tampoco la indemnización de perjuicios, por no encontrarse ninguna de ellas en mora. Lamentablemente, la sentencia no es clara con respecto al momento en que debía cumplirse con cada una de las obligaciones. Si el pago del precio debía de realizarse contra la entrega y recepción conforme de las obras, resultaría justificado que el actor se abstenga de pagar el saldo ante el incumplimiento del artífice, demandando la resolución, si bien debe demostrar que se encuentra llano a pagarlo. Parece fluir de los antecedentes que aquella no era la situación, ya que la Corte señala que no existe motivo plausible para que el saldo no hubiere sido pagado aún. Dicha declaración puede deberse en que el actor no demostró encontrarse llano a satisfacer su obligación, sin perjuicio del incumplimiento del demandado, o bien que el precio debió de pagarse con anterioridad. De ser este último el caso, tampoco podría el demandado justificar su incumplimiento en dicha circunstancia, toda vez que la tardanza e imperfección de las obras no sería consecuencia del incumplimiento parcial del actor salvo, claro, que de dichos recursos dependiera la compra de materiales y avance de las obras. La respuesta a estas interrogantes debería poder extraerse de una correcta interpretación del contrato. Entonces no siendo ninguno de los incumplimientos justificable en el otro, teniendo además una entidad proporcional o similar y tampoco ninguno anterior en el sentido de constituir la causa de aquel que se verifica posteriormente, este es efectivamente un caso de mutuos incumplimientos.

³¹ *Sociedad Arata S.A.C.I. con Sociedad Inmobiliaria El Alarife S.A.* C.A. Santiago. 15.06.2009. Rol 9907 – 2005. N° Legal Publishing 42267.

Por último, en *Hernández Pastén con Rodríguez Cabrera*,³² el demandante – contratista de obras civiles – deduce demanda de resolución de contrato de obra, con indemnización de perjuicios, en contra del dueño de la obra, quien encargó a su artífice la construcción de dos departamentos para fines habitacionales. Funda su pretensión en el saldo de precio adeudado por parte del demandado, quien además impidió a los trabajadores del actor ingresar al sitio de la obra a terminarla y corregir algunos defectos que se habían constatado. Por su parte, el demandado opone al actor la excepción de contrato no cumplido, además de interponer demanda reconvenzional de resolución de contrato e indemnización de perjuicios, fundándola en el retraso por parte del actor en la construcción de la obra, habiéndose excedido el plazo pactado para su conclusión, además de presentar la obra una serie de defectos y vicios serios de construcción. El demandado reconvenzional, a su turno, opone también a dicha acción la excepción de contrato no cumplido según el artículo 1552 del Código Civil, alegando que su parte ha estado siempre llana a concluir la construcción, cuya imposibilidad se debe precisamente a la actuación del demandante reconvenzional consistente en impedir el acceso a la obra. El demandante reconvenzional señala, además, que el supuesto cierre de la obra se produjo dos semanas antes de la expiración del plazo para concluir el trabajo y que, dado su avance, era imposible su término en dicho plazo. En ambas partes existió una mutua voluntad de resolver el contrato mediante recíprocas demandas de resolución.

La Corte Suprema tiene como hechos establecidos:

“Que de los hechos referidos precedentemente es posible tener por establecido que el demandado “propietario incumplió su obligación contractual tácita de posibilitar la normal ejecución de la obra encargada, toda vez que impidió el acceso a la propiedad al demandante y a sus trabajadores, imposibilitando con ello el progreso de la misma; y que por su parte, si bien el demandante “constructor ejecutó obras en el inmueble del demandado tendientes a dar satisfacción a su compromiso principal de construir íntegramente dos edificaciones –según las especificaciones generales de que da cuenta el contrato–, lo cierto es que dicho cumplimiento debe estimarse imperfecto, toda vez que no fue controvertido el hecho de que faltando catorce días para la llegada de la fecha en que las obras debían ser entregadas completamente terminadas, el avance de las mismas indicaba la imposibilidad absoluta de cumplir con ello, pues el

³² Rol 6859 – 2007, C.S. 9.3.2009, Legal Publishing 41746.

primer edificio se encontraba en tres cuartas partes terminado y el segundo solamente exhibía el emparejamiento del terreno y la cimentación de las fundaciones, situación por la que estos sentenciadores estiman, existió también incumplimiento contractual de su parte”.

En razón al doble o mutuo incumplimiento que atribuye a las partes, la Corte Suprema desecha ambas acciones resolutorias y las respectivas acciones de indemnización de perjuicios, toda vez que ninguno de ellos se ha constituido en mora de cumplir lo pactado. Sin embargo, la Corte insinúa que el incumplimiento de una de las partes podría haber prevalecido por sobre el de la otra a efectos de declarar la resolución y la indemnización de perjuicios, cuando declara en el considerando 7º de la sentencia de reemplazo que:

“...si bien, resulta evidente que una calendarización pormenorizada de los hechos acontecidos durante la relación contractual al tenor de probanzas legales que así lo permitiesen, hubiese posibilitado eventualmente llegar a establecer que ciertos incumplimientos contractuales precedieron al incidente de 27 de junio de 2005 (fecha en que se impidió el ingreso de los trabajadores del actor a la obra) y que hipotéticamente pudieron provocar daño a alguno de los contratantes, dicha situación fáctica no resultó acreditada de modo alguno y, por lo mismo, deberá ser descartada...”

Sin entrar a discutir el merito probatorio de los antecedentes aportados por las partes ni la apreciación y ponderación de estos que hacen los jueces en la causa, en este fragmento de la sentencia se encuentra la clave para descartar la tesis de los recíprocos incumplimientos. En primer lugar y observado de manera descontextualizada, la conducta del demandante reconvenicional constituye un caso paradigmático de mora del acreedor. De ser este el caso, el deudor no podría ser demandado de resolución, no siendo legitimado pasivo de una demanda fundada en ello, estando sí él en cambio habilitado para demandar la resolución o la ejecución forzada, según corresponda, junto con los demás efectos relativos a la mora del acreedor. No obstante, y como se ha insistido, es necesario que el deudor se encuentre llano a cumplir para que se pueda configurar una hipótesis de mora del acreedor, lo que no ocurre en este caso. La Corte reconoce que el incumplimiento del actor es previo y además definitivo, toda vez que resultaba imposible que cumpliera su obligación de manera íntegra, exacta y oportuna en el plazo que le restaba. Por ello, debió de haber acogido la demanda reconvenicional, no imputando incumplimiento al

demandante reconvenional, toda vez que el incumplimiento del actor principal fue previo y determinante, no verificándose tampoco la mora del acreedor con respecto al demandando principal y demandante reconvenional. No podría el acreedor estar en mora porque su actitud no impidió el cumplimiento de la obligación del deudor, la que era a esa época, imposible. La identificación que hace la Corte de los recíprocos incumplimientos es incorrecta, como también la solución de descartar ambas demandas de resolución, máxime si existía la mutua voluntad de desligarse.³³ Este no sería un caso de incumplimiento recíproco, toda vez que el criterio cronológico permite diferenciar ambos incumplimientos (la Corte no discurre sobre el saldo de precio adeudado por el actor reconvenional).

³³ Esto último, como veremos, es un elemento decidor en algunas sentencias importantes de la Corte Suprema en la materia.

CONCLUSIÓN

Por lo tanto, si ninguno de los incumplimientos resulta prevalente de acuerdo a los criterios señalados, el problema versa precisamente sobre incumplimientos recíprocos. En caso contrario, el tribunal debería – para arribar a la solución de caso – determinar cuál de los incumplimientos es anterior, causa o de mayor importancia relativa. Por supuesto, resulta fundamental que ninguna de las partes tampoco se encuentre llana a cumplir con lo pactado. En dicho caso, más que perderse la reciprocidad del incumplimiento, lo que sucede es que en realidad no existen dos incumplimientos, sino sólo uno: el de aquella parte que no se encuentra llana a cumplir.

Como se pudo apreciar con la jurisprudencia expuesta, en general las Cortes no han hecho uso de los criterios, de modo que basta que ambas partes hayan incumplido para declarar que en la causa existe un escenario de incumplimientos recíprocos. En muchos casos, un análisis de ambos incumplimientos hubiese llevado a declarar la resolución del contrato en base a uno de los ellos, por ser este anterior y causalmente relevante para el segundo.

En el próximo capítulo se tratará la institución de la *excepción de contrato no cumplido* por ser ésta, como se dijo, un medio usual de defensa ante demandas de cumplimiento forzado, resolución e indemnización de perjuicios en las que el demandado imputa al actor el incumplimiento de sus obligaciones en tanto deudor. Veremos al final de dicho capítulo, como se vincula la excepción con el incumplimiento recíproco de los contratos bilaterales de acuerdo a como se ha definido en este capítulo.

CAPÍTULO 2:
**POR UNA FUNCIÓN RESTRICTIVA DE LA EXCEPCIÓN DE
CONTRATO NO CUMPLIDO**

Si se pretendiera ofrecer un concepto de excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* que sintetizara las distintas nociones que se han dado tanto en doctrina nacional como comparada, sería posible definirla como aquel remedio contractual que beneficia al sujeto pasivo de una relación obligatoria bilateral o sinalagmática, el que se manifiesta en la facultad de oponerse a una pretensión de cumplimiento forzado de la obligación ejercida por el acreedor, en tanto éste último no cumpla u ofrezca cumplir a su turno la prestación a la que se encuentra obligado. Usualmente, se trata esta institución a propósito de los efectos particulares de los contratos bilaterales, junto con la resolución por incumplimiento y la teoría de los riesgos.³⁴ Como mecanismo de defensa o excepción, sus efectos son meramente temporales y se reducen a suspender la ejecución mientras el actor no ofrezca satisfacer su obligación.

Resulta común la invocación de la excepción de contrato no cumplido o frente a una acción derivada del incumplimiento contractual, donde el deudor demandado alega el incumplimiento del actor para justificar su inejecución y enervar la acción. Sin embargo, aunque la definición ofrecida no parece en principio objetable, es un lugar común en la doctrina y la jurisprudencia derivar dicha institución de la norma contenida en el artículo 1552 del Código Civil y con ella impedir que prospere tanto una demanda de cumplimiento forzado de la obligación, como también de resolución e indemnización de perjuicios cuando se comprueba que ninguna de las partes ha dado cumplimiento a su obligación (“*la mora purga la mora*”). Entonces, el concepto señalado deviene en incompleto, pues no contemplaría las acciones de resolución y cumplimiento. Se

³⁴ Ver, entre otros: LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. Los Contratos. 4ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Tomo II, páginas 551 y ss.; OGAYAR Y AYLLON, Tomás. Efectos que produce la obligación bilateral. Pamplona, España. Aranzadi. 1983. Páginas 33 y ss.; ESPIN CANOVAS, Diego. La Excepción de Incumplimiento Contractual. Anuario de Derecho Civil. Tomo XVII (Fascículo III): páginas 543 y ss., Julio – Septiembre, 1964.

justifica lo anterior en la necesidad que el actor sea el contratante diligente de la relación contractual bilateral, toda vez que en caso contrario no se verificaría la mora del deudor, presupuesto común a las tres acciones.³⁵

En lo que sigue, se busca abordar la *exceptio* en sus notas fundamentales, cuestión importante dada su recurrente invocación. Por lo mismo, la labor será más bien expositiva, toda vez que la tematización de los presupuestos o requisitos de la *exceptio* no guarda relación directa con la hipótesis del presente capítulo. Lo relevante será justificar la definición restringida ofrecida al principio, demostrando la forma en que esta institución se explica y se articula de manera coherente solamente en contraposición a una demanda de cumplimiento forzado, siendo apta por tanto sólo para enervar ésta. Así, se propone que esta institución no es funcional para enfrentar una demanda de resolución por incumplimiento y/o indemnización de perjuicios. Aún cuando ésta ha sido una idea clara y bien asentada histórica y doctrinalmente, ella ha sido persistentemente ignorada de manera inexplicable por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia a nivel nacional.

En efecto, en doctrina se define la *exceptio* en relación a la pretensión de cumplimiento forzado de la obligación y a la facultad del demandado de abstenerse de cumplir mientras el actor no lo haga a su vez. Asimismo, su origen histórico, las

³⁵ Principalmente, en razón que ella impide la constitución en mora, la que es requisito de dichas acciones: "...la constitución en mora...es requisito esencial tanto para ejercitar las acciones optativas del artículo 1489 citado, como para deducir la acción indemnizatoria; requisito que faltará si se produce la situación impeditiva del artículo 1552, esto es, si el incumplimiento es recíproco por ambas partes (*exceptio non adimpleti contractus*)": RIOSECO, Emilio. Precisiones sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. Revista de Actualidad Jurídica. Volumen 5 (N° 10). Página 296 (también en páginas 301 y 302), 2004. Ver, además, entre otros: PERSICO, Giovanni. *Ob. cit.* Páginas 184 y 185; ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Compraventa y la Promesa de Venta. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003. Página 362; ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, *Ob. cit.* Páginas 295, 296 y 301; VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Ob. cit.* Páginas 254, 277 y siguientes; RAMOS PAZOS, René. De las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1999. Páginas 169 a 170 y 277; LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. *Ob. cit.* Página 556; Lo mismo sostienen, por ejemplo, RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. *Ob. cit.* Volumen II. Página 230; En el mismo sentido, las sentencias: *Sociedad Arata S.A.C.I. con Sociedad Inmobiliaria El Alarife S.A. C.A.* Santiago. 15.06.2009. N° Legal Publishing 42267; *Pepe Pizza y Compañía Limitada con Boris Alfonso Lazcano Zamora.* C.S. 13.08.2009. N° Legal Publishing 42482.

funciones que se le atribuyen y su fundamento último coinciden con dicha clase de conceptualización. Aún más, la forma en la que dicho instituto se encuentra consagrado a nivel de los ordenamientos jurídicos comparados es una expresión clara de dicha evolución histórica o noción dogmática.³⁶ Sin embargo, en nuestro país, a la hora de abordar la actuación de los remedios contractuales en un escenario de mutuos incumplimientos, en general no se vacila en invocar el artículo 1552 del Código Civil y afirmar que la excepción de contrato no cumplido enerva cualquiera de las acciones derivadas del incumplimiento.

A fin de retornar a una comprensión restringida del ámbito de la excepción de contrato no cumplido resulta esencial repasar los orígenes históricos de esta institución y abordar cual es su fundamento dogmático más aceptado. Posteriormente, es posible exponer como las funciones que se adscriben a este instituto y la manera en que la doctrina tiende a definirla son coherentes con la evolución histórica y fundamento expuesto. En el fondo, la idea de la excepción como un remedio otorgado al acreedor para defenderse de una demanda de cumplimiento se encuentra siempre presente y, por tanto, las definiciones que se ofrecen de la institución no resultan casuales.³⁷

Por otra parte, para efectos de fijar el verdadero sentido y alcance de la excepción, es de suma importancia determinar si la ésta es compatible con una situación de incumplimientos mutuos o recíprocos.

³⁶ En este sentido se manifiesta, por ejemplo, AGUAD DEIK, Alejandra. Algunas Reflexiones sobre los Efectos del Incumplimiento Recíproco Frente a la Acción Resolutoria. Revista Chilena de Derecho Privado. Número 6. Páginas 10 y 11, 2006; Por su parte, y siguiendo de cerca la opinión de Elgueta Ortiz, Elgueta Anguita se manifiesta decididamente en el sentido de que la excepción de contrato no cumplido es solamente congruente y apta para enervar la acción de cumplimiento forzado (ELGUETA ANGUITA, Augusto. Resolución de contratos y excepción de pago. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1981. Páginas 51, 54 y 58). La consagración comparada se aborda en el capítulo siguiente.

³⁷ Dado que el problema más agudo se presenta en torno a la relación entre *exceptio* y resolución, será en contraposición a este último remedio que se tratará y contrastará el vínculo entre la excepción de inejecución y la pretensión de cumplimiento forzado. El remedio indemnizatorio será en general pasado por alto, puesto que la situación con respecto a éste es más sencilla y se resolverá en el capítulo pertinente.

En definitiva, quedará al descubierto la excepción de contrato no cumplido como una especie de fachada que esconde la pregunta realmente esencial: ¿es o no la mora requisito de las tres acciones consagradas en el artículo 1489? Es a ello a lo que se aboca este trabajo. Despejada dicha fachada, el *quid* de la tesis podrá ser el incumplimiento recíproco y su vinculación – mediada por la institución de la mora – con los remedios contractuales para el incumplimiento.

SECCIÓN PRIMERA: ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO³⁸

Si bien en el antiguo derecho romano no es posible encontrar la institución de la *exceptio non adimpleti contractus* consagrada como tal y con carácter general, es sin embargo posible rastrear sus orígenes remotos en dicho ordenamiento jurídico. Lo anterior se explica en que la *exceptio* es un remedio propio de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, de aquellos que engendran obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, los que no se corresponden con el carácter que tenían estos en el derecho romano. En efecto, los contratos solemnes – constitutivos de la norma en el derecho romano – eran estricta y rigurosamente unilaterales: daban vida a una relación jurídica obligatoria formada por un sujeto acreedor y un deudor. La situación se mantuvo inalterada con el advenimiento de los contratos reales y la obligación de restitución que pesaba sobre el deudor. No obstante que los sujetos de una relación contractual unilateral se replicaran en otra, donde ahora acreedor y deudor intercambiaban sus roles, dado el carácter formal y unilateral del contrato, no era posible considerar la existencia de ninguna clase de vínculo jurídico entre las obligaciones que surgían de ambos contratos. Eran vínculos distintos e independientes. Es por ello que según Claro Solar,

“En realidad, la negativa a ejecutar el compromiso por el demandado fundado sobre la inejecución de un compromiso recíproco, no podría concebirse, sino después de la aparición progresiva de los contratos sinalagmáticos, consensuales y de buena fe... Los contratos de venta, arrendamiento, sociedad son ultro citroque obligatorii: desde que se perfeccionan engendran obligaciones a cargo de las dos partes, de tal suerte que el compromiso de una de las partes no nace sin que nazca al mismo tiempo el de la otra parte. Pero, si es cierto que el carácter sinalagmático de estos contratos se ha manifestado desde su aparición por una dependencia estrecha de las obligaciones recíprocas, dudas serias se han suscitado cuando se ha querido saber cuándo y hasta

³⁸ En el tratamiento histórico de la institución, se sigue *principalmente* la exposición de Claro Solar en: CLARO SOLAR, Luís. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago. Nacimiento. 1936. Tomo X, De las Obligaciones, I. Páginas 769 y ss. Se hará la referencia correspondiente, de todos modos, cuando se tome lo dicho por el autor de manera textual. También puede consultarse a CARBONNIER, Jean. Les Obligations. Paris, Francia. PUF. 22^a edición. 2000. Páginas 355 y 356.

qué punto los Romanos han reconocido entre estas mismas obligaciones un vínculo de dependencia funcional.³⁹

Un vínculo de esa naturaleza resulta necesario para que sea posible que uno de los contratantes se encuentre facultado para – fundado en la inejecución por parte del actor de la prestación a la que tiene derecho el demandado (en su rol de acreedor) – oponerse a satisfacer la prestación que a través de su acción reclama. Detrás de esta idea se encuentra una motivación por parte de los juristas romanos de cautelar el equilibrio de las prestaciones y la buena fe en las relaciones contractuales, impidiendo a uno de los contratantes beneficiarse del contenido del contrato, sin a su turno incurrir en el sacrificio que este le significa, permitiendo al otro contratante aprovechar el beneficio que el contrato le reporta. Empero, y como se anticipó, ello no se plasmó en una norma con alcance general, si bien se verificaron aplicaciones concretas del principio en diversos escenarios de pretensiones de un contratante que reclamaba la satisfacción de su crédito sin ofrecer la ejecución de su prestación. Sin embargo, el rechazo de la ejecución no fue una constante ni generalmente aceptada, sino hasta el momento en que en los textos romanos puede encontrarse una noción coincidente con la existencia de un vínculo de dependencia funcional entre las obligaciones de las partes. Ello se traduce en una aplicación particular de la idea de la *exceptio* en relación al contrato de compraventa, toda vez que es en dicho contrato donde se aceptó en un principio y particularmente la facultad de abstención:⁴⁰

“Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit”.⁴¹

Si bien se aceptaba la vigencia de la excepción como cláusula incorporada a la compraventa, en virtud de la cual el vendedor podría retener la cosa vendida hasta que

³⁹ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 771.

⁴⁰ En este sentido: TARANTO, Hugo. Excepción de Incumplimiento. En: TRIGO R., Félix y STIGLITZ, Rubén (dir.). *Contratos*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones La Rocca. 1989. Página 261.

⁴¹ D.19, 1,13, 8 Ulp. 32 Ad ed. Lo que la formula latina expresa es una autorización al vendedor para retener la cosa vendida en caso que no le sea satisfecho el pago del precio por parte del comprador o bien el deber del comprador de pagar el precio para encontrarse habilitado a reclamar la cosa vendida.

se le hiciera pago del precio, como se dijo, su alcance no fue general. Puede notarse, sin embargo, el modo como la institución surge como un medio de defensa frente a una acción de cumplimiento.

La excepcionalidad del remedio puede explicarse por cuanto la doctrina romanista parece entender que la transmisión de la propiedad opera únicamente luego de pagado el precio, por lo que el vendedor insatisfecho gozaría de la acción reivindicatoria. Por ello, parecería superfluo el establecimiento de una facultad general de abstenerse de cumplir no mediando previamente el cumplimiento de la parte demandante.⁴² Primordialmente, la *exceptio* se manifestó en sus orígenes a través de los institutos de la retención y la compensación. Fue más que nada este último el que, a través de su masificación, cerró el camino para un desarrollo más robusto de la *exceptio* con un ámbito de aplicación y caracteres propios.

Luego, una instauración más clara y articulada de la *exceptio* ha de encontrarse en los canonistas (y su afán moralizador que sustituyó el formalismo imperante en el derecho romano) y la influencia ejercida por estos sobre los post – glosadores. Si bien en el derecho canónico la fuente de la obligatoriedad de los compromisos radicaba en el valor de la palabra empeñada y el carácter religioso del juramento que muchas veces lo sustentaba – lo que hacía imperativo bajo penas eclesiásticas el cumplimiento – se desarrollaron con el tiempo vías para moderar la necesidad casi insalvable de cumplir con las obligaciones que de estos emanaban. Lo usual en el tráfico jurídico es que el juramento de una parte en un contrato se produce en atención a aquella cosa que la otra se comprometía a proveerle, por lo que se podía asumir con certeza que las partes consentían en obligarse sólo en tanto la otra cumpliera a su vez el compromiso que había adquirido. Por ello, si uno de los contratantes faltaba a su palabra, su contraparte había de entenderse liberada de la obligación. Aquel es el origen de la

⁴² En este sentido, CRUZ MORENO María. La Exceptio Non Adimpleti Contractus. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 2004. Páginas 12 y 13. Por su parte, Masnatta señala que la cláusula *ex fide bona* hacía innecesaria la *exceptio*, si bien el derecho romano aceptó que en todo contrato bilateral la parte demandada pudiera oponer la excepción de incumplimiento del actor, lo que se expresaba mediante la fórmula “*Emptor venire debet cum sacco*” (MASNATTA, Hector. Excepción de Incumplimiento Contractual. Buenos Aires, Argentina. Abeledo – Perrot. 1967. Páginas 15 y 16).

condición resolutoria tácita y de la atemperación de la obligación de cumplir manifestada en la *exceptio*. Estas resultan ser instituciones que tienen por misión preservar el equilibrio patrimonial entre ambos contratantes en virtud del contrato. En este sentido, la última de estas instituciones se explica como una manera que tiene el deudor demandado de abstenerse de cumplir siendo requerido a tal efecto por el acreedor demandante, en tanto este no cumpla con aquella obligación que sobre él pesa. Sólo de esta manera se podría evitar de manera más o menos segura que uno de los contratantes ejecute su prestación sin obtener nada a cambio, con el desequilibrio en los patrimonios que eso implicaría.

La afirmación anterior queda refrendada por el reconocimiento de la máxima *fraganti fides non est fides servanda*, en virtud de la cual, si uno de los contratantes incumplía su compromiso, este perdía la facultad de exigir el cumplimiento de su crédito en contra del deudor. El derecho canónico dejó desprovista de toda exigencia adicional la perfección y obligación de observancia de los compromisos, brindando su amparo – a través del adagio recién expresado – a toda clase de convención.

Así, la primera formulación de la *exceptio* con carácter general se encuentra en Bartolus, clara fuente de inspiración para los modernos ordenamientos y sus disposiciones generales con respecto a la excepción de incumplimiento contractual. La similitud resultará evidente: *Contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi, nisi ab eo qui effectualiter totum contractum ex parte sua impleverit*.⁴³ Fueron los sucesores de Bartolus los que le dieron a esta institución su denominación actual y generalizaron sus casos de aplicación.

De acuerdo a Claro Solar, en esta norma se cristalizan los ideales de igualdad entre los contratantes y la buena fe, con sus corolarios en el respeto a la palabra dada y la ejecución simultánea de las obligaciones.⁴⁴

⁴³ La fórmula tiene un contenido similar a la expuesta más arriba, con la diferencia que esta hace alusión general a los contratos bilaterales. Consagraciones muy similares pueden encontrarse, por ejemplo, normas como las del parágrafo 320 del BGB o del artículo 1460 del Códice Civile italiano (vid. *infra* página 82).

⁴⁴ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 778.

En el derecho intermedio europeo pasó a constituir un principio general la opción que beneficiaba al deudor demandado de un contrato bilateral consistente en oponer la *exceptio non adimpleti contractus* en los casos en que el acreedor se disponía a exigir el cumplimiento de la obligación sin ofrecer a su turno satisfacer el crédito del que era titular en deudor demandado en su posición activa de la relación obligatoria bilateral.^{45 46}

La evolución de la institución con la comprensión que se ha venido exponiendo encuentra su culminación en la obra de los pandectistas alemanes y los trabajos preparatorios del código civil hacia finales del siglo XIX.⁴⁷ Así, diversos códigos consagran la *exceptio* en términos muy similares al BGB. En dichos ordenamientos, resulta evidente la vinculación de la *exceptio* con la demanda de cumplimiento forzado, siendo esa la hipótesis en la que se sustentan las normas. Es más, tal como señala Cruz Moreno;⁴⁸ en el ámbito del derecho germánico la excepción de contrato no cumplido revistió desde la edad media un expediente de vital necesidad, toda vez que la consagración de la facultad resolutoria por incumplimiento fue más bien tardía. Por tanto, el demandado en un contrato bilateral al que se le requería el cumplimiento de su obligación, sólo contaba con la facultad para abstenerse de pagar para protegerse, toda vez que la exigencia del propio cumplimiento sin el ofrecimiento del actor, hacía peligrar fuertemente su crédito. No tenía a la mano la facultad de resolver el contrato ante el incumplimiento de este último a fin de obtener la restitución de lo dado o pagado, por lo que debía evitar el desequilibrio *ex ante*. En ello se puede apreciar la ausencia de correlato funcional entre *exceptio* y resolución, a diferencia de lo acontecido con la demanda de cumplimiento forzado. La *exceptio* se entendía como un mecanismo preventivo y justificatorio del incumplimiento, como una medida anterior a una eventual demanda de resolución: antes de verse en la necesidad de resolver el

⁴⁵ TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Página 261.

⁴⁶ Haciendo excepción a esta situación lo ocurrido en Francia con la irrupción de la Escuela de Cujas: *vid. infra* páginas 91 y 92.

⁴⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios Compulsivos en Derecho Privado*. Buenos Aires, Argentina. EDIAR. 1978. Página 160.

⁴⁸ CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Página 18.

contrato (y así obtener la restitución de lo dado o pagado si así lo hubiese hecho) el contratante tenía la opción de abstenerse de cumplir para forzar a su contraparte a hacerlo, lo que se desarrollaba en el marco de una acción a través de la que ésta última pretendía el cumplimiento de la primera.

SECCIÓN SEGUNDA: FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Coherente con su evolución histórica, el fundamento más aceptado de la institución radica en la mutua interdependencia de las obligaciones que surgen del contrato bilateral. Estos contratos y el vínculo que existe entre sus obligaciones es lo que posibilita conceptualmente el surgimiento del remedio en estudio. La *exceptio* encuentra su razón de ser en la teoría del sinalagma propio de dicha clase de contratos y de ella se deriva precisamente su virtud de servir de defensa ante una demanda de cumplimiento.⁴⁹

⁴⁹ Adhieren, entre otros, a la interdependencia o conexión genética y funcional de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral como fundamento de la institución (sin perjuicio de incorporar consideraciones de equidad o buena fe): MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. *Ob. cit.* Páginas 454 y 455: “*El fundamento de la exceptio non adimpleti contractus...se encuentra en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales...las obligaciones que surgen coaligadas, perduran así durante toda la vida del contrato; el derecho sigue la vida toda de la relación, no existiendo independencia después que ya nacieron dependientes. Con motivo de este tema adquiere relevancia la teoría que hace una separación entre las dos fases de la bilateralidad y habla de una bilateralidad genética (genetische abhangigkei), basada en el cambio de dos promesas recíprocas que da lugar a una conexión de obligaciones en el momento en que estas surgen, y una bilateralidad funcional (funktionelle Abhangigkeit) que se refiere a la mutua dependencia que media entre los efectos de las obligaciones y que influye también en el momento de su ejecución, a la hora de cumplir las obligaciones nacidas en nexo de reciprocidad. En la bilateralidad o sinalagma funcional se funda pues el principio de ejecución simultánea de las prestaciones: mano a mano, trait pour trait, que tiende a posibilitar la excepción de incumplimiento contractual*”; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Medios Compulsivos en Derecho Privado. *Ob. cit.* Página 163; LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. *Ob. cit.* Página 551: “*...las obligaciones generadas para ambas partes por el contrato bilateral o sinalagmático no se hallan meramente yuxtapuestas, sino que están estrechamente vinculadas unas con otras, siendo interdependientes. La interdependencia de las obligaciones, es decir, que los sucesos que afectan a la obligación de una parte repercutan sobre lo que ocurre con la o las obligaciones de la contraparte, es base fundamental...*”; ESPIN CANOVAS, Diego. *Ob. cit.* Páginas 453 y ss.; AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.*; TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Página 264. En contra: CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Páginas 25 y ss., para quien es la consagración de los remedios lo que otorga y explica el carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones y no al revés. En otras palabras, la interdependencia no preexiste a lo “remedios sinalagmáticos”, sino que se deduce como consecuencia de la existencia de dichos remedios. Sin embargo, Clemente Meoro ha aclarado que la relación es tal como lo plantea la mayoría: la interdependencia es la causa de los remedios sinalagmáticos (CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Páginas 88 y 89). Se puede decir que aquello se corresponde con la racionalidad propia de los contratos con prestaciones recíprocas, donde las partes se sitúan en una situación de equilibrio que los remedios pretenden preservar. Así, la falta de los remedios sería visto como una insuficiencia y no como una razón para estimar que la interdependencia no existe. Precisamente, la exclusión de la procedencia de los remedios se produce por el establecimiento legal o convencional de la independencia de las obligaciones que surgen de un contrato.

En las obligaciones recíprocas, enseñan Díez – Picazo y Gullón,

“...cada una de las partes tiene frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación de carácter correlativo. Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar.

Este nexo que existe entre las obligaciones recíprocas se denomina técnicamente sinalagma y opera en dos terrenos diversos, por lo que la doctrina distingue, respectivamente, un sinalagma genético y un sinalagma funcional.

El sinalagma genético significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa⁵⁰ por la cual se obliga a realizar su propia prestación. La inicial inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejado como consecuencia el que el otro deber de prestación aislado carezca de sentido. En esta idea tiene su fundamento el fenómeno de la resolución (por imposibilidad y por incumplimiento)...

El sinalagma funcional se refiere no a la génesis de la obligación, sino a su cumplimiento. Por ello, ambos deberes, funcionalmente enlazados, deben cumplirse simultáneamente. La regla de la prestación simultánea aparece así como una consecuencia inmediata de la interdependencia funcional, con las excepciones impuestas por el contrato, los usos del tráfico y la naturaleza del negocio (...) Cuando las prestaciones se distancian, el que cumple primer concede crédito...a la otra parte”⁵¹.

De acuerdo a esta idea, el incumplimiento por parte de uno de los contratantes tiene la potencialidad de romper con el equilibrio que supone el sinalagma o

⁵⁰ El término *causa* debe entenderse de tal forma que eluda las críticas que se le formulan a la teoría que concibe a dicho elemento del contrato como el fundamento de los efectos particulares de los contratos sinalagmáticos (*i.e.* resolución por incumplimiento, teoría de riesgos y *exceptio non adimpleti contractus*). Una posibilidad, no exenta de críticas, es hacerlo al modo de Henri Capitant: la *causa* es un elemento cuya verificación no se agota al momento del nacimiento del acto jurídico, sino que debe existir durante toda la fase de ejecución del contrato. En este sentido sería equivalente a la finalidad *objetiva* de los contratantes, la que es uniforme según sea la categoría del contrato y, por ello, se dice que es el mutuo intercambio de promesas aquello que se encuentra inscrito en la naturaleza del contrato bilateral. Fallando dicho presupuesto, se desmorona aquello que dota de fundamento a la convención (CAPITANT, Henri. De la causa de las obligaciones. Madrid, España. Góngora. *passim*).

De todas formas, no es menester atender más que a la racionalidad propia que se puede imputar a los sujetos que participan del tráfico jurídico para comprender porque la facultad de abstenerse de ejecutar la obligación ante la falta de ofrecimiento simultáneo de la contraparte resulta, en principio, coherente con una adecuada regulación del fenómeno contractual.

⁵¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. 8ª edición. Madrid, España. Tecnos. 1999. Páginas 149 y 150.

interdependencia si es que a su turno el contratante incumplido se ve en la obligación de satisfacer la obligación que le corresponde. La coherencia con la noción de interdependencia implica concebir a las partes como dotadas de la facultad de no cumplir frente a la reclamación que le hace su contraparte remisa en el cumplimiento. Así, el equilibrio sólo se mantendría en tanto – mediante el ejercicio de la facultad de abstenerse a cumplir – se forzara a ambas partes a satisfacer sus compromisos al mismo tiempo. No obstante, las razones que ofrece esta concepción de las obligaciones recíprocas para comprender a la excepción de incumplimiento contractual como una institución que impide que prospere la acción de cumplimiento forzado de la obligación ejercida por un acreedor no diligente, no están presentes cuando de lo que se trata es de enervar, por ejemplo, una demanda de resolución. Si el cumplimiento al descubierto de una de las partes quiebra el equilibrio patrimonial que éstas buscan preservar con el contrato, ello no es así en el caso que éste se resuelva. Resuelto el contrato, el equilibrio patrimonial anterior a éste se mantiene, si ninguna de las partes ha satisfecho su obligación. Si una ha dado o pagado parte (pero no obstante su incumplimiento reviste la gravedad suficiente para dar lugar a la resolución del contrato), el efecto retroactivo de la resolución restablecerá el equilibrio lesionado. En tanto el actor no exija el cumplimiento, no existe peligro de vulnerar el equilibrio funcional de las prestaciones. Una demanda de resolución, por cuanto no genera un desplazamiento patrimonial (salvo la restitución derivada de la estimación de la demanda), no conlleva una consecuencia que – atendida la idea de sinalagma funcional – deba ser evitada por medio de la interposición de una excepción al cumplimiento. En otras palabras, a nivel de significados (de las acciones y de la excepción), el único correlato funcional se verifica entre pretensión de cumplimiento y pretensión de abstención. Si por medio de la acción no se exige el cumplimiento, no resulta coherente invocar la facultad de abstenerse a ello.

Lo anterior se hace más claro si se observa que tras esta idea de sinalagma funcional no se encuentran más que consideraciones de equidad y buena fe en la ejecución de los contratos, además de reflejar la racionalidad propia de los contratantes en el tráfico jurídico. En los contratos bilaterales cada una de las partes contratantes concurre con su consentimiento a la celebración de éste y se obliga a

ejecutar una prestación a favor de su contraparte bajo el entendido que obtendrá por medio de dicho contrato un beneficio equivalente por medio de la conducta del otro contratante.⁵² Por lo mismo, resultaría injusto que el deudor se vea en la necesidad jurídica de desplegar una conducta con el objeto de satisfacer el interés del acreedor (manifestado en el crédito) a la vez que el acreedor no asume un comportamiento equivalente y correspondiente a su calidad recíproca de deudor. De lo contrario, uno de los contratantes se aprovecharía de todo el beneficio jurídico que le reporta el contrato, sin proveer a su turno la satisfacción del interés que dicho contrato le significa a la otra parte.⁵³ En este sentido, Mosset Iturraspe sintetiza los fundamentos antedichos, señalando que la razón de ser de la *exceptio* es tanto la idea del sinalagma, como también la equidad y la buena fe. De esta manera, en un contrato bilateral, las obligaciones se conciben como un todo, donde una se explica – atendida la finalidad o fin práctico de los contratantes – en razón de la existencia de la otra:

*“Si una de las expresiones más nítidas del ideal de justicia es dar a cada uno lo suyo, es innegable que falta al mismo quien reclama lo propio sin, a la vez, reconocer lo de la parte contraria. Empero, esto es así porque un negocio que crea obligaciones recíprocas, un contrato bilateral o de prestaciones recíprocas, constituye un haz inescindible en el cual “lo tuyo” no puede ser apartado de “lo mío”; nacen juntas, (sinalagma genético) prestación y contraprestación y deben cumplirse simultáneamente (sinalagma funcional). Ese cumplimiento “toma y daca” o zug um zug se desprende de la índole del negocio, de la naturaleza de las prestaciones, o sea de un modo objetivo e igualmente del querer de las partes, de la intención que presidiera la celebración de ese tipo contractual... así es particular de los contratos bilaterales el cumplimiento en un mismo tiempo, sin intervalo entre el dar y el dar, sin que uno deba hacerlo primero y esperar luego a que lo haga el otro”.*⁵⁴

Como se puede observar, las consideraciones anteriores justifican la existencia de lo que se podría denominar un *principio general de cumplimiento simultáneo* de las

⁵² LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 552 y ss.; TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Página 264; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios Compulsivos en Derecho Privado. Ob. cit.* Página 155.

⁵³ Similar a lo que señala Claro Solar en: CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 788.

⁵⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios Compulsivos en Derecho Privado. Ob. cit.* Páginas 161 y 162. En un sentido similar se pronuncia Cruz Moreno, quien pone el énfasis en la *exceptio* como institución preservadora del equilibrio contractual: “...crédito y su deuda, tienen un origen común, que fueron concebidos en el marco de una relación entendida como un todo, y que el nacimiento de los créditos a favor de cada parte suponía la creación de un determinado estado de cosas, para ellos “equilibrado” (CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Página 32).

obligaciones recíprocas que surgen de un contrato bilateral.⁵⁵ Por tanto, de no desprenderse lo contrario del contrato, la ley o la naturaleza de la obligación, la ejecución de las obligaciones de las partes ha de ser al mismo tiempo, *pasando y pasando*. El crédito (en el sentido expuesto más arriba), excepcional, no puede por tanto presumirse, sino que la presunción es la contraria: ninguna de las partes querrá cumplir sin obtener a cambio, y de inmediato, aquello a lo que su contraparte se ha comprometido. El quiebre de la equivalencia en las ventajas que otorga el contrato necesariamente ha de ser tenido como una excepción.⁵⁶ Asimismo, la máxima del cumplimiento simultáneo se vincula con la exigencia de buena fe objetiva a la que debe atenerse la conducta de los contratantes, presente en la mayoría de los ordenamientos.⁵⁷ Por supuesto, en aquellos códigos que regulan expresamente la *exceptio*, el principio de simultaneidad no requiere mayor justificación, cuestión que es distinta en aquellos códigos, como el nuestro, que no contienen una regla expresa en dicho sentido. Por de pronto, puede anticiparse que la doctrina – tanto nacional como comparada – recurren principalmente a la regulación de la mora en los contratos bilaterales como a las aplicaciones particulares que el ordenamiento hace de la *exceptio* para extraer dicho principio.⁵⁸

Estas razones de justicia sirven de argumento para sostener que el remedio opere como un obstáculo, meramente temporal, ante una reclamación de cumplimiento, pero ellas no resultan coherentes con una función obstaculizadora de la

⁵⁵ “En la bilateralidad o sinalagma funcional se funda pues el principio de ejecución simultánea de las prestaciones: “mano a mano”, “trait pour trait”, que tiende a posibilitar la excepción de incumplimiento contractual” (MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. *Ob. cit.* Página 455). En el mismo sentido: TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Páginas 259 a 260 y 264. Por su parte, con un examen del Código Civil español y la jurisprudencia del mismo país, Baraona González supedita la posibilidad de obtener el cumplimiento de la obligación correlativa a la propia satisfacción de la deuda, afirmando también la existencia del principio de cumplimiento simultáneo (BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 56) y una idea similar en el artículo del mismo autor: BARAONA, GONZALEZ, Jorge. La exigibilidad de las obligaciones: noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración). *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 (Nº 3): páginas 520 y ss., 1997.

⁵⁶ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 789.

⁵⁷ Artículos 1546 Código Civil chileno, 1134 del *Code*, 1258 del Código Civil español, 1366 y 1375 del *Codice Civile*, 1198 del Código Civil argentino, 1362 del Código civil de Perú, etc.

⁵⁸ ESPIN CANOVAS, Diego. *Ob. cit.* Páginas 562 y 563; OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *Ob. cit.* Página 36.

acción de resolución. Ello no se condice con la racionalidad que presupone el mecanismo de la excepción de inejecución, lo que es además coincidente con las funciones que se atribuye a la institución.

SECCIÓN TERCERA: FUNCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Lo recién expuesto con respecto al fundamento o racionalidad interna que justifica la excepción de incumplimiento se manifiesta en aquellas funciones que la doctrina atribuye al dicho remedio, vinculándose con el efecto normal de las obligaciones: el cumplimiento. Aún cuando la frontera no es clara, dichas funciones son principalmente dos: la excepción como medio de justicia privada y la excepción como refuerzo de la fuerza obligatoria del contrato.

1. Medio de justicia privada

Así, como remedio o defensa que puede esgrimir el deudor demandado ante el incumplimiento de sus obligaciones, facultándole para abstenerse de cumplir, la *exceptio* puede cumplir con una serie de funciones:

*“Técnicamente es uno de los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de cada contratante para que se defienda a sí mismo de los acontecimientos que lo perjudican”.*⁵⁹

Por su parte, Taranto, le atribuye a la excepción de inejecución una función protectora del equilibrio funcional de los contratos, según el estándar de la buena fe objetiva. Así, la *exceptio* se erige como un medio de justicia ágil de defensa contra

⁵⁹ MASNATTA, Hector. *Ob. cit.* Página 11 (parece tomar esta idea de MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa – América (traducción: R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra). 1952. Página 431); Mosset – Iturraspe lo trata específicamente en su obra acerca de los medios compulsivos en el derecho privado (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios Compulsivos en Derecho Privado*. *Ob. cit.*), mientras que otros autores como Fueyo, Pizarro o Mantilla, le atribuyen explícitamente un rol como medio de justicia privada o por mano propia (FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3ª edición (actualizada por Gonzalo Figueroa Y.). Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 2004. Páginas 235 a 239; PIZARRO WILSON, Carlos. *La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno*. En: *Jornadas Chilenas de Derecho Civil (III, 2005, Valdivia)*. Estudios de Derecho Civil I. VARAS B., Juan Andrés y TURNER S., Susan (coord.). Legal Publishing. Santiago, Chile. 2006. Páginas 323 y ss.; MANTILLA E., Fabricio. *La Excepción de Inejecución*. En: MANTILLA E., Fabricio y TERNERA B., Francisco. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Colombia. Legis. 2007. Páginas 277 y 278). También en MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría General del Contrato*. *Ob. cit.* Página 455 o TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Página 263.

aquel contratante desleal que pretende obtener el cumplimiento sin cumplir⁶⁰ y así aprovecharse indebidamente del contrato mediante un quiebre en la equivalencia patrimonial de los contratantes.

No habiéndose alterado por la ley o por la voluntad de los contratantes la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral, una parte que demanda la ejecución forzada de su crédito sin a su turno ofrecer la prestación a la que se encuentra obligado, pretende para sí la concesión de un término o plazo que no ha sido previsto. Por tanto, resulta justificado que el demandado se abstenga de cumplir – toda vez que no ha consentido en que su deuda sea exigible en un tiempo distinto y anterior a la del acreedor – evitando así posibles consecuencias negativas en su patrimonio. Sin duda, resulta por esto que la *exceptio* es un instituto paradigmático de justicia privada, que se manifiesta no sólo a través de una excepción de carácter estrictamente procesal, sino que se ejerce incluso de manera extra – judicial a través de la mera abstención de cumplimiento ante un requerimiento del acreedor en este sentido.⁶¹ Esta función no se verifica, en cambio, con respecto a una acción resolutoria. Aquel que pretende injustificadamente la extinción del contrato en virtud de la operación de la condición resolutoria tácita no genera una injusticia en el mismo sentido. Si para el demandado la pretensión resulta no ajustada a derecho y perjudicial para sus intereses tiene otras herramientas. Por supuesto, si su incumplimiento no es tal, le basta simplemente alegar dicha situación y la consiguiente falta de legitimación pasiva o no concurrencia del supuesto de hecho de la acción. En cambio, para el caso que su incumplimiento sea una consecuencia directa del incumplimiento del actor, podrá contestar señalando que el se encuentra (o se

⁶⁰ TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Página 263 (siguiendo a Mosset Iturraspe).

⁶¹ Así, en: PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. *Ob. cit.* Páginas 322 y 323; CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Página 22. Sobre la posibilidad de un ejercicio extrajudicial de la *exceptio*, además de los recién citados, ver: ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo II. 4ª edición actualizada y aumentada. Santiago. Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile. 2001. Página 841; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Medios Compulsivos en Derecho Privado. *Ob. cit.* Página 158; Taranto TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Página 273. Por su parte, Baraona González sostiene la potencialidad extrajudicial de la interposición fundado en la falta de actualización del deber de cumplimiento en las obligaciones bilaterales frente al incumplimiento del que lo requiere (BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 314 y 315).

encontraba) llano a cumplir, pero la conducta del actor le impidió satisfacer su compromiso. En este sentido, o bien el ejercicio de la acción por parte del acreedor vulnera la buena fe, o sencillamente no se puede estimar que existe un verdadero incumplimiento, puesto que el demandado se encontraba llano a cumplir y fue el actor a través de su incumplimiento quien se lo impidió. En el fondo, el demandado que se no conforma con la pretensión de resolución ejercida por el demandante, está manifestando su intención de que el contrato siga vigente y produzca sus efectos normales, por lo que corresponde que inste a su cumplimiento mediante una demanda reconventional de aquel tenor. La *exceptio* – concebida de manera estricta – no ofrece ningún rendimiento funcional para ello.

Bajo la perspectiva de esta función de garantía que presenta la excepción de inexecución contractual, es posible establecer una vinculación entre ésta y la resolución del contrato por incumplimiento, pero en un sentido que va igualmente en la dirección de lo que se ha venido planteando hasta este momento. No es infrecuente encontrar en la doctrina comparada autores que conciban a la *exceptio* como un “diminutivo” de la resolución o un remedio que deriva directamente de ésta.⁶² Así, se dirá que un contratante que se encuentra facultado para ejercer la acción resolutoria – con las consecuencias definitivas e irreversibles que ésta tiene para el contrato – con mayor razón puede, ante el incumplimiento, abstenerse de ejecutar su prestación. Ello sería, de acuerdo a esta concepción, un medio preventivo y anterior a la resolución, toda vez que evita las consecuencias definitivas de este último camino, sin por ello dejar de cumplir aquella función de garantía que le corresponde. Si se entiende que la resolución permite al contratante incumplido desligarse del contrato y así abstenerse de cumplir la obligación que sobre él pesa, la misma abstención beneficia al *excipiens*, pero sin necesidad de poner fin al vínculo contractual. En este sentido, se podría asumir que aquel contratante que opone la *exceptio* desea perseverar en el contrato,

⁶² En este sentido: ELGUETA ANGUITA, Augusto. *Ob. cit.* Página 54 (siguiendo a Giorgi) y los citados en MASNATTA, Hector. *Ob. cit.* Página 26. Además, los citados en MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría General del Contrato. Ob. cit.* Página 454, n. 4 y ESPIN CANOVAS, Diego. *Ob. cit.* Páginas 546.

instar a su cumplimiento, o bien que se vio impedido de ejercer antes la facultad resolutoria en atención a la naturaleza del incumplimiento del actor.⁶³

Sin perjuicio de las críticas⁶⁴ que legítimamente se levantan frente a la asimilación de la *exceptio* con la resolución o a la consideración de la última como fundamento de la primera, la función de garantía que tiene la excepción de contrato no cumplido se manifiesta de manera mucho más clara si se analiza, como ahora, en relación con la resolución. Sin la posibilidad de oponer la excepción, el contratante demandado se vería forzado a cumplir, no obstante que el actor no ofrezca a su turno el cumplimiento simultáneo. Si luego el incumplimiento del actor se consolida, el deudor que se vio obligado a cumplir, podría enfrentarse a un serio problema. Podría acontecer que en el tiempo intermedio el cumplimiento de la obligación en naturaleza por parte del ahora deudor incumplidor se torne imposible. Asimismo, también la posibilidad de obtener la restitución de lo dado o pagado – de prosperar una demanda de resolución – podría haberse esfumado. Además, una eventual insolvencia del deudor podría provocar, en definitiva, que aquel contratante que se vio obligado a cumplir, se vea impedido de obtener una pretensión de cumplimiento por el equivalente o el resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento como de la imposibilidad de efectuar una restitución en especie de lo dado o pagado.⁶⁵ Estas consideraciones no hacen más que clarificar aún más como la *exceptio* se concibe y construye en una vinculación de sentido frente a una demanda de ejecución forzada.

⁶³ Baraona González sintetiza las distintas funciones que se atribuyen a la *exceptio* y las conecta con su fundamento en el principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales: “Desde el punto de vista sustancial su razón de ser no es otra que pretender mantener la igualdad formal y con ello material de las prestaciones, dado la mutua interdependencia entre ellas, manifestada por su condición de sinalagmáticas. Así, se busca que, con el recurso a esta institución, las mismas partes puedan autotutelar tal principio, induciendo a su vez al cumplimiento. En la plasmación positiva de tal exigencia igualitaria se traduce en la necesidad de que el sistema impone del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, cargando a la parte que pretende el cumplimiento que a su vez ofrezca o ejecute su propia prestación” (BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 313).

⁶⁴ Por todos: CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Páginas 112 y ss. Por otra parte, dicha comprensión refuerza la tesis que se avanza en este capítulo, toda vez que no podría generarse como una institución que enerva una acción de resolución aquella que deriva y encuentra su preciso fundamento en esta última.

⁶⁵ En este sentido de la *exceptio* como *garantía preventiva contra la resolución*: CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Páginas 77 y ss.; ESPIN CANOVAS, Diego. *Ob. cit.* Páginas 556 y 557.

En otras palabras, las funciones de la excepción de contrato no cumplido se explican sólo como un medio de defensa frente a una demanda de cumplimiento. Es precisamente evitando el triunfo de dicha pretensión lo que asegura el posterior resultado de una acción resolutoria, siendo solamente ésta la manera en que resolución y excepción de contrato no cumplido se vinculan.

2. Fuerza obligatoria del contrato

Asimismo, la vinculación de este remedio con la pretensión de cumplimiento se puede observar también desde una perspectiva activa del deudor demandado, y no sólo como una defensa. Mediante la invocación de la *exceptio*, el demandado ejerce cierto grado de presión o coacción sobre actor, toda vez que este se verá forzado a cumplir u ofrecer hacerlo si quiere que su pretensión triunfe. De esta manera, si bien manifestado en una actitud pasiva, esta institución puede servir de refuerzo a la fuerza obligatoria del contrato en tanto propende al cumplimiento de las obligaciones que de éste surgen.⁶⁶ Por tanto, la *exceptio* se vincula en ambas direcciones con la pretensión de cumplimiento: primero como una defensa ante aquella, evitando el cumplimiento (en condiciones de desigualdad), mientras que por otra parte impulsa el cumplimiento de las obligaciones.

Como se anticipó, el desarrollo reseñado hasta el momento sustenta las definiciones restringidas (*i.e.* la excepción como remedio para enervar sólo una acción de cumplimiento) que se ofrecen de la institución.

⁶⁶ En este sentido, MESSINEO, Francesco. *Ob. cit.* Página 434; PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. *Ob. cit.* Páginas 322 y 323; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Medios Compulsivos en Derecho Privado. *Ob. cit.* Páginas 154.

SECCIÓN CUARTA: CONCEPTO DE EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Por ejemplo, sin aportar precisamente una definición, Espín Cánovas señala que:

*“La excepción de incumplimiento supone una simple negativa provisional al cumplimiento de su obligación por parte del que la alega. El que se ve demandado de cumplimiento, sin que el actor haya cumplido su contraprestación, se opone la demanda tan solo mientras este no cumple simultáneamente con su obligación”.*⁶⁷

En el mismo sentido, y también en una obra tradicional en la materia, Masnatta se refiere a la *exceptio* de manera clara en referencia a la acción de cumplimiento, al señalar:

*“Si una de las partes de un contrato sinalagmático exige la ejecución de su crédito sin cumplimentar u ofrecer cumplir su propia deuda, la otra parte puede rehusarse oponiendo la excepción de incumplimiento. La misma vehiculiza la posibilidad de que un contratante se abstenga legítimamente de cumplir su prestación si no adviene el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa. Es que cada una de las partes no tiene derecho a exigir la prestación debida si no cumple u ofrece cumplir la que debe...”*⁶⁸

La misma situación se reproduce a nivel nacional, donde se puede tomar como ejemplo paradigmático la obra de Fueyo, quien también define la *exceptio* desde la óptica de la acción de cumplimiento:

“La excepción de incumplimiento es la negativa de una parte a cumplir su obligación, emergente de un contrato bilateral o sinalagmático, ante el reclamo de la otra que no

⁶⁷ ESPIN CANOVAS, Diego. *Ob. cit.* Página 544.

⁶⁸ MASNATTA, Hector. *Ob. cit.* Páginas 10 y 11. En el mismo sentido se pronuncian a nivel de derecho comparado: CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Página 11; TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Páginas 259 y 260; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios Compulsivos en Derecho Privado. Ob. cit.* Página 159 y MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría General del Contrato. Ob. cit.* Página 453; OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *Ob. cit.* Página 33; MANTILLA E., Fabricio. *Ob. cit.* Página 277; BRICEÑO, Ildemaro. *Temas de Derecho. Caracas. Grafos. 1966.* Página 84; MELICH – ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato. 3ª edición. Caracas, Venezuela. Jurídica Venezolana. 1997.* Páginas 769 y siguientes; PERSICO, Giovanni. *Ob. cit.*; DIEZ - PICAZO, Luís y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. 9ª edición. Madrid, España. Tecnos. Página 150.*

*ha cumplido ni ofrece cumplir la suya, con el objeto de lograr el simultáneo intercambio de prestaciones que, en general, es característico de esta categoría de contratos”.*⁶⁹

Dicho autor señala expresamente que la *exceptio*,

*“...se limita a impedir o atajar la satisfacción efectiva del crédito del adversario, ejerciendo presión sobre él para que cumpla por su parte, a la vez que suspende mi cumplimiento con sus consecuencias lamentablemente funestas por faltar la reciprocidad propia del sistema”.*⁷⁰

Por su parte, Claro Solar, para quien la *exceptio* tiene la virtud de atajar cualquiera de las acciones derivadas del incumplimiento, señala que con arreglo al artículo 1552,

*“...ninguna de las partes puede demandar a la otra para exigirle el cumplimiento del contrato si no ha cumplido por su parte o está pronta a cumplir las obligaciones recíprocas que el contrato le impone”.*⁷¹

De las anteriores definiciones se desprende de manera concluyente la forma en que la *exceptio non adimpleti contractus* se concibe como un medio de defensa ante una acción de cumplimiento forzado de la obligación.

En suma, puede decirse que la lógica y estructura de la *exceptio non adimpleti contractus* se explica como un remedio defensivo del deudor frente a la pretensión de cumplimiento ejercida en su contratante por un acreedor no diligente. Tanto su

⁶⁹ FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 239.

⁷⁰ FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 235. Resulta muy decidor que luego agregue en la página 236, citando a Messineo, que: “*La parte que se exceptiona, además de sustraerse legítimamente (aunque sea en forma provisoria) al deber de cumplir a su vez, queda asimismo eximida de las consecuencias de su incumplimiento (voluntario), esto es, escapa la posibilidad de sufrir la ejecución forzada, a la compensación y a los intereses moratorios*” (MESSINEO, Francesco. *Ob. cit.* Página 434).

⁷¹ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Páginas 769 y 770, reforzando la interpretación anterior en las páginas 786 y siguientes. En este sentido, agrega que: “*La excepción non adimpleti contractus es, pues, un medio de defensa de buena fe que el que se halla obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la contraprestación que incumbe a la otra parte*”. La verdad es que todo el tratamiento que Claro Solar hace de la *exceptio* gira en torno a ésta como una excepción al cumplimiento forzado de la obligación. También en relación con la demanda de cumplimiento forzado: PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. *Ob. cit.* Página 322; ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, *Ob. cit.* Página 296; LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 554 y 555.

fundamento en el sinalagma funcional propio de las naturaleza de los contratos bilaterales y las funciones que de acuerdo a esto se le atribuyen a dicho instituto, como la manera en que doctrina y ordenamientos jurídicos lo conciben, justifican el aserto. Si bien en doctrina comparada – donde se han ocupado en detalle de la *exceptio* – existen algunas opiniones aisladas en sentido contrario,⁷² me parece que estas últimas incurren en una confusión, como se ilustrará en lo que sigue al relacionar el incumplimiento recíproco con la excepción de contrato no cumplido.

⁷² PERSICO, Giovanni. *Ob. cit.* Páginas 184 y 185: “Hemos presupuesto hasta ahora una acción o demanda de cumplimiento. ¿Quid iuris cuando, en cambio, se propone una demanda de resolución o acción redhibitoria (en sentido lato)? Tomando a la letra el artículo 1460 del Código Civile no parecería posible, en tales casos, la *exceptio non adimpleti contractus*. Considero, sin embargo, que habría grave discordancia si el legislador regulase de un modo diverso dos remedios (resolución y cumplimiento) concedidos de manera alternativa contra la parte incumpliente (...) En efecto, cada uno de los contratantes puede rehusarse a cumplir la propia obligación en ciertas circunstancias, y tal negativa a cumplir, si se reconoce ser legítima por el juez, justifica el comportamiento del demandado que no puede ser considerado incurso en culpa o dolo por su incumplimiento. Como se ha visto, es necesaria por lo menos culpa en el incumpliente para resolver el contrato”. Lo secunda en esta opinión, criticando sentencias de la Corte Suprema de Venezuela, MELICH - ORSINI, José. La Resolución del Contrato por Incumplimiento. Bogotá – Caracas. Editorial Temis Librería. 1979. Páginas 225 y 226. En Chile, López Santa María es de la misma opinión, validando el criterio de los tribunales en orden a ampliar el alcance la excepción a las acciones de cumplimiento forzado y resolución, la que a su juicio *en rigor* sólo correspondería para enervar una demanda de perjuicios, al ser la mora del deudor en sentido estricto *exclusivamente* presupuesto de admisibilidad de la acción indemnizatoria (LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 555 y 556). Asimismo, Baraona González señala que la excepción de contrato no cumplido hace desaparecer el incumplimiento, por lo que puede ser válidamente opuesta frente a una demanda de resolución (BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 317).

SECCIÓN QUINTA: INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO Y EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

En esta sección se pretende analizar si la excepción de contrato no cumplido, de la manera que ha sido expuesta, opera en un escenario de incumplimientos recíprocos o por otro lado si esta excepción requiere precisamente la prevalencia de un incumplimiento a fin de resultar aplicable. Además, el desarrollo que sigue contribuye a delimitar el ámbito de aplicación de la excepción y su vinculación únicamente con una pretensión de cumplimiento forzado.

Algunos autores asocian la excepción de contrato no cumplido con la expresión *incumplo porque incumples*.⁷³ En sí misma, dicha fórmula implica una idea o noción justificativa del incumplimiento, amparado en otro incumplimiento con el que de alguna manera se vincula y sirve de justo motivo. Así, una de las partes se abstendría de cumplir una vez observado el incumplimiento de la contraparte. En estos términos se refiere Messineo a la vinculación entre los incumplimientos y la *exceptio*, al enseñar que:

“La situación en la que puede encontrar aplicación la excepción de incumplimiento, implica un primer incumplimiento que determina y justifica el segundo. Esto presupone una separación temporal en la génesis de los incumplimientos, aunque en cierto momento éstos, llegados a ser dos, fuesen contemporáneos: separación temporal que no se subraya cuando se dice que se trata de incumplimientos recíprocos. Sin embargo, entre un incumplimiento y el otro debe existir un nexo de causalidad; más aún, de recíproca influencia o dependencia”.⁷⁴

Por tanto, Messineo es claro en la opinión que la excepción de contrato no cumplido no se aplica en una hipótesis de incumplimientos recíprocos, es decir, incumplimientos simultáneos y sin vínculo de causalidad alguno. Sin embargo, al igual que el resto de la doctrina, el autor funda la excepción en el principio de simultaneidad en las prestaciones de los contratos bilaterales que se explica en razón del nexo de

⁷³ CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Página 22; o “no cumplo porque tú incumpliste antes” (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría General del Contrato. Ob. cit.* Página 454).

⁷⁴ MESSINEO, Francesco. *Ob. cit.* Página 432).

interdependencia que existe entre éstas.⁷⁵ Por ello, de encontrarse las dos partes en un estado de incumplimiento, este no podría haber sido sino simultáneo. No mediando plazo o condición, y salvo estipulación de las partes o que lo contrario se derive de la naturaleza de la obligación, las obligaciones que surgen de un contrato bilateral se hacen exigibles de manera simultánea e inmediata, debiendo producirse el cumplimiento de igual manera. La inejecución mutua una vez exigibles las obligaciones en estas circunstancias, deja a las dos partes en un estado de recíproco incumplimiento en el que no puede verificarse una separación temporal entre los incumplimientos. Distinto sería, por ejemplo, que uno de los deudores gozara de plazo. En este caso, de ser demandado dicho deudor beneficiario, la excepción no le sería de utilidad, dado que sólo requiere alegar la inexigibilidad temporal de su obligación. Por el contrario, el no puede ser sujeto pasivo de la excepción pendiente el plazo, en razón de la misma inexigibilidad de su obligación y la necesidad que tiene el actor de cumplir primero toda vez que no se encuentra beneficiado por plazo suspensivo. Por lo mismo, en los términos de Messineo, la excepción no podría referirse sino a incumplimientos recíprocos. La postura de Messineo, es decir, aquella noción meramente justificativa del incumplimiento parece implicar más bien el principio formulado en el capítulo anterior, en virtud del cual aquella parte que incumple un contrato no puede valerse de dicho incumplimiento para acceder a los remedios contractuales que le provee la ley. Así, por ejemplo, aquel que primero incumple libera a la otra parte de sus obligaciones y es susceptible de declararse la resolución en su contra o, lo que es lo mismo, no puede declararse la resolución en contra de aquel cuyo incumplimiento es motivado o provocado por el incumplimiento del actor⁷⁶ (el incumplimiento de uno es prevalente, por tanto no se verifican recíprocos incumplimientos). Sólo en este sentido puede comprenderse a Messineo cuando declara que:

“La excepción de incumplimiento suele oponerse en el caso de que el contratante fuese llamado a juicio para la resolución del contrato por incumplimiento o porque hubiese sido condenado al cumplimiento”.

⁷⁵ MESSINEO, Francesco. *Ibid.*

⁷⁶ *Vid. supra* páginas 17 y ss.

En situaciones como ésta, el demandado requiere justificar su incumplimiento, y lo hace alegando que este fue motivado por un incumplimiento anterior, que se encuentra llano a cumplir, pero se abstuvo o le fue imposible hacerlo en razón de la inejecución de su contraparte, por lo que en realidad él no ha incumplido y por tanto no es legitimado pasivo de una acción derivada de esta circunstancia. Podría, sin embargo, estimarse como un ejercicio extrajudicial de la *exceptio*, pero en ese caso su correcta interposición sería susceptible de ser evaluada judicialmente⁷⁷ y, en ese momento, el demandado tendría que oponerla nuevamente – ahora en términos procesales – para inhibirse de cumplir si no se le ofrece la satisfacción de su crédito.

En este momento, por tanto, cobra relevancia recordar y tener presente la vinculación de la *exceptio* con la demanda de cumplimiento y que, por tanto, la primera sólo se explica en tanto exista un contratante cuya prestación le es exigida. Sin esa reclamación o exigencia, no se explica la oposición de una excepción. Como una excepción que pretende legitimar la abstención de una parte a cumplir, debe existir en contraposición a una acción que pretende de dicha parte el cumplimiento. De lo contrario, la situación podría simplemente reducirse y solucionarse según el principio antedicho. Por lo mismo, la expresión correcta de dicha excepción debiere ser “*incumplo mientras incumples*” o mejor, “*no cumplo si no cumples*”. Por esta última formulación se pronuncia Fueyo:

*“Por tanto, ante un reclamante de cumplimiento, mi conducta legítima es la de oponerme al menos provisoriamente, mientras mi reclamante no cumpla o se allane a cumplir”.*⁷⁸

Esto no hace más que reforzar la lógica de la *exceptio* como una respuesta a una demanda de cumplimiento forzado. Además explica que su interposición en un contexto judicial supone el incumplimiento recíproco, mientras que cuando actúa previamente implica una separación temporal en los términos de Messineo, pero llevado a juicio el *excipiens* debe cumplir si el actor adviene el cumplimiento. Así, el

⁷⁷ Vid. *supra* página 23.

⁷⁸ FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 236.

incumplimiento anterior del actor sólo le permite al *excipiens* purgar la mora durante ese lapso para efectos de la indemnización de perjuicios.

CONCLUSIÓN

Si ambas partes han incumplido y una de ellas se decide por incoar la acción resolutoria, la defensa del demandado fundada en la *exceptio* no es portadora de un significado coherente con la acción, a diferencia de lo que acontece frente a una demanda de ejecución. En este último caso, el *excipiens* lo que pretende es evitar cumplir al descubierto, es decir, sin la certeza de recibir a cambio la contraprestación a la que tiene derecho. Por el contrario, si el deudor pretende oponerse a una acción de resolución, deberá instar por el cumplimiento forzado. No querer la resolución del contrato es pretender que éste se cumpla y para ello no tiene otra vía que ejercer reconvencionalmente una demanda de cumplimiento forzado. La oposición adecuada a una demanda de resolución es esa. El actor que ya instó por la resolución tiene la intención es desligarse del contrato, por lo cual no puede esperarse que cumpla de manera espontánea. Oponer la *exceptio* equivale a sostener “incumplo mientras incumples” o “cumpliré cuando cumplas”, lo que no resulta coherente con una demanda de resolución cuyo objeto no es exigir el cumplimiento, sino justamente la operación de un remedio que libera a ambas partes de la necesidad de ejecutar su obligación. En cambio, el deudor que también pretende resolver el contrato no tiene más que allanarse, mientras que si la demanda viene acompañada de la pretensión indemnizatoria, le bastará señalar que a su respecto no se cumple el requisito esencial para tener la obligación de indemnizar, cual es la mora, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1552 y 1557 del Código Civil.

Ante un escenario de mutuos incumplimientos y donde se encuentra presente en ambas partes la intención de desligarse del contrato (por ejemplo, a través de demandas cruzadas de resolución o bien donde el demandado pretende la resciliación tácita del contrato), la interposición de la excepción de contrato no cumplido no tiene mayor sentido.⁷⁹ En primer lugar, el *excipiens* no está siendo objeto de una reclamación de cobro. Por otra parte, si los incumplimientos son efectivamente recíprocos (*i.e.* simultáneos o sin vínculo de causalidad), la *exceptio* tampoco serviría

⁷⁹ La importancia con respecto al remedio indemnizatorio será analizada en un capítulo posterior.

como circunstancia justificativa del incumplimiento, puesto que no existe en rigor un incumplimiento que constituya motivo del otro. En el caso de no verificarse la reciprocidad en los incumplimientos, en lugar de la oposición de la excepción, el demandado tendría que alegar la falta de legitimación pasiva (por no ser estrictamente incumplidor) o bien el ejercicio de mala fe de la acción, conforme al principio general relativo a la imposibilidad de valerse de un incumplimiento propio para acceder a los remedios que otorga el ordenamiento jurídico al acreedor insatisfecho.⁸⁰

Vemos entonces que la excepción de incumplimiento contractual es un remedio otorgado a las partes de un contrato bilateral como defensa frente a una demanda de cumplimiento. Por ello, la solución al problema de la articulación entre incumplimientos recíprocos y remedios contractuales no ha de encontrarse en el análisis de dicho mecanismo, salvo en lo que a cumplimiento forzado se refiere. Es importante despejar cuestiones terminológicas que más de alguna consecuencia dogmática indeseada puede acarrear.

En lo que sigue, trataremos la vinculación entre la *exceptio* y la mora y como ello se conecta con lo establecido por el artículo 1552 del Código Civil. Como se verá, parte de la doctrina señala que la excepción de contrato no cumplido se encuentra consagrada en dicha norma. Por otra parte, existe otros autores que, reconociendo que el artículo 1552 del Código Civil no contiene la excepción, señalan que ésta puede desprenderse del principio que subyace a esta norma, además de la propia naturaleza de las obligaciones que emanan de los contratos bilaterales. Si bien estas son las posiciones predominantes en doctrina, también se ha planteado – si bien de manera aislada – que nuestra legislación no contempla la excepción de contrato no cumplido, por lo que el deudor no podría abstenerse legítimamente de ejecutar su obligación amparándose en el incumplimiento del actor. Sobre la presencia de la excepción de inexecución en nuestro ordenamiento es de lo que tratan las páginas que siguen.

⁸⁰ Se postula que el cumplimiento del actor no es, *per se*, requisito de legitimación activa en la acción resolutoria (Vid. *infra* páginas 179 y ss.).

CAPÍTULO 3:

¿EXISTE EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO UNA CONSAGRACIÓN LEGAL DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO?

El propósito de este capítulo es demostrar que nuestro Código Civil no consagra de manera expresa y general lo que se conoce en doctrina como *excepción de contrato no cumplido*. En particular, esta institución no se encuentra recogida en el artículo 1552 de dicho Código, sino que éste lo que hace es abordar el fenómeno de la mora en los contratos bilaterales. Sin embargo, esta falta de consagración no constituye un obstáculo para la construcción de dicha institución con auxilio de reglas particulares y principios generales asentados en nuestra legislación civil. Lo importante será, entonces, clarificar como en nuestro derecho civil el establecimiento y aplicación de la *excepción* requiere de un esfuerzo interpretativo de carácter dogmático, ante la ausencia de una norma que consagre la referida institución de manera general. Veremos, no obstante, como la opinión generalizada parecer ser la contraria (*i.e.* sostener que el artículo 1552 consagra expresamente la *excepción*) y como ella se enfrenta a una serie de dificultades de las que no da cuenta satisfactoriamente.

Esta conclusión permitirá centrarse en el problema de la tesis – incumplimientos recíprocos y remedios contractuales – desde la perspectiva de la mora y no de la *excepción*. En otras palabras, en rigor no corresponde analizar si la *exceptio* ataja todas las acciones por igual (puesto que es una institución creada como óbice al cumplimiento de la obligación), sino que en definitiva lo crucial es determinar si la mora (que no se verifica ante incumplimientos recíprocos) es o no requisito por igual de las diversas acciones.

Por tanto, se comenzará con la exposición de aquellos argumentos que van en la dirección de negar que el artículo 1552 del Código Civil consagre la excepción de contrato no cumplido, sino que se encarga más bien de regular la mora en los contratos bilaterales, institución distinta que la primera.

SECCIÓN PRIMERA: EL ARTÍCULO 1552 DEL CÓDIGO CIVIL NO CONSAGRA LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

1. La falta de coherencia de la doctrina nacional con los fundamentos históricos y función dogmática de la excepción de contrato no cumplido.

Luego de definir la institución, Fueyo señala que ella

*“es un principio universalmente admitido en las legislaciones del siglo XIX e invariablemente en las del siglo XX, expresándose mediante textos semejantes entre sí, con meras variaciones de lenguaje”.*⁸¹

En seguida nos dice que nuestro código, en su artículo 1552, es uno de los que mejor la expresa, para luego agregar que resulta raro encontrar algún código civil que no consagre de modo específico la excepción de contrato no cumplido o bien, en aquellos pocos casos en que se omite dicha norma, existirían *preceptos que por vía indirecta permiten la construcción de la regla con alcance general a todos los contratos bilaterales*”. Es así como Fueyo incorpora el artículo 1552 del Código Civil dentro de la enumeración ejemplar que realiza de aquellos códigos donde se encuentran disposiciones expresas que consagran la *exceptio*. Entre estos, se encuentran los códigos italiano, suizo, alemán, venezolano o peruano,⁸² los que veremos difieren sustancialmente en su formulación si se les compara con nuestro artículo 1552. En todos ellos, efectivamente con meras variaciones ligeras de lenguaje, se formula la *exceptio* como norma general del modo en que fue abordada en el capítulo pasado. A este respecto, la norma de nuestro código exhibe diferencias tales que al menos nos debieren inducir a considerar con alguna mayor detención su inclusión en el grupo de aquellas que consagran expresamente y con carácter general la excepción de contrato no cumplido.

⁸¹ FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 235.

⁸² FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Páginas 239 y 240.

De todas formas, Fueyo no es una opinión aislada en la materia. De acuerdo a Alessandri,⁸³ el artículo 1552 cumpliría una doble función: la primera sería constituir una aplicación del aforismo *la mora purga la mora*, mientras que la segunda sería consagrar la excepción de contrato no cumplido. Lo que llama notoriamente la atención en este autor es que luego de hacer dicha afirmación, define la *exceptio* del modo que lo hace unánimemente la doctrina, a saber, como aquella excepción que

⁸³ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Páginas 296 y 297. También en ALESSANDRI RODRIGUEZ., Arturo. *Ob. cit.* Tomo II, Volumen I. Página 362; VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Ob. cit.*, Página 254, 277 y siguientes (donde señala que la purga de la mora es el fundamento de la *exceptio*); PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. *Ob. cit.* Página 317; RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. *Actualidad Jurídica*. Volumen 5 (N° 9): página 125, 2004; ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Páginas 840 y ss. En Colombia, con referencia al artículo 1609 de su Código Civil (idéntico a nuestro 1552), Mantilla también afirma que dicho artículo consagra expresamente la *exceptio non adimpleti contractus* (MANTILLA E., Fabricio. *Ob. cit.* Página 277). Asimismo, en España, Gema Díez-Picazo Gimenez formula igual declaración sobre el artículo 1100 párrafo 3º del Código Civil: DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. La Mora y la Responsabilidad Contractual. Madrid, España. Editorial Civitas S.A. 1996. Página 505.

En Chile, una serie de sentencias otorgan un alcance amplio a la excepción y atribuyen su consagración normativa al artículo 1552 del Código Civil. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha dado expresamente al artículo 1552 un sentido amplio en uno de sus fallos, cuyo considerando relevante merece ser citado en extenso: “*De esta manera se puede explicar la razón jurídica de los efectos que tanto el inciso 1º del artículo 1489 como el artículo 1552 del Código Civil atribuyen a los contratos bilaterales. Este último precepto consagra la excepción non adimpleti contractus, derivada de la teoría de la causa y como una consecuencia de su aplicación a los contratos bilaterales en que la obligación de una de las partes es la causa de la obligación que la otra contrae y, por consiguiente, no cumpliendo una de ellas su obligación, la otra puede dejar de cumplir la suya, porque ha dejado de tener la causa que le dio vida, perdiendo su soporte jurídico. Siendo la obligación de uno el fundamento de la del otro – dice Jean Domat – el primer efecto de la convención es el que cada uno de los contratantes puede obligar al otro a cumplir su obligación cumpliendo el la suya por su parte. El artículo 1552 del Código Civil tiene un alcance más amplio que el que pudiera dársele sin atender a la noción jurídica que en él se envuelve, y de ahí que sea necesario reconocer que dicho precepto no rige simplemente la situación jurídica de la mora, sino que consagra precisamente la excepción non adimpleti contractus*” (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Tomo V, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, página 276*). En otra causa, esta misma Corte, junto con afirmar que el artículo 1552 consagra lo que en doctrina se conoce como excepción de contrato no cumplido, identifica dicha institución con la mora, toda vez que afirma que la excepción es *graficada* por dicho artículo *con el clásico aforismo de que “la mora purga a la mora”* (*Sociedad Arata S.A.C.I. con Sociedad Inmobiliaria El Alarife S.A., C.A. Santiago, rol 9907 – 2005, 15.06.2009, C. 8º, Legal Publishing 42267*). En el mismo sentido (*i.e.* el artículo 1552 consagra la *exceptio*) puede verse, entre otros: *Pepe Pizza y Compañía Limitada con Boris Alfonso Lazcano Zamora, C.S., rol 2459 – 2008, 13.08.2009, N° Legal Publishing 42482*; *Gabriel Adán Hernández Pastén con Wilson Fernando Rodríguez Cabrera, C.S., rol 6859 – 2007, 09.03.2009, C. 5º, N° Legal Publishing 41746*; Algo más matizada es la afirmación en *Incomin S.A. con Enami, C.S. rol 1594 – 2001, 31.03.2003, N° Legal Publishing 26369*.

permite al contratante de un contrato bilateral que ha sido demandado por no haber cumplido su obligación, suspender el cumplimiento hasta que el demandante no se allane a cumplir la propia. Como se puede apreciar, la definición dista mucho de lo que se puede leer en el artículo 1552.

Aquel paso que dan los autores entre la norma consagrada en el artículo 1552 y la afirmación consistente en que ella formula lo que se conoce en doctrina como la *exceptio non adimpleti contractus* lo permite la consideración de la mora como presupuesto de las tres acciones que concede el artículo 1489 del Código Civil. Ello es evidente si se revisan autores como Claro Solar o el mismo Alessandri.

El primero de ellos, luego de señalar que el artículo 1552 agrega un requisito adicional que debe cumplir el acreedor para constituir en mora al deudor en un contrato bilateral (*i.e.* el cumplimiento u ofrecimiento de cumplimiento de la prestación que a él le incumbe), nos enseña que:

“Los autores decían que en este caso (el incumplimiento por ambas partes) la mora del requerido ha quedado purgada con la mora del requirente: el requerido no se hallaba obligado a ejecutar su prestación, porque la otra parte no había ejecutado la suya”.⁸⁴

Y luego agrega:

“...si ninguna de las partes ha ejecutado la prestación a que se obligó, no puede exigir de la otra el cumplimiento del contrato; el demandado no ha estado constituido en mora y, por lo mismo no es responsable de los perjuicios que la no ejecución de su obligación haya podido causar a la otra parte”.⁸⁵

Así, del primero de los fragmentos citados parece desprenderse que al ser la mora de uno de los contratantes *purgada* por el incumplimiento del otro, este último no está habilitado para exigir del primero el cumplimiento de su obligación, por ser la mora un supuesto o requisito de la facultad para exigir el cumplimiento forzado. Lo anterior se expone de manera inequívoca en Alessandri, para quien uno de los efectos de la mora del deudor es precisamente autorizar al acreedor para entablar la acción de

⁸⁴ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 787.

⁸⁵ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 787.

cumplimiento del contrato o su resolución.⁸⁶ Así, no sería la oposición de la *exceptio* y la consiguiente imposibilidad de obtener el cumplimiento forzado de la obligación lo que obstaría a la constitución en mora, sino que es el mutuo incumplimiento y su efecto *purgatorio* o *compensatorio* respecto a la mora que establece el artículo 1552 lo que impediría entablar la demanda de ejecución. En este punto, se identifica el contenido de la *exceptio* con la situación de mutuo incumplimiento que establece el artículo 1552 y ello permitiría sostener que dicho artículo consagra expresamente la institución de la excepción de incumplimiento.

Sin embargo, la excepción de contrato no cumplido nace, se desarrolla y articula como un medio de defensa frente a la acción de cumplimiento de un contratante que no ha satisfecho ni ofrecido satisfacer la prestación que le corresponde en virtud de un contrato bilateral, sin que ello guarde vinculación con la institución de la mora. La excepción encuentra su sustento dogmático en la teoría del sinalagma genético y funcional como explicación de la naturaleza y de la mutua dependencia de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral. De hecho, sabemos que la aparición de la *exceptio* sólo es posible una vez que se admite en el derecho romano la existencia de los contratos *ultra citroque obligatorii*, lo que sucede en una época más bien posterior y, que ni siquiera eso fue suficiente, pues se precisó de la influencia canónica y post – glosadora para consolidar la figura y darle carácter general. En cambio, la mora es una institución que sí tiene procedencia específicamente romana y cuya teoría se construye en base a la consideración de una obligación simple, unilateral, donde la relación se encuentra formada por un único acreedor cuyo crédito se corresponde con la obligación que pesa sobre un único deudor. Aquella era la situación que imperaba en Roma en donde las obligaciones normalmente derivaban de la *stipulatio* o bien de contratos reales, negocios que eran fuente únicamente de obligaciones unilaterales.⁸⁷ La mora y la excepción de contrato no cumplido son instituciones que no guardan vinculación en términos históricos, siendo la norma del artículo 1552 parte de un esfuerzo – muy posterior – de ajustar la teoría de la mora con

⁸⁶ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Página 301.

⁸⁷ DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Página 639.

el nuevo modelo de contrato bilateral o sinalagmático. Por lo mismo, corresponde comprender la *exceptio non adimpleti contractus* como un obstáculo a una demanda de cumplimiento forzado de la obligación.

En atención a las consideraciones anteriores, es posible leer el segundo fragmento citado de Claro Solar de tal forma que se compadezca con una interpretación distinta. Se puede sostener que, ante el incumplimiento de ambas partes, cualquiera de ellas que reclame de la otra el cumplimiento de su obligación se ve expuesta a que su pretensión sea desestimada por la invocación de la excepción de inejecución. Por su parte, esta misma situación de mutuo incumplimiento obsta a que – en virtud del artículo 1552 – el demandado haya sido constituido en mora y, *por lo mismo*, no es responsable de los perjuicios que se derivan de su inejecución. En esta lectura, la nota común y fundamental es la situación de mutuos incumplimientos, lo que da lugar por una parte a la posibilidad de invocar la *exceptio* frente a una pretensión de cumplimiento forzado, mientras que por otra impide el estado de mora de ambas partes. De esta manera, se desvinculan mora (o la *purga de la mora* más precisamente) y excepción de contrato no cumplido, al tiempo que sale a la luz su fundamento compartido (*i.e.* equilibrio funcional de las prestaciones; principio de cumplimiento simultáneo).

Otra forma de comprender lo anterior sería sostener que, en virtud del mutuo incumplimiento, ambas partes están impedidas de reclamar el cumplimiento de su crédito, lo que evitaría la constitución en mora por faltar el requisito del requerimiento o interpelación. Sin embargo, esta afirmación se encuentra con algunas objeciones. En primer lugar, no responde lo que sucede con aquellas hipótesis de mora en las que no se precisa de la interpelación o requerimiento del acreedor (artículo 1551 números 1 y 2). Por otra parte, entiende la *exceptio* como un requisito de la acción de ejecución forzada o de legitimación activa del demandante, en circunstancias en que la doctrina es unánime en comprenderla propiamente como una excepción, por lo que la desestimación de la demanda depende de la actividad del demandado, pudiendo tener éxito si el demandado no se vale de la defensa que se le concede en la *exceptio*. Por último, también existe claridad (cuestión que se abordará en detalle más adelante)

sobre el carácter suficiente de la exigibilidad de la obligación para poder demandar su cumplimiento, no precisándose de otro elemento (salvo, por supuesto, los correspondientes a la acción ejecutiva). En definitiva, se refuerza lo expuesto con referencia a la operación de la *exceptio* frente a la pretensión de cumplimiento, mientras que comienza a hacerse claro como el problema que convoca el escenario de mutuos incumplimientos es aquel de la mora como presupuesto de las tres acciones que concede el artículo 1489 del Código Civil y no, como se piensa, la aptitud de la excepción de contrato no cumplido para atajar esas acciones. Sobre ello volveremos continuamente en lo que sigue.

2. Un contraste entre el artículo 1552 del Código Civil y los principales ordenamientos que consagran con carácter general la excepción de contrato no cumplido.

Para afirmar que el artículo 1552 consagra expresamente la excepción de contrato no cumplido, se debe salvar el obstáculo que ofrece su texto y la radical diferencia que este tiene con normas como las del código civil suizo, holandés, alemán o peruano.⁸⁸

⁸⁸ Son algunas de las que menciona Fueyo, *vid. supra* página 76. Normas de muy similar contenido que el artículo 1552 del Código de Bello, tales como el artículo 510 del Código Civil argentino o 1.100 párrafo 3º del Código Civil español (que se corresponde con el artículo 1007 del proyecto de Código Civil español de 1851) parecen encontrar su fuente de inspiración común en el artículo 1907 del Código Civil del estado de Luisiana de 1804 – 1825: “*En los contratos conmutativos en los que las obligaciones recíprocas deben cumplirse al mismo tiempo, o inmediatamente una después de las otras, la parte que desea constituir a la otra en mora, debe en tiempo y lugar expresados en el contrato o que resultan implícitamente de él, ejecutar u ofrecer ejecutar la obligación a la que se ha comprometido por su parte, según el contrato lo prescriba, de otra manera la otra parte no se constituirá en mora*” (TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Páginas 262 y 263; ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Acción Resolutoria y Excepción de Contrato No cumplido. Algunas Precisiones Fundamentales Respecto de su Ámbito de Aplicación. Revista Actualidad Jurídica. Volumen 4 (Nº 8), página 84, 2003). Esta norma clarifica el rol sistemático del artículo 1552: éste tiene por objeto regular la constitución en mora en los contratos bilaterales. Actualmente, el artículo 1907 del Código de Luisiana se corresponde con el artículo 1993 que, de manera más sintética, consagra la misma norma. Al igual que en nuestro país, dicha norma viene precedida por las formas de constituir en mora al deudor y precede a su vez a las normas relativas a la indemnización de perjuicios.

Resulta sumamente ilustrador ver como otros ordenamientos jurídicos de tradición continental han consagrado en sus códigos civiles la excepción de contrato no cumplido. Algunos de ellos la han recogido expresamente y de manera similar a la fórmula enunciada por Bartolo.

El ejemplo paradigmático de excepción de contrato no cumplido se encuentra en el BGB. En su parágrafo 320.1 (que se mantiene luego de la reforma al derecho de las obligaciones realizada el año 2002),⁸⁹ se dispone expresamente:

“Quien esté obligado mediante un contrato bilateral puede negarse a prestar su parte hasta que la otra parte haya realizado su prestación, a menos que la primera esté obligada a cumplir su parte primero....”

Mientras que sobre lo que se ha denominado en doctrina *exceptio non rite adimpleti contractus*, el parágrafo 320.2 establece:

“Si ha sido cumplida parcialmente la prestación por una parte, no puede negarse la contraprestación, siempre que la negativa, según las circunstancias, en especial a causa de la proporcional insignificancia de la parte atrasada, fuese contrario a la fidelidad y la buena fe”.

Incluso, establece a continuación una excepción *preventiva* de incumplimiento, también como una defensa frente a una reclamación de ejecución, al establecer en su parágrafo 321 que,

*“El que se ha obligado por un contrato bilateral a cumplir anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe cuando después de celebrarse el contrato se ponga de manifiesto que su pretensión a la contraprestación pelagra por la escasa capacidad de la contraparte. El derecho a denegar la prestación decae cuando se efectúe la contraprestación o se preste garantía para ella”.*⁹⁰

⁸⁹ Sobre dicha reforma, puede consultarse: ALBIEZ D. Klaus J. Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*. Volumen 55 (N° 3): páginas 1133 a 1228; o LAMARCA M., Albert. La modernización del derecho alemán de las obligaciones: Reforma BGB. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona. N° 2. 2001.

⁹⁰ Esta facultad de abstenerse a ejecutar la propia prestación por temor a la pérdida del precio, también está consagrada en el Código de Bello a propósito del contrato de compraventa, en el artículo 1826: *“Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”.* Hemos visto como la excepción de inejecución se funda en el principio

Donde también se puede apreciar claramente la inspiración en la formulación de Bartolo es en el artículo 1460 del *Codice Civile*, que además expresa claramente la vinculación de la *exceptio* con el principio de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral. Así,

*“En los contratos con prestaciones recíprocas (“correspectivas”) cada uno de los contratantes puede rehusar el cumplimiento de su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que se hayan establecido por las partes o resulten de la naturaleza del contrato, términos diversos para el cumplimiento...”*⁹¹

A su vez, la consagración de la *exceptio* como un medio de defensa frente a una acción de cumplimiento no es ajena a los códigos latinoamericanos. El Código Civil peruano, en su artículo 1426, establece que:

“En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”.⁹²

de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones por lo que, de no mediar disposición especial, las obligaciones deben cumplirse de inmediato y al mismo tiempo. Sin embargo, esta norma se pone en el caso de, si bien encontrándose una de las partes obligadas a cumplir previamente (lo que en principio la inhabilitaría para oponer la *exceptio*), ella se encuentra de todos modos enfrentada al peligro de cumplir al descubierto, es decir, sin expectativa cierta de contraprestación. En este caso, la ley la autoriza a abstenerse de cumplir no obstante su obligación específica de pagar primero. Una norma similar se encuentra consagrada en los artículos 1613 del *Code* y 1467 del Código Civil español. El artículo 6:263 del Código Civil holandés de 1992 también consagra esta excepción preventiva con carácter general y no sólo referida al contrato de compraventa <<http://www.codigo-civil.org>> [consulta 27 noviembre, 2010].

⁹¹ En el mismo sentido, puede verse los artículos 374 del Código Civil griego, 215 del polaco (1934), 428 del portugués, 6:262 del holandés de 1992 (los artículos 6:52 a 6:57 hacen de la *exceptio* una institución que excede los márgenes del contrato bilateral) y 82 del suizo. Este último es bastante iluminador, toda vez que aborda la institución desde la perspectiva del actor y señala expresamente que: *“aquel que reclama la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, salvo que tenga el beneficio de un término, según las cláusulas o la naturaleza del contrato”*. En el derecho europeo de los contratos, la excepción consagrada de esta manera tradicional se puede encontrar, por ejemplo, en el artículo 9:201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PDEC). Ésta última es bastante similar a las formulaciones recién expuestas <<http://www.codigo-civil.org>> [consulta 27 noviembre, 2010].

⁹² En un sentido similar, o bien en la línea de lo preceptuado por los códigos alemán e italiano, se encuentran los artículos 573 del Código Civil boliviano, 1902 del brasileño, 719 del paraguay, 1168 del venezolano y 1210 del argentino. Importante resultará posteriormente tomar en consideración que algunos códigos, como el argentino, consagran además una norma

Mientras que estos últimos en sus textos prácticamente coinciden con las definiciones que a nivel de doctrina se ha dado de la *exceptio*, el precitado artículo de nuestro código en cambio dice algo bien diferente: aun cuando uno de los contratantes haya retrasado el cumplimiento de su obligación, no puede ser considerado como moroso si el otro tampoco ha cumplido. Existe, siguiendo a Diez – Picazo⁹³ una neutralización de ambas situaciones derivadas del mutuo incumplimiento. Para dicho autor, la norma del párrafo 3º del artículo 1100 del Código Civil español⁹⁴ se aviene adecuadamente con las obligaciones de cumplimiento simultáneo,⁹⁵ no así con aquellas de cumplimiento no simultáneo o diferido. En la primera clase de obligaciones, si ninguno de los contratantes ha cumplido y ambas obligaciones son exigibles, cualquiera de las partes que quiera constituir en mora a la otra precisa allanarse a cumplir. Por su parte, en las segundas debe distinguirse dos situaciones que revelan que la norma en comento se inspira en el supuesto de incumplimiento recíproco de obligaciones de cumplimiento simultáneo. Si el incumplimiento se predica de aquel que se encontraba obligado a cumplir primero con su obligación, el otro contratante no requiere allanarse a cumplir para constituir en mora al incumplidor, pues su obligación no es actualmente exigible y, en ese sentido, malamente podría encontrarse incumplida. El primer obligado que no cumple no puede constituir en mora al segundo. No obstante el vencimiento de su propia obligación, el segundo puede colocar en mora al primero, pero debe para ello allanarse a cumplir, pues de lo contrario nos encontraríamos en lo que denominamos incumplimiento recíproco “sobreviniente”.⁹⁶ En cambio, si el primer obligado efectúa su prestación y luego el segundo, ya con su obligación vencida, no ejecuta la que a él corresponde, su incumplimiento se rige por las reglas generales relativas a la mora.

como la del artículo 510 de éste último, que reza: “*En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir la obligación que le es respectiva*” <http://www.codigo-civil.org> [consulta 27 noviembre, 2010].

⁹³ DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 643 y 644.

⁹⁴ “*En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro*”.

⁹⁵ La misma opinión en: ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Página 297. El precitado artículo del Código Civil de Luisiana era explícito al respecto.

⁹⁶ *Vid. supra* página 24.

Por lo anterior dijimos que las hipótesis de incumplimiento recíproco se verifican sólo en aquellos casos de obligaciones de cumplimiento simultáneo, toda vez que de no ser así, primaría el criterio cronológico para estimar que uno de los incumplimientos prevalece por sobre el otro, sin perjuicio, por supuesto, de la necesidad de la concurrencia de un nexo de causalidad entre los incumplimientos y la eventual verificación de un mutuo incumplimiento sobreviniente. Por lo mismo, y en la línea de lo expuesto, Elgueta Anguita afirma categóricamente que la disposición contenida en el artículo 1552 se limita a establecer que,

“en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora no cumpliendo, mientras la otra no cumpla por su parte. Ni siquiera consagra, a nuestro entender, la excepción de contrato no cumplido. En efecto, se limita a señalar que si se da el supuesto de incumplimiento recíproco, ninguna de las partes contratantes está en mora”.⁹⁷

El artículo no hace más que contemplar la neutralización de una de las consecuencias del incumplimiento, a saber, la mora y no, en cambio, autorizar a una de las partes a abstenerse de cumplir si aquella que se lo reclama no aviene su prestación de manera simultánea⁹⁸, máxime si, como veremos, la mora no puede ser

⁹⁷ ELGUETA ANGUITA, Augusto. *Ob. cit.* Página 53.

⁹⁸ En el mismo sentido: CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Página 24; ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Acción Resolutoria y Excepción de Contrato No cumplido. Algunas Precisiones Fundamentales Respecto de su Ámbito de Aplicación. *Ob. cit.* Páginas 86 y 87; y en España en referencia al artículo 1.100: ESPIN CANOVAS, Diego. *Ob. cit.* Página 571. Tanto Alcalde como Espín Cánovas coinciden en que el artículo se encarga de regular los efectos de la mora, si bien sostienen que es posible afirmar plausiblemente que tanto en la compensación o purga de la mora como en la *exceptio* subyace el principio de simultaneidad de cumplimiento. Es dicho principio el que ha tendido a confundir a la doctrina, llevándola a asimilar ambas instituciones. Espín Cánovas no es el único en España que – teniendo a la vista el artículo 1.100 párrafo 3º - ha entendido que el Código Civil no consagra expresamente la excepción de contrato no cumplido; ver: CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Páginas 39 y ss.; DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 692 y 693; En contra, Gema Diez (*vid. supra* página 77 n. 83). En la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español consideraba que la *exceptio* era una doctrina plenamente consolidada, cuya necesidad de justificar no se precisaba, como tampoco la de encontrarle debido sustento legal. Posteriormente, el tribunal oscila entre justificaciones que se apoyan en el artículo 1100 en combinación con otros, otras interpretaciones que niegan que la *exceptio* se fundamente en dicho artículo, también se trató de derivar del artículo 1124 (correspondiente a nuestro artículo 1489) y asimismo de la naturaleza propia de las obligaciones sinalagmáticas (CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Páginas 132 y ss., con fragmentos de sentencias). Como ejemplo de lo resuelto al respecto por el Tribunal Supremo Español, la sentencia de 27.03.1991 ROJ STS 1879/1991 (Ponente: Pedro González Poveda) resulta precisa: “Los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe

considerada como requisito de exigibilidad de una obligación o de la una acción de ejecución forzada. Los términos no resultan para nada coincidentes.

3. La consagración simultánea de la excepción de contrato no cumplido y de la mora en los contratos bilaterales.

Otra consideración que vale la pena tener en cuenta a la hora de determinar el contenido de la norma del artículo 1552 y su vinculación con la *exceptio* es la existencia de algunos ordenamientos civiles que contienen una norma similar a dicho artículo, pero que además cuentan con otra que, de manera independiente, consagra la *exceptio non adimpleti contractus*. Este es el caso, por ejemplo, del Código Civil argentino. Dicho cuerpo legal, en su libro II, sección 1ª, parte 1ª relativa a las obligaciones en general, contiene en su título I (*De la naturaleza y origen de las obligaciones*) el artículo 510 que reza:

“Art. 510. En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”.

Al mismo tiempo, en la sección 3ª referente a las obligaciones que nacen de los contratos, dentro de su título I (*De los contratos en general*), capítulo VI (*Del efecto de los contratos*), establece en su artículo 1201 la excepción de contrato no cumplido en una de sus formulaciones tradicionales:

*“Art. 1.201. En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.*⁹⁹

dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una de contrato no cumplido, llamada non adimpleti contractus, y otra de contrato no cumplido adecuadamente en cantidad, calidad, manera o tiempo, denominada exceptio non rite adimpleti contractus, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y han sido sancionados por la jurisprudencia; así, en cuanto a la primera, los arts. 1.466, 1.500 párrafo 2.º, 1.100 y 1.124 del Código Civil y las sentencias de 7 de octubre de 1985, 8 de junio de 1903, 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925, 6 de noviembre de 1923 y 29 de diciembre de 1965, y respecto a la segunda, los arts. 1.157, 1.100 apartado último, y 1.154, también del Código Civil (sentencia de 17 de abril de 1976)...”

⁹⁹ Con respecto a estos artículos del Código Civil argentino, Mosset Iturraspe afirma que son coincidentes. Así, sostiene que “no se incurre en mora por estar vedado demandar el cumplimiento si previamente no se ha cumplido, se ofrece cumplir o se invoca el plazo

Lo mismo acontece si se examina la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en España.¹⁰⁰ El Código Civil Español – inspirándose en el francés – no tiene más que aplicaciones particulares de la *exceptio*¹⁰¹, si bien a diferencia de éste (y en similitud con el nuestro), contiene la norma del artículo 1100 párrafo 3º que regula la mora en las obligaciones recíprocas o bilaterales. Por ello, en las disposiciones generales del capítulo dedicado al incumplimiento en el proyecto, el artículo 1191 establece de manera clara la excepción de incumplimiento, de manera similar a como la consagran los códigos italiano o alemán por ejemplo. Dicho artículo es del siguiente tenor:

“En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento”.

Al mismo tiempo, y probablemente inspirado en el derecho europeo uniforme de contratación, el anteproyecto no contempla entre sus disposiciones la regulación de la

convenido a su favor”. Esta sería una forma de entender la vinculación entre ambas instituciones, tal como ya se ha insinuado. En atención a ello, para el autor resultaría innecesaria la norma del artículo 1418 del mismo código que autoriza al vendedor a no entregar la cosa si no se le ha pagado el precio, toda vez que el principio general ya se habría formulado. La persistencia de dichas normas en los códigos podrían explicarse por referencia a los textos romanos que consagraban igual facultad. (MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. *Ob. cit.* Página 453). En otro lugar, el mismo autor señala que el artículo 1201 sería la expresión o aplicación judicial de la norma más genérica consagrada en el artículo 510, que fundamentaría la oposición extrajudicial de la excepción. Además, el autor revela la identidad que atribuye a ambas normas al señalar que la redacción del artículo 1201 del código argentino es similar al 1552 de Chile, cuando en realidad hemos visto que el artículo 1201 sigue un patrón de redacción que se puede remontar a la máxima formulada por Bartolo, de la que el artículo 1552 se aleja bastante. Es más, de acuerdo a Mosset Iturraspe, Vélez Sársfield se inspiró para la redacción de dicha norma en el *Esbozo de Código Civil para Brasil* redactado por Augusto Teixeira de Freitas, cuyo artículo 1955 reza de manera bastante similar al artículo 1201 (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios Compulsivos en Derecho Privado. Ob. cit.* Páginas 158 y 161). Las mismas ideas en TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Páginas 262 y 263. En tanto, otros autores distinguen la hipótesis de *mora recíproca* del artículo 510 del Código Civil argentino del *funcionamiento de la exceptio non adimpleti contractus* del artículo 1201 del mismo (CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Tratado de la mora.* Buenos Aires, Argentina. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1981. Página 608)

¹⁰⁰ Elaborado por la Comisión General de Codificación, Sección Derecho Civil, que sesionó entre el 23 de Noviembre de 1994 y el 28 de Mayo de 2008.

¹⁰¹ *Vid. infra* página 92 n. 109.

mora. En lo relativo a la indemnización de perjuicios, no se menciona la mora y, en cambio, los criterios de responsabilidad se construyen en base a conceptos como la previsibilidad del daño, la imputación objetiva al incumplimiento y el dolo como agravante de la responsabilidad.¹⁰²

El anteproyecto de reforma del *Code Napoléon*, dirigido por el profesor Catalá también revela como excepción de contrato no cumplido y mora son instituciones distintas y por tanto son tratadas conforme a aquel criterio.

El artículo 1157 formula la excepción de incumplimiento de manera similar a aquellas legislaciones que la consagran de manera expresa, mientras que el artículo 1152-3 es el encargado de regular la puesta en mora del deudor incumplidor.

“Artículo 1157. En los contratos sinalagmáticos, cualquiera de las partes puede rehusarse a ejecutar su obligación en cuanto la otra parte no ejecute la suya. Cuando la inejecución obedece a una fuerza mayor o a otra causa legítima, el contrato puede ser suspendido si la inejecución no es irremediable. A la excepción de inejecución, la otra parte puede replicar probando judicialmente que la suspensión del contrato no se justifica”.

*“Artículo 1152-3. El deudor es puesto en mora sea por requerimiento [sommation] o un acto equivalente del que se siga una intimación [interpellation], sea por la sola expiración del término, si la convención lo prevé”.*¹⁰³

Estos proyectos de reforma vienen a suplir el silenciamiento de la *exceptio* en el *Code*, omisión que por influencia de este Código también aconteció en los códigos italiano de 1865 y portugués de 1867. Sin embargo, reconociendo la falta de regulación expresa de la *exceptio*, ambos cuerpos legales en sus versiones posteriores incorporaron una norma que consagra dicha institución (al tiempo que contienen una distinta que se encarga de la regulación de la mora) lo que constituye otra razón más

¹⁰² Basta una somera revisión del proyecto para llegar a dichas conclusiones. Puede verse además su mensaje introductorio, citado *infra* página 173 n. 247.

¹⁰³ Traducción a cargo de Fernando Hinestrosa, rector de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, 2006, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-espagnol.pdf). El criterio de este proyecto de reforma es también compartido por el elaborado por la *Chancellerie* en Francia, que tiene como meta armonizar el derecho francés de las obligaciones con los otros derechos contractuales europeos (artículos 115 con respecto a la mora y 160 – 161 que abordan la excepción de inejecución). Disponible en: http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2.pdf.

para negar la tesis que nuestro artículo 1552 contempla expresamente la excepción de contrato no cumplido.

4. Ubicación sistemática del artículo 1552 del Código Civil.

Otro obstáculo con el que se encuentra un intérprete para afirmar que el artículo 1552 del Código Civil consagra la excepción de contrato no cumplido es la ubicación sistemática que ostenta aquella norma. Como se hizo referencia, la teoría de la mora fue elaborada en el derecho romano sobre la base de las obligaciones unilaterales y en nuestro código el paradigma de obligación es la de dar o entregar una especie o cuerpo cierto,¹⁰⁴ cuestión que trasunta todo el derecho de las obligaciones, especialmente en la regulación de los riesgos de la cosa. El artículo bajo análisis se encuentra dentro del título encargado de tratar los efectos de las obligaciones, donde se regula los estándares de conducta que se imponen sobre el deudor en el cumplimiento de su obligación y las consecuencias que se siguen de su inejecución, configurando su ámbito de responsabilidad. Vemos así que en dicha regulación, el concepto de mora juega un rol esencial, tanto para determinar la atribución de los riesgos de la cosa como para hacer al deudor responsable de los perjuicios que se sigan del incumplimiento de su obligación. En este sentido, el artículo 1550 marca el instante de traslación de los riesgos entre acreedor y deudor, el que viene dado por la constitución en mora de este último, mientras que el artículo 1557 determina el

¹⁰⁴ Por todos: VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. En: GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed. cient.). El Código Civil de Chile (1855 – 2005). Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007; o, del mismo autor: Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista. Revista Chilena de Derecho. Volumen 34 (N° 1): páginas 41 y ss., enero – abril 2007. Al respecto, de manera bastante ilustrativa, Díez – Picazo y Ponce de León enseña: “*Pensemos que la teoría tradicional de las obligaciones se encontraba montada sobre un sistema económico de intercambio de cosas específicas y de prestaciones pecuniarias e insertado en un mundo poblado de pequeños artesanos, pequeños comerciantes y pequeños agricultores y hoy tiene que dar respuesta a un tipo de relaciones económicas en las que predomina el intercambio de géneros, que, en virtud de un fenómeno concurrencial, tiende a diferenciarse cada vez más; se ejecutan prestaciones, a través de organizaciones complejas, en que interviene un gran número de personas (...);y entran en el tráfico económico enormes masas de servicios técnicos que provocan una basculación de la teoría de las obligaciones de dar a las obligaciones de hacer...*” (DÍEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 575 y 576).

momento desde que se debe la indemnización de perjuicios, lo que también acontece desde la mora. Por tanto, y con el objeto de otorgarle operatividad y claridad al sistema, si bien sin definirla, el artículo 1551 regula el momento desde el que se entiende que el deudor se encuentra en mora. Sin embargo, dada la especial naturaleza que tienen las obligaciones que surgen de un contrato bilateral, se hace necesario establecer un precepto especial dedicado a la mora en dicha clase de contratos, rol que cumple el artículo 1552. Así, este artículo viene a complementar y precisar la regulación que sobre la mora hace el Código Civil, y esto justamente en relación con los efectos mismos de la mora que aquel título establece: regulación de riesgos y deber de indemnizar perjuicios. Esta atribución de contenido o función del artículo 1552 – regular la constitución en mora de los contratos bilaterales – es compartida tanto por la doctrina nacional como comparada, sosteniendo que esta norma contempla un requisito adicional¹⁰⁵ a los contenidos en el artículo 1551, a saber: el cumplimiento o allanamiento a cumplir del contratante que desea provocar la mora del otro. Por tanto, la norma no hace otra cosa que disponer que, en caso que ambas partes en un contrato bilateral hayan incumplido mutuamente sus obligaciones de ejecución simultánea, ninguna podrá constituir en mora a la otra y, por tanto, no podrá trasladar los riesgos de la cosa o reclamarle los perjuicios derivados del incumplimiento.¹⁰⁶ No regularía, entonces, la excepción de contrato no cumplido.

¹⁰⁵ Entre otros: CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 787; ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. *Acción Resolutoria y Excepción de Contrato No cumplido. Algunas Precisiones Fundamentales Respecto de su Ámbito de Aplicación. Ob. cit.*; ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Páginas 776 y 843; DIEZ – PICAZO, Luis. *Ob. cit.* Páginas 639 y ss.; BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 51 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido, entre otros: AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.* Página 16. Si bien López Santa María aplaude el criterio de la jurisprudencia nacional para interpretar extensivamente el artículo 1552, admitiendo la procedencia de la excepción frente a las 3 acciones que consagra el artículo 1489, reconoce que la mora del deudor, en sentido estricto, es exclusivamente presupuesto de admisibilidad de la acción indemnizatoria (LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. *Ob. cit.* Página 556). Abeliuk coincide también en que el artículo se refiere a la indemnización de perjuicios, pero que procede frente a las demás acciones (ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 841). Por su parte, Claro Solar comienza el tratamiento de la *exceptio non adimpleti contractus* señalando expresamente la función del artículo 1552 en relación a la indemnización de perjuicios, señalando que: “El artículo 1552 de nuestro Código Civil consagra expresamente esta excepción (el título que antecede a este párrafo es “Excepción a la constitución en mora.- *Exceptio: Non adimpleti contractus*”) a las reglas relativas a la constitución en mora del deudor y a la indemnización de daños y perjuicios a que pueda hallarse obligado por el retardo en el cumplimiento de su obligación, perjuicios moratorios, o por la falta de cumplimiento parcial o total de la misma obligación, perjuicios compensatorios”. Luego, sin embargo, el autor identifica

5. Una explicación histórica de la ausencia de una norma que contemple la excepción de contrato no cumplido.

La ausencia de una norma que contemple la excepción con carácter general puede tener una explicación histórica, referida a la evolución de dicha institución en el derecho francés anterior a la codificación. De esta forma, la misma situación se vio reflejada en aquellos códigos que tuvieron su fuente de inspiración en el napoleónico de 1804, tal como el chileno del año 1855 y el español de 1889.

Si bien el derecho romano, a través de la obra del movimiento post – glosador (y con ello la *exceptio*), fue aplicado de manera regular en Europa, a partir del siglo XVI la teoría de la excepción de contrato no cumplido con sus notas de generalidad y aceptación desapareció en Francia. Dicha situación se atribuye a la preeminencia que adquirió la escuela liderada por Cujacius, cuyo objetivo fue depurar al derecho romano de toda la glosa que había acumulado a través de los siglos y, así, restaurarlo en su forma original, la que no conocía la expresión *exceptio non adimpleti contractus* ni recogía una facultad general de abstención en beneficio del contratante demandado de cumplimiento. Como consecuencia de dicho proyecto, los casos de aplicación de la *exceptio* se reducen a aquellos contemplados en diversos fragmentos del Digesto, de los cuales esta escuela procura no extraer un principio general o su utilización para la aplicación analógica a casos similares. Ello marca una involución con respecto al afán práctico y generalizador de la escuela bartolista, proceso que incide en todo el desarrollo posterior de los estudios romanísticos por parte de la doctrina y la actividad jurisdiccional en relación con la *exceptio*.¹⁰⁷

esta excepción a la constitución en mora en los contratos bilaterales con lo que se conoce como la *exceptio non adimpleti contractus*, de modo que posteriormente extiende los efectos de la norma a la resolución y a la demanda de ejecución forzada de la obligación (CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Páginas 769 y 770).

¹⁰⁷ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Páginas 781 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios Compulsivos en Derecho Privado. Ob. cit.* Página 160, n. 14. La idea la toman de CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations. Troisième Édition.* Paris, France. Librairie Dalloz. Página 262: “*Esta desaparición se explica por el hecho de que la escuela que lideraba Cujas se dio la tarea de limpiar el desorden de la glosa del Derecho Romano, y reconstruirlo en su pureza original. Y puesto que en ninguna parte del texto con se mencionaba esta excepción, Cujas no la contempla, teniendo cuidado de no aplicar por analogía los fragmentos del Digesto que permiten que el vendedor o al comprador, oponerse a*

Esta marginación que sufrió la excepción de incumplimiento con la restricción de su ámbito de aplicación únicamente a los casos consagrados en los textos, contribuyó además de manera paralela la consagración y fortalecimiento de la facultad resolutoria por incumplimiento, la compensación y el derecho de retención. Estos remedios coparon gran parte de las potencialidades de aplicación y utilidad de la *exceptio*, lo que en definitiva la dejó subsistente sólo en sus supuestos especiales¹⁰⁸. Así, el *Code* no consagró más que aplicaciones particulares de la *exceptio*, principalmente a los contratos de compraventa y permuta, tendencia que siguió el código español y, de manera mucho más restringida, el chileno.¹⁰⁹

cumplir en razón del incumplimiento de la obligación de la otra parte (“*Cette disparition s’explique par ce fait que l’école dont Cujas fut le chef se donna pour mission de dégager le Droit romain du fatras de la glose, et de la réédifier dans sa pureté primitive. Et comme, nulle part, les textes ne traitent de cette exception, Cujas n’en parle pas, lui non plus, et il se garde bien d’appliquer par voie d’analogie les fragments du Digeste qui permettent, soit au vendeur, soit à l’acheteur, d’opposer le défaut d’exécution de l’obligation de l’autre partie*”) (traducción libre). Capitant a su vez se basa en la tesis doctoral de René Cassin: CASSIN, René. De l’exception tiree de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus). Paris, Francia. Librairie de la Société du Recueil Sirey. 1914. Páginas 86 a 87.

¹⁰⁸ CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Página 15 (también con referencia a la Escuela de Cujas).

¹⁰⁹ Los artículos 1612, 1613 y 1651 del *Code* consagran, a propósito de la compraventa, el principio de simultaneidad de ejecución y la facultad de evitar el cumplimiento exigido si el actor no cumple u ofrece cumplir a su turno, normas que se encuentran a su vez recogidas en los artículos 1466, 1467 y 1500 del Código Civil español. Hemos visto que las normas de los artículos 1613 y 1467 recién mencionadas, encuentran su correlato en el artículo 1826 de nuestro código. Por su parte, las disposiciones de los artículos 1651 y 1500 coinciden con el artículo 1872 inciso 1º del Código Civil chileno, que establecen que – salvo pacto en contrario – el precio deberá pagarse en el lugar y *tiempo* de la entrega, es decir, simultáneamente con esta. Además, los artículos 1704 francés y 1539 español consagran un principio de facultad de abstención a propósito de la permuta, mientras que el artículo 1308 del código español establece la simultaneidad de las prestaciones derivadas de la nulidad. Debe notarse de inmediato que la regulación que hace nuestro código de la excepción y de la simultaneidad de las prestaciones es más exigua. Si bien en su artículo 1872 consagra en términos generales la simultaneidad de las prestaciones en la compraventa, no se traduce este en disposiciones específicas que consagren aplicaciones concretas de la *exceptio* en la compraventa como los artículos 1612 y 1466 de los códigos francés y español respectivamente. Éstas últimas consagran en general la facultad del vendedor de no entregar la cosa si no se le ha pagado el precio, lo que en Chile sólo se permite expresamente dándose las circunstancias que hagan razonablemente temer la pérdida del precio. Además, la misma facultad consagrada a favor del vendedor en el artículo 1826 no encuentra su correlato en el estatus jurídico del comprador amenazado en el goce de la cosa, pues este último no puede abstenerse de cumplir, sino que debe depositar el precio con autoridad de la justicia, en virtud del artículo 1872 inciso 2º. La situación es distinta en el *Code*, donde el comprador está directamente autorizado a retener el precio <<http://www.code-civil.org> [fecha consulta: 10 de noviembre de 2010].

SECCIÓN SEGUNDA: LA CONSTRUCCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR MEDIO DEL PRINCIPIO DE SIMULTANEIDAD DE LA PRESTACIÓN.

Esta ausencia, empero, no impide una aplicación general de la excepción de contrato no cumplido en aquellas legislaciones, como la chilena, que no contienen una norma expresa al respecto. El sistema civil ofrece las herramientas necesarias para dicha labor, cuestión que es iluminada por el derecho comparado.

Así, se ha propuesto que la *exceptio* se encuentra contenida en la facultad resolutoria implícita en los contratos bilaterales, en razón del aforismo *ad maiore, ad minus*. Por ende, él que puede extinguir de manera definitiva el vínculo contractual y así abstenerse de cumplir, también puede suspender provisionalmente la ejecución de la prestación, en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la prestación correlativa. En otro sentido, como se anticipó, el ejercicio de la excepción actuaría como medio de preparación y aseguramiento de los efectos de la resolución (*i.e.* el efecto retroactivo y la consiguiente obligación de restituir).¹¹⁰

Con todo, los esfuerzos más comprehensivos que se han hecho para justificar la existencia de la *exceptio* en aquellos sistemas jurídicos donde no se encuentra consagrada de manera expresa se refieren a una combinación de argumentos que recurren principalmente a principios generales de contratación y la extensión analógica de aplicaciones particulares. De todos modos, debe recordarse que la sola concepción de la naturaleza propia del contrato bilateral y su traducción en la teoría del sinalagma genético y funcional justificaría, al menos en el nivel de los principios, el ejercicio de la *exceptio* ante la acción de cumplimiento promovida por un contratante no diligente. En todos los casos, el tratamiento se articula frente a la perspectiva de una demanda de cumplimiento forzado o, en otras palabras, como una forma de justificar el propio incumplimiento en razón del incumplimiento del otro contratante.

¹¹⁰ CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Páginas 39 y 40 (especialmente nota 56). En Chile, también se ha hecho eco de esta fundamentación de la *exceptio*: ELGUETA ANGUIA, Augusto. *Ob. cit.* Página 54 (siguiendo a Giorgi), si bien se obvia el hecho que resolución y *exceptio* no siempre han coexistido en todos los ordenamientos jurídicos.

En España, Cruz Moreno¹¹¹ ha señalado que la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones es un corolario necesario de la equidad y buena fe que ha de regir la relación contractual. Tal como en el artículo 1546 del Código de Bello, el artículo 1258 del Código Civil español consagra de manera positiva el deber de conducirse durante el *iter* contractual de acuerdo a un estándar de lealtad acorde a las exigencias de la buena fe objetiva. Para la autora, esta simultaneidad en el cumplimiento es una concreción del principio de mantención del equilibrio contractual existente al originarse la relación obligatoria. En virtud de este, si por la naturaleza de la obligación, la ley o la voluntad de las partes, ninguna de éstas goza de crédito (*i.e.* es beneficiaria de un plazo), dicho equilibrio ha de mantenerse y no puede ser alterado por la necesidad de una parte de ejecutar su prestación sin recibir a cambio aquella que le corresponde. Así, resultaría contrario a la equidad y buena fe contractual extraer del contrato bilateral todo el beneficio que este significa sin incurrir en aquel sacrificio que le permitiría, de manera equivalente, hacer lo mismo a la contraparte.

En línea con lo anterior, además de las aplicaciones concretas de dicho principio más arriba citadas, la norma fundamental de la que se deduce el principio de simultaneidad es la consagrada en el párrafo tercero del artículo 1100 del Código Civil español, el que guarda indudable similitud con nuestro artículo 1552.

De esta manera, este párrafo sentaría con carácter general la regla de simultaneidad en el cumplimiento para las obligaciones bilaterales. Así, aquel que no se encuentra llano a cumplir al mismo tiempo que su contraparte, se ve expuesto a que su pretensión se frustre por la defensa del deudor demandado. Asimismo, aquel contratante no podrá conseguir tampoco con su acción la puesta en mora del demandado, toda vez que para dicha situación, el cumplimiento simultaneo sigue resultando vigente y exigido. Sin embargo, lo que existe en común entre la denominada *compensatio mora* y la excepción de contrato no cumplido es el principio en el que encuentran sustento ambas instituciones, pero una y la otra son instituciones distintas y lo que hace el artículo 1100 es consagrar la primera y no la segunda. La

¹¹¹ CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Páginas 41 y ss.

excepción de contrato no cumplido solo se relaciona con el artículo 1100 en tanto éste permite afirmar que subyace al ordenamiento civil un principio tal que es apto para justificar la existencia de la *exceptio* en un ordenamiento que, como el español, no la consagra expresamente. En principio, los ordenamientos que consagran de manera expresa y general la excepción de incumplimiento no requerirían de una norma como la de los artículos 1100 o 1552, toda vez que el efecto se lograría mediante la legitimación de la inactividad del deudor que se traduce en la imposibilidad al actor de acceder a la satisfacción de su crédito.

La distinción recién señalada se puede clarificar con una cita de Fernández Urzainqui:

*“...de igual modo y por la misma razón que quien no cumple no puede exigir el cumplimiento a la contraparte, tampoco puede constituirle en mora, pues, se trata de dos aspectos de un todo integrado por la especial naturaleza y los singulares efectos que se derivan de los contratos con prestaciones correlativas. Ello quizá explica que la determinante mayoría de los Códigos Civiles en que se regula la excepción de contrato no cumplido se sienta dispensada de disponer nada respecto a la mora del deudor en las obligaciones recíprocas”.*¹¹²

Así, según enseña Claro Solar, el principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral permaneció inalterado en Francia, lo que ha permitido en la actualidad el reconocimiento general – en doctrina y jurisprudencia – de la *exceptio* como una facultad que se corresponde con la buena fe y la naturaleza interdependiente de las obligaciones recíprocas,¹¹³ la que surge como principio general de las normas correspondientes de la compraventa y, en España particularmente, también en base a las normas de los artículos 1.100 párrafo 3º y 1308, referidas a la mora en las obligaciones bilaterales y a las obligaciones que surgen de la declaración de nulidad de un contrato, respectivamente. A ello contribuyó además la

¹¹² FERNANDEZ URZAINQUI, F.J. La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1997. Páginas 403 y ss. (citado en: CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Página 42, n. 64). Debe notarse, sin embargo, que excepción a esto constituye el Código Civil argentino que consagra ambas instituciones (vid. *supra* página 86).

¹¹³ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Páginas 783 y ss. Lo mismo en LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. *Ob. cit.* Página 555 y MOSSET ITURRASPE, Jorge. Medios Compulsivos en Derecho Privado. *Ob. cit.* Página 161.

difusión de las obras preparatorias del Código Civil alemán de 1900 en los últimos años del siglo XIX, el que consagra en su parágrafo 320 la *exceptio non adimpleti contractus* con carácter general.

Hemos visto como nuestro Código Civil contiene en su articulado una consagración en extremo limitada de aplicaciones particulares de la *exceptio*, a diferencia de sus pares francés y español. Por lo mismo, en el ordenamiento nacional resulta comparativamente más difícil inducir de aquellas aplicaciones particulares y principios subyacentes a las normas la facultad general que tendría todo contratante en un contrato bilateral de no ejecutar su prestación mientras no cumpla con la suya la otra parte contratante. Sin embargo, el principio de simultaneidad se encuentra reconocido en normas como las del artículo 1552 o 1826 inciso 3º, lo que sumado a la buena fe y equilibrio contractual, la equidad y la naturaleza interdependiente de las obligaciones bilaterales, debiese servir de suficiente base para reconocer la materialización de dicho principio en la excepción de contrato no cumplido.

Sin perjuicio de aquello, lo que debiese a estas alturas resultar claro es que el verdadero problema que presentan los incumplimientos recíprocos frente a los remedios contractuales se debe abordar desde la perspectiva de la mora, toda vez que la excepción de contrato no cumplido se vincula de manera coherente sólo con respecto a uno de dichos remedios. De hecho, como se ha sostenido previamente, para la doctrina tradicional,¹¹⁴ este análisis de la excepción de contrato no cumplido y la determinación del contenido y alcance real del artículo 1552 del Código Civil no ofrece mayores inconvenientes. Ello, porque aun cuando se afirme que lo único que prevé el artículo 1552 es la ausencia de mora para el caso de los recíprocos incumplimientos de obligaciones de cumplimiento simultáneo, la mora constituye para dicha posición el presupuesto común a las tres acciones que confiere el artículo 1489, por lo que en teoría no necesitan valerse de la *exceptio* para afirmar que frente a una situación de doble incumplimiento no procede la ejecución forzada, la resolución ni la indemnización de perjuicios. Al ser la mora presupuesto de las tres acciones, les basta la interpretación que aquí se defiende de dicho artículo. A este tema se dedica la

¹¹⁴ Vid. *supra* página 11.

segunda parte de la memoria, donde se abordan particularizadamente cada uno de estos tres remedios. Sin embargo, antes resulta importante exponer algunas consideraciones relativas al concepto de mora y su vinculación con la culpa en el incumplimiento del deudor.

SECCIÓN TERCERA: EL CONCEPTO DE MORA Y LA CULPABILIDAD.

Si bien esta memoria se aboca al análisis de la mora como requisito de las distintas acciones que nacen a partir del incumplimiento de los contratos, un estudio a nivel conceptual y profundo de dicha institución sería materia de una investigación autónoma.¹¹⁵ Sin embargo, por razones que irán resultando más claras a medida que se avance,¹¹⁶ es de interés abordar, aunque sea someramente, la concurrencia del factor subjetivo de imputación (culpa o dolo) en el concepto de mora.

Se lee en el Digesto que,

*“es difícil de la definición de la mora. El emperador Antonino Pío decía en un rescripto dirigido a Tulio Balbo que no se puede decidir si se entiende que hay mora por ninguna constitución imperial ni por ninguna respuesta de los autores de derecho, ya que es más bien una cuestión de hecho que de Derecho”.*¹¹⁷

Aun cuando no se coincida en la imposibilidad de asir jurídicamente el concepto de mora (es, como se sabe, una noción jurídicamente construida), no es menos cierto que su definición, determinación de elementos y presupuestos ha generado desacuerdos a nivel doctrinal.

Con carácter mayoritario, la doctrina ha definido la mora del deudor o *mora solvendi* como el *retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido al*

¹¹⁵ Por ejemplo, BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.*

¹¹⁶ La segunda parte de esta memoria se centra en la mora como elemento integrante del presupuesto de hecho de los distintos remedios contractuales. El artículo 1552 del Código Civil dispone que no existe mora en ninguna de las partes de un contrato bilateral si ambas han incumplido sus obligaciones. Por ello, se ha tendido a negar la procedencia de los remedios frente a incumplimientos recíprocos, toda vez que ellos presuponen la mora de una de las partes. Parte de la estrategia que se seguirá en esa segunda parte para descartar el rol de la mora en relación a las pretensiones judiciales de resolución y cumplimiento forzado consistirá en demostrar que la culpa en el incumplimiento (por ser tradicionalmente parte de la definición misma del concepto de mora) no es requisito para que operen dichos remedios. Por tanto, se asume la definición tradicional de mora que se expone en estas páginas. La comprensión objetiva haría devenir toda aquella estrategia como superflua o más bien impertinente.

¹¹⁷ *Marciano*, Dig. 22, 1,32, principio.

requerimiento o interpelación por parte del acreedor.¹¹⁸ La imputabilidad del incumplimiento a causa de la concurrencia de culpa o dolo ha sido considerado como integrante del concepto de mora también por la gran mayoría de la doctrina a nivel comparado.¹¹⁹ En esta línea, José Cano ha definido a la mora como,

“...una situación tipificada de retraso en el cumplimiento de las obligaciones, debida a dolo o negligencia del deudor al no satisfacer oportunamente la prestación debida...”¹²⁰

¹¹⁸ ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 769. En casi idénticos términos: ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Páginas 288 y 291 – 292. Según Alessandri, son numerosas las disposiciones del Código Civil que comprueban el aserto sobre la culpabilidad del deudor en el retraso como requisito de la situación de mora: 1486, 1502, 1504, 1521, 1533, 1548. Este tema se conecta con aquel relativo al concepto de “incumplimiento” y su vinculación con la culpa, lo que se abordará con mayor detención en el capítulo dedicado a la resolución por incumplimiento. Este mismo sentido subjetivo es el que ha sido adoptado por la jurisprudencia de nuestros tribunales: C.S., 15.12.1924, RDJ tomo XXV, sección 1ª, página 65; 14.06.1931, RDJ tomo XXVIII, sección 1ª, página 655; 23.04.1925, RDJ tomo XXIII, sección 1ª, página 273; *General Marineer S.A. con Inmobiliaria Anakena Ltda.; Scotiabank Sudamericano S.A.*, C.S. rol 2940 – 2007, 21.01.2009, N° Legal Publishing 41672, C. 14º; C.S., 23.04.2002, rol 3534 – 2001, *Poblete Poblete, Alejandro con Ewert San Martín, Jaime*, N° Legal Publishing 19334, C. 12º.

¹¹⁹ Ver los autores citados en: CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Página 120, n. 10. Con respecto al derecho romano, enseña el mismo autor: “*En el lenguaje de los jurisconsultos romanos la palabra mora era empleada en dos sentidos: uno desprovisto de significación jurídica que tomaron del idioma griego y que equivalía a simple retraso sin culpa (mora inculpada) y en otro propiamente jurídico con el que se referían al retardo culpable*”. El origen latino de la palabra denotaba *tardanza, demora o retraso*.” (página 119). Al abordar el concepto de la mora en el derecho romano, Gema Díez – Picazo Gimenez señala que en las fuentes romanas es posible encontrar el término “mora” en distintos contextos y con significación diversa. Así, existe como designación del transcurso del tiempo, como retraso en el cumplimiento de una obligación no imputable al deudor (por lo que no le acarrearía consecuencias desfavorables al mismo) y, por último, con el significado de retraso en general, sancionado con determinadas consecuencias jurídicas, haya estado o no provocado por la culpa del deudor incumplidor. Según enseña la autora, la preocupación principal de los jurisconsultos romanos era establecer de manera casuística si la inejecución de la obligación había dependido o no del deudor. Para fundar dicha responsabilidad no era necesario que el retraso fuere culpable. En cambio, se consideraba la situación objetiva del retraso cuando ello resultaba útil, sin referirse a criterios de responsabilidad como la culpa o el caso fortuito, atendiendo sí al dolo (Pomp. 22 Sab. en D. 12, 1,5). Sin embargo, entre los romanistas es generalizada la opinión en virtud de la cual para que exista mora ha de estar presente la culpa del deudor en el retraso. La autora aclara que lo relevante es la justificación objetiva del retraso, no bastando la razonabilidad o justificación subjetiva (DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Páginas 65 a 80).

¹²⁰ Citado en CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Página 127.

En Argentina, Clemente Wayar ha sostenido que la necesidad de diferenciar mora de simple retardo proviene de las graves consecuencias que se derivan de la mora, tales como la traslación de riesgos y la indemnización de perjuicios.¹²¹ Así, define esta institución como:

*“la situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor...”*¹²²

Para dicho autor, en el derecho argentino no hay espacio para dudar del concepto subjetivo de mora en atención a lo dispuesto por el inciso final del artículo 509 del Código Civil (similar a nuestro 1558) que establece:

“Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable”.

Por tanto, la culpa integraría el concepto de mora, pues sería uno de sus elementos constitutivos, de modo que las consecuencias de la situación jurídica de mora sólo deben ser soportadas por quien, con culpa o dolo dieron lugar a ella.

Sin embargo, en Chile, ya los profesores Bahamonde y Urrutia disputaron esta posición – cuestión que como veremos no es ajena a otras latitudes – postulando la existencia de una mora sin culpa, apoyando su postura en el tenor literal del artículo 1558 del Código Civil. Para estos autores, la mora es *todo retardo en el cumplimiento de una obligación seguido de una interpelación, cualquiera que sea la causa que produzca el retardo, sea imputable al deudor, sea originado por un caso fortuito o fuerza mayor, ya que el mencionado artículo 1558 se ha referido especialmente a la*

¹²¹ Artículos 508 y 513 del Código Civil Argentino y 1550 y 1557 del chileno, por ejemplo.

¹²² CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Página 128. El mismo autor señala que *“la situación de mora implica un juicio de reproche o de censura a la falta de puntualidad del obligado; por ello, el retardo – elemento objetivo consistente en la mera disconformidad entre la conducta obrada con la debida – debe ser imputable física y moralmente al comportamiento del deudor”*. Por ende, la imputabilidad hace alusión a una doble relación de causalidad, tanto material como intencional (página 339). Padilla es de la misma opinión. Para él, no existe duda sobre la necesidad de la concurrencia de culpa en el deudor para que se configure el estado jurídico de mora. (PADILLA, René A. *La mora en las obligaciones*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1983. Página 48).

*mora producida por caso fortuito.*¹²³ Así, la ausencia de culpa o dolo (más bien, la verificación de un caso fortuito o fuerza mayor) en el deudor que incumple tiene la virtud de excluir la procedencia de la indemnización de perjuicios, pero subsiste otro de sus efectos, a saber: la traslación de riesgos al deudor.

Contra esta posición se han manifestado la mayoría de los autores nacionales aduciendo la existencia de diversas disposiciones en el Código Civil que evidencian la aptitud exoneradora de responsabilidad, y aún del deber de cumplimiento, del caso fortuito o fuerza mayor. Así, por ejemplo, los artículos 1826 inciso 2º y 1926. Por su parte, en lo que respecta al artículo 1558, se señala que la mora generada por caso fortuito o fuerza mayor no es mora, puesto que ella supone siempre culpa o dolo en el deudor. Se señala que el Código hace de la mora el presupuesto o requisito de la indemnización de perjuicios y el artículo 1558 los excluye en el caso fortuito, es porque en dicho caso no habría mora. Así, la palabra *mora* en dicho artículo, ha de entenderse como *retardo*.¹²⁴ Por su parte, Abeliuk ha sostenido, en referencia a este último artículo, que:

*“El lenguaje legal es, por demás, impropio, porque si hay caso fortuito no puede haber mora, pues éste extingue la obligación. Ello ha permitido sostener que habría lugar a la mora aun ante un cumplimiento originado por fuerza mayor y únicamente el deudor quedaría exento de la indemnización de perjuicios, pero sujeto a los demás efectos de la mora: semejante opinión es insostenible, porque el artículo 1547 exime de toda responsabilidad al deudor por el caso fortuito”.*¹²⁵

Sobre el argumento relativo los artículos 1826 y 1926 es posible exponer un par de apreciaciones. En primer lugar, el artículo 1826 reza “*si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega*” el acreedor puede optar entre las acciones que surgen del incumplimiento. Sin complementarlo con una mayor explicación, el tenor literal del artículo no aporta demasiado a una configuración del concepto de mora en el

¹²³ Citados en: ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Páginas 291 a 292. La Corte de Apelaciones de Iquique ha utilizado un concepto de mora sin culpa, donde este último elemento es relevante únicamente para la indemnización de perjuicios, pero no las otras consecuencias de la mora: Gaceta de los Tribunales 1897. Número 1584. 29.05.1897. Página 965.

¹²⁴ *Ob. cit.* Páginas 292 y 293.

¹²⁵ ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 771.

sentido que se pretende. Este no dice otra cosa que, en el caso de la compraventa, si el incumplimiento (*retardo*) se origina en la culpa del deudor, el acreedor puede acceder a los remedios que le confiere el ordenamiento jurídico para salvaguardar su interés, cuestión que no implica que conceptualmente la noción de culpa integre a la mora. Lo que se desprende claramente es que la concurrencia del elemento subjetivo es aquello que desencadena la plenitud de efectos del incumplimiento,¹²⁶ pero no aporta mucho sobre la idea de mora, salvo que se tenga como presupuesto implícito la definición de mora ofrecida más arriba. Ello no puede ser el caso si lo que se pretende es justificar es precisamente aquella definición como jurídicamente correcta.

Más claro resulta lo anterior si se observa el artículo 1926, el cual confiere al arrendatario el derecho a obtener la indemnización de perjuicios “*si el arrendador, por hecho o culpa suya (...) es constituido en mora de entregar*”. Al igual que en el artículo 1558, el Código admite – al menos a nivel de texto – la idea de una *mora no culpable* o de una *mora proveniente del caso fortuito o fuerza mayor*. De ambas disposiciones parece desprenderse que la mora se refiere al hecho objetivo del incumplimiento o retardo, situación a la que puede ir adosada o no la circunstancia de que éste haya sido provocado por culpa del deudor.¹²⁷ El artículo 1558, junto con el 1557, más que

¹²⁶ Ello ha sido controvertido por Vidal Olivares, quien insinúa la posibilidad que la exigencia de imputabilidad en el incumplimiento se refiere únicamente a la indemnización de perjuicios, bastando el mero hecho objetivo del incumplimiento para la resolución o el cumplimiento forzado, de acuerdo al artículo 1489 del Código Civil (VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (VI, 2008, Olmué). Estudios de Derecho Civil IV. Santiago, Chile. Pizarro W., Carlos (coord.). Legal Publishing. 2009. Páginas 366 y 367

¹²⁷ Ello es similar a lo sostenido en nuestro país el profesor Barros Bourie, en: BARROS BOURIE, Enrique. Finalidad y Alcance de las Acciones y los Remedios Contractuales. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (V, 2007, Valparaíso). Estudios de Derecho Civil III. Santiago. Guzmán Brito, Alejandro (ed. cient.). PUC VALPO. Legal Publishing. 2008. Página 422. Para este autor, la mora es un concepto objeto que equivaldría a la situación jurídica de incumplimiento. Así, mora e incumplimiento serían un solo concepto y existirían hipótesis de mora culpable y de mora no culpable, lo que permitiría comprender la formulación que hace el artículo 1558 del Código Civil. De este modo, el factor de imputación propio del remedio indemnizatorio sería la culpa y no la mora sin más. En Argentina puede encontrarse una postura similar en MIQUEL, Juan Luis. Resolución de Contratos por Incumplimiento. 2ª edición actualizada. Buenos Aires. Depalma. 1986. Páginas 143 y siguientes. Dicho autor señala que la culpa del deudor tiene significación respecto de los efectos de la mora, pero no es condición de su existencia.

definir el concepto de mora, parecen regular los requisitos de procedencia y alcance del deber de indemnizar.

Disposiciones como las del artículo 1558 del Código Civil chileno o 509 del argentino, según las cuales la responsabilidad por daños no acaece sin la presencia de culpa en el incumplidor no implican sin más que la culpa sea esencial¹²⁸ e íntegra¹²⁹ el concepto de mora. Si las consecuencias de la mora deben atribuirse a aquel que obró de manera negligente, se entiende que culpa y mora son conceptos independientes y que los efectos que se derivan de que en esa situación moratoria se haya incurrido con culpa son consecuencia de esto último, pudiendo haber – por lo mismo – mora sin culpa. El artículo 509 inciso final del Código Civil argentino es claro en diferenciar la mora de la imputabilidad, asociando este último elemento a las consecuencias o responsabilidad que se siguen del estado moratorio. Reconoce, asimismo, la posibilidad del deudor de probar que la mora no le es imputable, admitiendo un concepto de mora desligado de la noción de culpa. El mismo Clemente Wayar dedica varias páginas de su obra a abordar la clasificación de la mora entre *mora objetiva* y *mora subjetiva*, lo que de por sí implica la aceptación de un concepto de mora derivado únicamente del retraso y la interpelación (cuando esta sea necesaria).¹³⁰ Además, reconocer un concepto objetivo de mora no implica sostener la existencia de un sistema de responsabilidad sin culpa, toda vez que de numerosas disposiciones de nuestro Código resulta innegable que la negligencia actúa como factor subjetivo de

¹²⁸ CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Páginas 330 y 338.

¹²⁹ CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Páginas 194.

¹³⁰ CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Página 253, 324 y 347 y ss. El autor señala que se exige en todos los casos un factor de atribución de responsabilidad, de acuerdo a los artículos 505 a 513, pero en dichos artículos la culpa o dolo se enlaza solamente con el deber de indemnizar perjuicios y, posiblemente, con la perpetuación de la obligación, pero nada dicen con respecto a la resolución del contrato o su ejecución en naturaleza. El mismo autor recurre constantemente a los conceptos de mora imputable y mora no imputable. “*Cuando se postula la existencia de supuestos excepcionales de mora objetiva, no se está prescindiendo del elemento imputabilidad; es decir, no se trata de hacer responsable al deudor por el simple retardo. Se trata, más bien, de reconocer que ciertas situaciones de retardo – si bien originadas en causas ajenas a la voluntad del deudor – son captadas por el plexo normativo, el que ordena que sus consecuencias sean atribuidas y soportadas por éste, no como un reproche a su comportamiento, sino apoyándose en razones de política jurídica de fundamento superior a la exigencia culpabilística*” (CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Páginas 348 y 349).

imputación de responsabilidad por daños, sin necesidad de incorporarlo conceptualmente a la idea de mora.

En Argentina, Guillermo Borda¹³¹ ha ensayado un concepto puramente objetivo de mora, distinguiéndolo para estos efectos de la responsabilidad que deriva de este estado o situación de mora. Dicha responsabilidad se origina por la concurrencia de culpa o dolo, importando este elemento sólo para dichos efectos. El mismo artículo 509 inciso final avalaría dicha postura, afirmando que el deudor no será responsable por su mora cuando ella no sea imputable. Así, sería perfectamente concebible una mora sin culpa, en la que el deudor no responde de los perjuicios ocasionados por el retardo.

Con respecto al ordenamiento civil español, si bien de forma muy minoritaria, se ha avanzado – según Baraona González – la tesis de una concepción objetiva de la mora del deudor. En dicho ordenamiento, esta postura adquiere una mayor plausibilidad gracias a lo dispuesto por los artículos 1.101 y 1.105.¹³² En estos artículos parece contemplarse la posibilidad de distinguir entre incumplimientos morosos culpables e incumplimientos morosos provocados por caso fortuito o fuerza mayor, en los que se exonera al deudor de responder por los perjuicios provocados por el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto. Así, se remueve del concepto de mora la noción de culpabilidad, independizándose esta última como factor de atribución correspondiente al deber de resarcir los daños y perjuicios. Al igual que lo señalado por los profesores Bahamonde y Urrutia, esta tendencia doctrinal afirma que la traslación de riesgos (*i.e.* responsabilidad por la pérdida de la cosa que se debe) actúa siempre y de manera objetiva, sea o no el incumplimiento imputable subjetivamente al

¹³¹ BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil: obligaciones. 5ª edición. Buenos Aires, Argentina. Perrot. 1983. Páginas 64 y ss.

¹³² Artículo 1101: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Artículo 1105: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”.

deudor.¹³³ El otro efecto de la mora, *i.e.* la tutela resarcitoria, depende de la acreditación (aún cuando sea presumida por disposición legal) de la concurrencia de culpa o dolo en el deudor, distinguiéndose de la responsabilidad por el caso fortuito durante la mora. La traslación de riesgos operaría por el mero hecho objetivo de la mora (la que, dependiendo del tipo de obligación, requerirá de interpelación unida al retardo), pudiendo al acreedor exigir perjuicios si el retardo se debe a culpa o dolo.¹³⁴ Analizando el sistema español, Baraona González se manifiesta por la tesis objetiva de la mora, principalmente en razón que el artículo 1.101 pone en la misma línea de la mora a la negligencia y al dolo. Además, señala que:

*“Cuestión distinta - me parece – es si aún puede hablarse de mora, cuando el retraso ha sido causado por un caso fortuito del cual no responde el deudor. La separación de efectos que se plantea, por la vía de entender que a la mora le es consustancial uno (sic) solo efecto: la perpetuatio, que operaría objetivamente, es razonable, pues el artículo 1096 CC no parece fundarse en ningún juicio de imputación al deudor para desplegar su eficacia, ni tampoco el artículo 1105 CC tiene virtualidad de impedir que el acreedor pueda ejercer la pretensión de ejecución forzosa, la cual parece ser una causa que exonera de los daños y perjuicios, o la pretensión por el equivalente pecuniario (cfr. Artículos 1182 y 1184). Lo anterior se desprende del mismo artículo 1096 CC, que hace compatible tal ejecución forzosa con la de daños ex artículo 1.101”.*¹³⁵

Lo mismo se puede predicar acerca de nuestro ordenamiento, en base al artículo 1550 del Código Civil. Además, una interpretación objetiva pareciera compadecerse con lo dispuesto por el artículo 1559 en relación con la evaluación legal de perjuicios en las obligaciones pecuniarias, que no parece exigir reprochabilidad en el incumplimiento.

Cabría destacar también en España la comprensión objetiva del fenómeno moratorio que sostiene Díez – Picazo Gimenez, para quien constitución en mora significa (momento de la) *traslación de riesgos* o *imputación de riesgos al deudor*.

¹³³ El artículo 1096 inciso 3º del Código Civil consagra en España la *perpetuatio obligationis*: “Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”. La misma disposición se encuentra en nuestro artículo 1550 del Código Civil.

¹³⁴ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 59 y 60.

¹³⁵ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 60 y 61.

Ello, si nada distinto está previsto, acontece por el mero hecho del incumplimiento. En cambio, en otras situaciones, será preciso el requerimiento o interpelación por parte del acreedor insatisfecho. Todo dependerá de lo estipulado en el contrato o lo que disponga el cuerpo normativo. Por lo mismo, todos los supuestos que establecen, por ejemplo, los artículos 1551 del Código Civil chileno o 1100 del español han de analizarse desde el punto de vista de este fenómeno de traslación de riesgos y no desde el carácter culposo del incumplimiento. Para la autora, mora es una consecuencia del incumplimiento, de la lesión del derecho de crédito y no un presupuesto de esta lesión, la que se caracteriza precisamente por lo mismo que sostenían en Chile los profesores Bahamonde y Urrutia y en otras latitudes, Borda o Baraona: la obligación – hasta que de cumplimiento a la obligación – de *soportar y responder de todos los eventos que sobrevenidamente puedan afectar a la correcta ejecución de la prestación*.¹³⁶ Ilustrativo es, por tanto, citar a la autora a este respecto.

*“...si se estudia estrictamente el instituto jurídico de la constitución en mora del deudor hay que afirmar que el único requisito necesario para su efectividad es el del incumplimiento de la obligación de dar o de hacer y, además, siempre y cuando no haya habido una previa asunción convencional o una previa atribución legal de los riesgos de los casos fortuitos. Es el incumplimiento el único requisito general de la constitución en mora y todos los demás que hasta el momento alegaba la doctrina son, en mi opinión, otra cosa más que presupuestos del incumplimiento...La imputabilidad son requisitos necesarios de la calificación de la no ejecución (o ejecución defectuosa) como ilícito obligacional. La constitución en mora para desplegar sus efectos sólo necesita del previo incumplimiento...”*¹³⁷

Por otra parte, el simple retardo (sea o no seguido de intimación) tiene de por sí la aptitud suficiente de producir efectos jurídicos. Veremos más adelante que tanto la ejecución forzada de la obligación como la resolución del contrato por incumplimiento, en rigor, no requieren la concurrencia de culpa en el incumplimiento para operar, restringiéndose el papel de este último factor a uno solo de los remedios contractuales: la indemnización de perjuicios. Ello además es coincidente con la regulación que hacen los instrumentos de derecho europeo de los contratos del fenómeno del incumplimiento y sus consecuencias, los que prescinden del concepto de mora. De

¹³⁶ DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Página 508 (el mismo concepto en 517 y ss.).

¹³⁷ DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Página 521.

este modo, no se podría afirmar que el simple retardo carece de efectos jurídicos y, sostener, por lo mismo, la mora debe integrar el factor subjetivo de imputación para desencadenar sus efectos. Salvo lo dispuesto de manera clara por el artículo 1826, veremos que la culpa se vincula normativamente con el remedio de resarcimiento de perjuicios, tal como lo señala expresamente el artículo 1558 del Código Civil. Tanto el artículo 1551 del Código Civil chileno, como el artículo 1100 español, 509 argentino o 955 brasileño, al definir la mora o señalar las circunstancias que deben concurrir para su verificación, no hacen mención a ningún factor subjetivo. Solo se hace necesario el transcurso del tiempo y, en ciertos casos, el requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor exigiendo el cumplimiento de la obligación.¹³⁸

¹³⁸ En el BGB se establece que el deudor no se encuentra en mora en tanto el cumplimiento de la prestación no tenga lugar como consecuencia de una circunstancia de la que él no responde, siendo responsable – en general – por culpa o dolo (parágrafos 275, 276 y 286). Sin embargo parece ser que el criterio relevante a la hora de admitir la indemnización de perjuicios es la culpa y no la mora. La institución de la indemnización se encuentra tratada antes de la mora y en vinculación con la responsabilidad por culpa. En tanto, la responsabilidad durante la mora se contiene en un párrafo individual (287) y se refiere únicamente a la *perpetuatio obligationis*. Así, el concepto básico pareciera ser la noción de culpa o dolo. Sobre este se construye – de un lado – la idea de responsabilidad por los perjuicios derivados del incumplimiento, mientras que por otro el concepto de mora – que requiere de la verificación del elemento subjetivo – pero referido únicamente a la responsabilidad por la pérdida de la cosa durante la mora. Esta regulación se encuentra en la línea de lo sostenido por Díez – Picazo Gimenez (*vid. supra* página 105) y en Chile por los profesores Urrutia y Bahamonde con respecto a la mora como consecuencia del incumplimiento y referida a la asunción por parte del deudor de la *perpetuatio obligationis*. Sin embargo, el BGB adopta un concepto “subjetivo” de culpa en su párrafo 286 (4). La situación pareciera haber sido distinta antes de la reforma del año 2002, donde el párrafo 286 establecía que el deudor indemnizará al acreedor por cualquier daño causado como consecuencia de la mora, y además soportaba una responsabilidad prolongada durante ésta, derivándose por tanto ambos efectos directamente de la mora. No obstante, la mora seguía construyéndose sobre el concepto de culpa, por lo que su ausencia liberaba de esta responsabilidad al deudor.

En el caso del Código Civil de Bolivia, el artículo 339 establece la responsabilidad del deudor que no cumple por los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, salvo que logre probar que ello se debe a una causa que no le sea imputable. Pareciera ser que el deber de resarcir los daños deriva directamente de la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, no haciéndose mención a la mora. Por otra parte, lo anterior se refuerza observando que los artículos 340 a 342 indican la forma en que se constituye al deudor en mora y vinculando ésta última con la traslación de los riegos. Ello parece indicar una concepción objetiva de la mora asociada al único efecto de la *perpetuatio obligationis*. Asimismo, el resarcimiento en las obligaciones pecuniarias, el cual se debe desde la mora (artículo 347) no obsta a entender a la mora en el mismo sentido si se justifica la responsabilidad en la posibilidad que tiene el deudor de aprovecharse de los dineros mientras no los restituya, siendo indiferente la causa de dicha inejecución.

CONCLUSIÓN

Para efectos de esta memoria, las consecuencias de esta discusión pueden resumirse sucintamente del modo que sigue: si, como pretende por ejemplo Barros,¹³⁹ se comprende el concepto de mora de manera objetiva, denotando el mero estado de incumplimiento, debiéramos concluir que el artículo 1552 establecería que, si ninguna de las partes ha cumplido, estas no son tenidas como incumplidoras.¹⁴⁰ Siendo el hecho del incumplimiento presupuesto esencial para el desencadenamiento de los efectos propios de los remedios contractuales, habremos de concluir que ante una situación de verdadero incumplimiento recíproco de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral, no procedería no sólo la indemnización de perjuicios, sino que tampoco la pretensión de cumplimiento forzado de la obligación ni la resolución del contrato. Esta comprensión es, al menos, contra intuitiva. Resulta extraño sostener que ninguna de las partes ha incumplido cuando ninguna de ellas ha ejecutado la prestación a la que se encuentra obligada, salvo que se entienda que el cumplimiento de una de ellas es requisito de exigibilidad de la obligación de la otra, por lo que no siendo exigible la obligación, difícilmente se podría hablar de incumplimiento. Sin embargo, baste pensar en el caso ilustrado en la introducción de esta memoria, donde ambas partes no han dado cumplimiento a las obligaciones que emanan del contrato y se presenta también en ambas la intención de desligarse del mismo, fundada justamente en este mutuo incumplimiento que ha hecho perder el interés de ambas en perseverar del contrato. Ambos créditos insatisfechos se han visto lesionados y no cabría otra cosa que hablar efectivamente de la existencia de un incumplimiento. Además, como veremos, no puede sostenerse que la mora sea requisito de la pretensión de cumplimiento forzado, pero evidentemente sí lo es el incumplimiento. Si ambos incumplen, no están en mora, pero sus obligaciones son exigibles y pueden, de hecho, ser exigidas, salvo que juegue la *exceptio non adimpleti contractus*, lo que no obsta a que pueda hablarse propiamente de incumplimiento.

¹³⁹ Vid. *supra* página 102 n.127.

¹⁴⁰ PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. *Ob. cit.*; DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Página 574: “no hay incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas mientras no haya cumplido alguna de las partes contratantes lo que le incumbe”.

Por tanto, si bien se afirma la plausibilidad del concepto objetivo de mora, esta tesis discurre en base a su comprensión tradicional, en virtud de la cual puede hablarse del mero hecho objetivo del incumplimiento sin denotar por lo mismo y sin más el concepto de mora. Así, se evalúa si la mora – como algo distinto del mero incumplimiento – es requisito de los diversos remedios contractuales y que, por lo mismo y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1552, el incumplimiento recíproco constituiría un obstáculo insalvable para la actuación de todos los remedios. Por lo mismo, el rol de la culpa en el supuesto de hecho de los remedios es esencial en la memoria.

Fijado el marco conceptual por medio de la caracterización de los incumplimientos recíprocos, el rol de la excepción de incumplimiento y el tratamiento de la mora en el artículo 1552 del Código Civil, es posible volver entonces la atención sobre el primero de los remedios: la indemnización de perjuicios.

SEGUNDA PARTE:
**LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS FRENTE A LOS
REMEDIOS CONTRACTUALES.**

CAPÍTULO 4:
INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Un caso clásico donde se presenta el problema de la operación de los remedios contractuales frente a un escenario de recíprocos incumplimientos consiste en una contrato de promesa de compraventa inmueble, donde ninguna de las partes se encuentra en condiciones de cumplir con el contrato prometido, por lo que no concurren a la suscripción de dicho documento. Usualmente la parte promitente vendedora por alguna razón no podrá hacer la transferencia del inmueble y la promitente compradora no contará con el dinero necesario para pagar la compra, pero sin embargo habrá dado un anticipo del precio al momento de celebrar el contrato de promesa. La situación adquiere algo más de complejidad pues es recurrente el pacto de una cláusula penal para regular los perjuicios derivados del incumplimiento. De esta forma, cumplido el plazo o la condición que fija la época de celebración del contrato, y ante la no suscripción de éste, ambas partes se demandan mutuamente la resolución o el cumplimiento forzado, exigiéndose además la cláusula penal y la indemnización de otros perjuicios, además de la restitución del anticipo en lo que respecta al promitente comprador que demanda la resolución. Frente a ambas demandas, las partes se oponen mutuamente la excepción de contrato no cumplido, alegando que el incumplimiento de la parte contraria resultó determinante para la frustración del contrato o el propio incumplimiento.

Evaluando el rol que juega la mora en los remedios, es posible afirmar inequívocamente que este elemento es requisito *sine qua non* de la indemnización de perjuicios, cuestión sostenida de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia en

Chile.¹⁴¹ De lo que se sigue que una lectura armónica de los artículos 1551, 1552 y 1557 del Código Civil nos debe conducir a concluir que, ante incumplimientos recíprocos, no procede la condena en perjuicios derivados del incumplimiento en contra de cualquiera de los contratantes en un contrato bilateral.¹⁴² En rigor, ello no sucede con ocasión de la interposición de la *exceptio non adimpleti contractus*,¹⁴³ como

¹⁴¹ Artículos 1551, 1556, 1557, 1558 y 1538 del Código Civil. Entre otros: ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Página 302; ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 768 y siguientes; RAMOS PAZOS, René. *Ob. cit.* Página 272; RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. *Ob. cit.* Página 230; VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Ob. cit.* Página 291. Este último autor señala que la improcedencia de los perjuicios en el caso de mutuos incumplimientos proviene del hecho que, en este caso por aplicación del principio la mora purga la mora, no procede la resolución. Para dicho autor, la acción de perjuicios es secundaria, por lo que no dándose lugar a la resolución, tampoco puede acogerse la reparación de los perjuicios, aunque existan. En los mismos autores puede también apreciarse la discusión entre aquellos que afirman que la mora es requisito de toda indemnización frente a aquellos que restringen el requisito sólo a la indemnización moratoria (ver, además: GATICA PACHECO, Sergio. Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1959. Páginas 82 y ss.).

Con respecto a la jurisprudencia, por ejemplo, *Cataldo Uribe, Jaime con Empresa Portuaria San Antonio*, 05.01.2010, Rol 2457-2008, N° Legal Publishing 43037.

En España, por todos, DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 635 y siguientes. Vimos como en dicho ordenamiento, mora y negligencia se consagran como elementos de atribución de responsabilidad distintos (ex artículo 1101 CCE).

La mora como requisito de procedencia de la acción de indemnización de perjuicios se contiene, entre otros, en los códigos civiles de Argentina (art. 508), Perú (art. 1339), Bolivia (art. 339) o Venezuela (art.1271). Se debe notar que en estos últimos dos Códigos, al menos literalmente, no se consagra la mora como presupuesto de la indemnización, sí en cambio la culpabilidad o dolo en el incumplimiento, lo que nos lleva de vuelta la discusión con la que concluyó el capítulo anterior sobre el concepto de mora. Algo similar, como se dijo, acontece con el BGB (*vid. supra* página 107 n. 138).

¹⁴² Ello es reconocido también por la unanimidad de la doctrina nacional (entre los que se cuentan los citados en la nota 1). A ellos se agrega: GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Páginas 76. Por su parte, Caprile marca un contrapunto en esta tendencia: *vid. infra* página 116 n. 153.

¹⁴³ Salvo que se entendiera que la excepción de incumplimiento refleja aquella situación en virtud de la que, dado el incumplimiento del actor, este no puede exigir el cumplimiento de la obligación del deudor, por lo que fallaría bien la exigibilidad de la obligación o la verificación del requerimiento necesario para la constitución en mora (y por consiguiente de la indemnización de perjuicios). Hemos dicho que comprender a la excepción de incumplimiento de esta manera la priva de su verdadera naturaleza de excepción, mientras que hace del propio cumplimiento (y así la mora del deudor) presupuesto de la exigibilidad de la obligación, cuestión que por motivos evidentes y que se analizarán más abajo, no puede admitirse. Otra posibilidad, como también se ha manifestado, es que en virtud de la interposición de la *exceptio*, no puede hablarse de que alguna de las partes se encuentre verdaderamente en estado de incumplimiento. En este sentido, al no existir incumplimiento, difícilmente procedería la reparación de los perjuicios. Aún de acogerse esta posición, se olvida el concepto que hemos querido defender de excepción de contrato no cumplido en el capítulo correspondiente, donde este se entiende nada más que

tuvimos ocasión de apreciar al estudiar dicha institución, sino que más bien por efecto directo y preciso de la regulación de la mora en los contratos bilaterales que hace el Código Civil.¹⁴⁴ Así, para exigir la reparación de los perjuicios en dicha clase de contratos, además del vencimiento de la obligación y el retardo en su ejecución (y la interpelación cuando ella sea exigida por la convención o la ley) se añade como requisito el previo cumplimiento del contratante que pretende constituir en mora al otro. La norma contenida en el artículo 1552 se refiere precisamente a las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo que surgen del contrato bilateral, cuando estas son incumplidas por ambos contratantes y no puede atribuirse a alguno de dichos incumplimientos un rol de preeminencia en relación con el incumplimiento de la otra parte (el elemento temporal resulta excluido por efecto del vencimiento simultáneo de la obligación, lo que refuerza la idea ya expuesta que el ejercicio extrajudicial de la *exceptio* requiere asimetría temporal de los incumplimientos, cuestión distinta a lo que acontece cuando ya verificado un incumplimiento mutuo, una de las partes decide demandar la ejecución a la otra sin previamente ofrecer cumplir aquello a lo que se ha comprometido).

Con respecto al remedio indemnizatorio, no debe olvidarse el rol preponderante del elemento “subjetivo” (culpa o dolo) como factor de atribución de responsabilidad principal en el Código, reflejado a través del artículo 1558 del mismo.¹⁴⁵ Tampoco

como una defensa del deudor demandado de cumplimiento con el objeto de paralizar los efectos de dicha acción hasta que el demandante le asegure la ejecución de la prestación que a éste corresponde. Tampoco corresponde hacer términos sinónimos “excepción de contrato no cumplido” e “incumplimiento recíproco” de un contrato bilateral.

¹⁴⁴ Algo en este sentido parece insinuar Gatica Pacheco: “...la acción indemnizatoria puede ser enervada mediante alguna excepción legal. Así sucede en los contratos bilaterales, en los que el deudor puede rehusar el cumplimiento de su obligación, si el otro contratante no cumple ni está llano a cumplir las suyas en la forma y tiempo debidos (artículo 1552 del Código Civil), bien que, en realidad, la indemnización es, en este caso, improcedente, porque falta el requisito de la mora” (GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Página 76).

¹⁴⁵ Ver, por todos: GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Páginas 75 y 410 y ss.

El criterio culpabilístico se encuentra presente también, a vía de ejemplo en los artículos 1926, 1930, 1939, 1947, 2015 y 2018. La misma exoneración de responsabilidad por caso fortuito, referida únicamente al remedio reparatorio de perjuicios, se encuentra recogida en el artículo 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. “El deudor responde porque el incumplimiento corresponde a la realización de un riesgo que razonablemente debía controlar según la regla contractual y la Convención. El límite de la responsabilidad por daños se localiza en la causa de exoneración de los impedimentos

debe pasarse por alto la íntima conexión que existe entre la mora y la indemnización en razón del sentido y función que se le atribuye a la interpelación o requerimiento. La mayoría de la doctrina sostiene que ésta es *la declaración del acreedor en que manifiesta al deudor que le ocasiona perjuicios su retardo en cumplir la obligación*.¹⁴⁶ Así, en lugar de contener la declaración sobre el deseo del acreedor de que el deudor efectúe la prestación, comunica precisamente la existencia de los perjuicios, siendo ello lo que responsabiliza al deudor. El deber de efectuar la prestación proviene del hecho del vencimiento, de acuerdo al contrato o la ley, por lo que no requiere de un acto adicional. Son iluminadoras a este respecto las palabras de Baraona González:

“La postura que sostiene que la realidad social hace pensar que el acreedor que no requiere no tiene interés en cobrar, no es cierta, pues la misma realidad social, en esta materia, se basa en un hecho previo, que es jurídico: no hay perjuicios ni perpetuación de la obligación sin interpelación cosa que el deudor y acreedor conocen, y actúan conforme a ello. Es decir, del no requerimiento sólo puede desprenderse un hecho básico: el acreedor no demuestra interés en la eficacia de la mora. Pero en ningún caso puede deducirse que no tienen interés en el cumplimiento oportuno. Es compatible el interés del acreedor en el cumplimiento oportuno de la obligación, sin el beneficio de la eficacia de la mora (i.e. perjuicios y perpetuación)”.¹⁴⁷

Y luego agrega:

razonablemente imprevisibles, inevitables e insuperables en sí y sus consecuencias. Esta exoneración afecta sólo a la indemnización, no así a los restantes remedios de que dispone el acreedor y los derechos del propio deudor incumplidor” (VIDAL OLIVARES., Álvaro. Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena. *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile). Volumen XVIII (Nº 1): página 55, Julio 2005). La exoneración supone un obstáculo al cumplimiento cuya superación, de acuerdo a las circunstancias, no sea razonable lograr. Por lo mismo, es un criterio que no coincide con la denominada “imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor”, pero bien puede iluminar una nueva comprensión de la idea de caso fortuito o fuerza mayor. Como se ha señalado, los instrumentos internacionales prescinden de la idea de mora, construyendo su sistema de remedios en base a una noción única, amplia y objetiva de “incumplimiento”, sumado a factores de atribución y exoneración de responsabilidad relativos a la naturaleza y alcance del deber asumido de prever y superar las eventuales causas del incumplimiento y los daños derivados de estas.

¹⁴⁶ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Página 288, donde se hace referencia a la coincidencia de opinión entre Alessandri, Abeliuk, Barros Errázuriz, Correa Fuenzalida, Meza Barros y Somarriva; ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 769.

¹⁴⁷ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 177. También, en España: DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Página 573. De acuerdo a esta última autora, la mora es el fenómeno de la traslación de los riesgos por la pérdida fortuita de la cosa (DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Páginas 507, 510, 568 y 574).

*“La doctrina que comprende a la interpelación como un acto de colaboración del acreedor en el cumplimiento, no tiene más fundamento que justificar la ineficacia de los efectos moratorios antes del requerimiento, pero en ningún momento puede servir para privar de sentido al retraso como forma de incumplir. El deber de prestar parece ser más fuerte que la carga que el acreedor pueda tener de exigir el cobro. Es posible entender, en algún sentido, que el requerimiento es un acto de colaboración del acreedor al cumplimiento (manifestar que mantiene interés actual en recibir, que el retraso le causa perjuicios, etc.), pero no en el que sin él no existe actualizado el deber de satisfacer el crédito, o que su omisión debe interpretarse como un tácito aplazamiento. La necesidad de constituir en mora al deudor aparece como una carga para el acreedor, sin la cual no podrá beneficiarse de los efectos que de la mora se derivan en interés de su crédito”.*¹⁴⁸

En suma, la eficacia de la interpelación se relaciona con la constitución en mora y así con el desencadenamiento de los efectos que de ella deriva, siendo el deber de reparar perjuicios uno de ellos. Por tanto, no habiendo mora en ninguna de las partes – lo que sucede cuando se ha constatado un doble incumplimiento – ninguna puede ser condenada a los perjuicios provocados por esta situación. Dicha situación (*i.e.* la neutralización de las responsabilidades derivadas de la mora) se verifica únicamente durante el intervalo de tiempo en que se mantuvo la purga de la mora, cuestión que cesa en cuanto una de las partes se allane a cumplir.

En aquellos casos de dobles incumplimientos, especialmente de contratos de promesa, en que el tribunal ha optado por declarar su resolución, se ha procedido a la restitución de los anticipos y a ninguna de las partes se le condena al cumplimiento de la cláusula penal o la indemnización de perjuicios, según corresponda. En otras palabras, ante la constatación de mutuos incumplimientos, se ha acogido la pretensión resolutoria y se ha negado la indemnizatoria. Por supuesto, en aquellos casos que se han rechazado las pretensiones principales por la misma razón, no se ha dado lugar a las indemnizaciones solicitadas.¹⁴⁹

¹⁴⁸ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 178.

¹⁴⁹ Es un error sin embargo atribuir la negativa a conceder perjuicios al mero hecho de no haberse acogido la acción resolutoria intentada. Ello implicaría reconocerle a la pretensión indemnizatoria un carácter secundario o subsidiario en relación a las acciones principales concedidas por el artículo 1489 (una declaración en este sentido pareciera hacerse por la Corte Suprema en *Cataldo Uribe con Empresa Portuaria San Antonio*, 05.01.2010, rol 2457 – 2008, N° Legal Publishing 43037). Sin embargo, es evidente que un incumplimiento que no tiene la

Por ejemplo, en *Parra con Rafide*,¹⁵⁰ el actor dedujo demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, defendiéndose el demandado mediante demanda reconventional de cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios y, en subsidio, de resolución también con indemnización. Tanto en primera como en segunda instancia se acoge la acción del demandante, incluida la indemnización de perjuicios. Sin embargo, la Corte Suprema procede a casar en la forma y, dictando sentencia de reemplazo, establece que el demandante no acreditó el propio cumplimiento, por lo que corresponde calificar la situación como una de incumplimientos recíprocos. En este sentido, mantiene la decisión en lo que respecta a la resolución del contrato, toda vez que ambas partes han manifestado su voluntad de desligarse, pero sin embargo la revoca en lo que respecta a la indemnización, precisamente por aplicación del artículo 1552 del Código Civil. Luego de fundamentar su decisión en orden a acoger la resolución intentada por las partes en consideración a la existencia de una laguna para el caso de los mutuos incumplimientos,¹⁵¹ el máximo tribunal declara al final de su considerando octavo:

“Sin embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil”.

Y, como se dijo, en casos donde se han rechazado ambas pretensiones resolutorias, tampoco se ha dado lugar a la indemnización. Así fue en *Hernández*

entidad o carácter necesario para ser calificado de resolutorio, aun podría haber ocasionado perjuicios al acreedor, cumpliéndose los requisitos necesarios para tener derecho al resarcimiento. La procedencia de la acción resolutoria no se cuenta entre los requisitos de la acción indemnizatoria. Distinta es la situación, por supuesto, que la improcedencia de la acción resolutoria se concluya en virtud de la ausencia de mora en las partes. En este caso, tampoco corresponderá acoger la indemnización de perjuicios, pero ello sucede por faltar el requisito de la mora y no, en cambio, por el mero rechazo de la resolución.

¹⁵⁰ C.S. 19.08.2009. Rol 1744 – 2008, N° Legal Publishing 42558. Idéntica decisión y declaración se contienen en *Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios, Manuel*, C.S. 4.12.2003, rol 512 – 2003, FM N° 517, páginas 3365 – 3375 y en *Aravena con Lizarralde*, C.S. 29.07.1931, RDJ T. XVIII, 2ª parte, Sección 1ª, páginas 689 y siguientes

¹⁵¹ Este argumento se analizará en detalle en el capítulo referido a la resolución frente a los recíprocos incumplimientos.

Pasten con Rodríguez Cabrera,¹⁵² donde ambas partes se demandan mutuamente de resolución e indemnización de perjuicios. En este caso, la Corte Suprema declara que el incumplimiento de ambas partes impide aplicar la “condición resolutoria tácita” y,

“Que en razón de lo concluido, menester será rechazar las demandas recíprocas de indemnización de perjuicios interpuestas por las partes, considerando para ello que para la procedencia de la acción indemnizatoria contractual es necesario fijar, entre otras exigencias, la mora en el cumplimiento de la obligación de quien será condenado en definitiva a pagar el detrimento económico sufrido por su contraparte, pudiendo concluirse que, en el caso en particular, no es posible establecer la mora de ninguna de las partes, al no haber la otra cumplido la obligación que le era propia ni haberse allanado a cumplirla a satisfacción de la contraria...”

Un contraste con esta situación se ha dado en Francia, donde se han adelantado ciertas posturas diferentes con lo hasta aquí expuesto. En aquel medio se ha ido abandonando progresivamente la negación absoluta de toda indemnización a ambas partes, dando paso a un sistema de *reparaciones integrales cruzadas* o a uno de *porcentaje de imputabilidad*. En el primero de ellos se obliga a cada uno de los contratantes a reparar íntegramente los perjuicios sufridos por el otro, operando luego la compensación de cantidades. En tanto, el segundo determina la relación que existe entre los grados o niveles de culpabilidad de ambos incumplimientos con el nivel de perjuicios experimentados por las partes, para luego también aplicar una operación de compensación. En otras palabras, se pretende determinar en que grado cada uno de los incumplimientos ha sido causa de la resolución y evaluar el origen causal del daño.¹⁵³

¹⁵² Corte Suprema, 09.03.2009, rol 6859 – 2007, N° Legal Publishing 41746, considerando 7° sentencia de reemplazo.

¹⁵³ CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Páginas 29 y 30 (siguiendo en esto a Genicon). Caprile se manifiesta conforme con este desarrollo, anhelando su incorporación en Chile: “*El incumplimiento doble no significa necesariamente identidad de daños y es lícito que aquel de los contratantes que los ha sufrido en mayor medida, pretenda, junto con la resolución, una reparación*”. Sin embargo, cabe preguntarse si una diferencia sustancial en los daños no califica a un incumplimiento como de mayor entidad que el otro de manera tal que, en aplicación del criterio de proporcionalidad, no pueda hablarse en rigor de los incumplimientos como recíprocos. En este caso no habría problema con la admisión de la solución planteada, toda vez que no se aplicaría el artículo 1552 del Código Civil. Por tanto, debiese tratar de distinguirse entre la incidencia de cada uno de los incumplimientos en la frustración del fin del contrato o en su economía, de la magnitud de los daños que se deriven de estos. Sólo es a lo primero a lo que se atiende para calificar los incumplimientos para efectos de atribuirle o no la etiqueta de reciprocidad. El segundo aspecto es el relevante a la hora de compensar las

Si bien en Chile parece no observarse la aplicación de un criterio distinto a la neutralización completa de las indemnización, en Colombia – con un ordenamiento idéntico al nuestro – han surgido casos que, reconociendo la existencia de recíprocos incumplimientos, de todas maneras han condenado a las partes al pago de perjuicios.

En una sentencia que va en la línea de lo recién expuesto, la Corte Suprema de Colombia declaró en una sentencia del año 1978 que:

*“La doctrina enseña que hay responsabilidad contractual siempre que cualquiera de las partes incurra, por su culpa (la que se presume), en inejecución o falta de pago de alguna de las obligaciones que contrajo, y esta inejecución haya causado perjuicio al acreedor. La acción de responsabilidad, así concebida, no desaparece ni se enerva porque la otra parte contratante también haya incurrido, por su culpa, en falta de pago determinante de perjuicio. Las mutuas responsabilidades de las partes en los contratos bilaterales no son incompatibles, ni se excluyen entre sí: cada contratante está obligado a indemnizar al otro, si culpablemente no ha pagado, en la cuantía del daño que este haya sufrido, no obstante que él también tenga derecho a ser indemnizado por el otro y sin perjuicio de que haya compensación total o parcial de las recíprocas indemnizaciones”.*¹⁵⁴

En otros fragmentos de esta sentencia, se afirma que el artículo 1609 del Código Civil colombiano (equivalente a nuestro artículo 1552) no impide en todas las hipótesis al contratante que no cumple obtener su pretensión de resolver el contrato, según lo dispuesto por el artículo 1546 del mismo código (artículo 1489 del código civil chileno). Una de aquellas hipótesis es precisamente los casos en que ninguno de los

indemnizaciones. Así las cosas, podría admitirse – sin contradicción – la reciprocidad del incumplimiento por una parte, al mismo tiempo que se acoge la condena en perjuicios en contra de ambos contratantes dada la entidad de los daños experimentados por cada cual (operando luego la compensación de las sumas). También se reconoce la tendencia a distribuir los daños en proporción a la culpa de cada una de las partes, compensándola hasta la menos grave y se hace notar la importancia de comprobar que ambos incumplimientos tengan la suficiente entidad para justificar su carácter resolutorio, pues en caso contrario, sólo contra aquel que lo tiene procederá la condena de perjuicios, en: RAMELLA, Anteo E. *Ob. cit.* Páginas 203 y 247. Es importante también vincular esta opción con la discusión relativa a la mora como requisito de toda indemnización o solamente de la moratoria. Si los perjuicios compensatorios se devengan sin necesidad de producirse la mora, siendo ésta sólo un requisito de exigibilidad, no habría impedimento en aplicar la fórmula de la compensación de indemnizaciones a esta clase de perjuicios, aún en hipótesis de incumplimientos recíprocos.

¹⁵⁴ C.S.J. Cas. Civ. 29/11/1978, M.P. Ricardo Uribe Holguín, citada por: GAMBOA S., Mario. *Ob. cit.* Página 306.

dos contratantes cumple y, veremos más adelante, existen buenas razones para acoger dicha tesis. Sin embargo, las sentencias que en Chile se han pronunciado en dicha dirección, todas han negado la indemnización de perjuicios por expresa referencia al artículo 1552 en relación con el artículo 1557 del Código Civil (en Colombia, el artículo 1615). Las mismas disposiciones existen en el sistema colombiano, lo que hace en extremo difícil, tanto para nuestro país como para aquel, aceptar lo resuelto por esta sentencia o lo propuesto en Francia con respecto al mismo tema. Pareciera ser, por tanto, que ante la claridad de nuestras normas, el incumplimiento recíproco del contrato y la consiguiente purga de la mora, no dan cabida a una doble condena en perjuicios con compensación posterior. No puede hablarse de que ambas partes estén en mora, sino que ninguna lo está¹⁵⁵ y por lo mismo no caben los perjuicios. Distinto es el caso que el incumplimiento recíproco tenga carácter sobreviniente, donde procederá la reparación en el tiempo intermedio en el que uno prevaleció sobre el otro.

Entonces, ante incumplimientos recíprocos no procede la indemnización de perjuicios, no por aplicación de la excepción de contrato no cumplido, sino que por faltar el requisito de la mora. En el caso de los incumplimientos recíprocos sobrevinientes, la purga de la mora – y el consecuente efecto sobre el remedio de los perjuicios – opera sólo en el lapso en que estos fueron recíprocos. Aclarado lo anterior, corresponde en seguida abordar como se vinculan los incumplimientos

¹⁵⁵ En este sentido, Aguad ha sostenido que: “*De ahí que la regla del art. 1552, que consagra el efecto purgatorio de la mora, sólo adquiere significación cuando frente a un incumplimiento recíproco uno de los contratantes pretende del otro el cumplimiento o la indemnización de perjuicios*”. Veremos en el próximo capítulo que la afirmación de Aguad con respecto a la acción de cumplimiento es contradictoria con sus propios argumentos, pero ello no sucede con lo que se refiere a la indemnización de perjuicios, donde su postura es plenamente ajustada a derecho (AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.* Página 27; y en: PIZARRO WILSON, Carlos y AGUAD DEIK, Alejandra. *Obligaciones y Responsabilidad Civil. Comentario de Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho Privado.* Número 4: páginas 189 y 190, 2005). Alcalde ha sostenido, también restringiendo el rol del artículo 1552, que dicha norma cuenta con la única finalidad de regular si procede o no la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de un contrato bilateral (ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. *Acción Resolutoria y Excepción de Contrato No cumplido. Algunas Precisiones Fundamentales Respecto de su Ámbito de Aplicación. Ob. cit.* Páginas 86 y 87).

recíprocos, la mora y la *exceptio non adimpleti contractus* con la pretensión de cumplimiento forzado de la obligación.

CAPÍTULO 5:

INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO Y PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Se ha sostenido tradicionalmente que el incumplimiento de ambas partes en un contrato bilateral les impide exigir de la otra el cumplimiento de su obligación. Esto sería, como ya se ha dicho, por efecto de la *exceptio non adimpleti contractus* consagrada en el artículo 1552 del Código Civil. Sin embargo, hemos propuesto existen razones para negar que aquella norma contemple la institución de la excepción de contrato no cumplido, dado que lo que hace es regular la mora en los contratos bilaterales con el objeto preciso y determinado de resolver sobre la procedencia de la indemnización de perjuicios. Así, si en esta norma no se encuentra la excepción que se pretende, en principio no habría posibilidad para el demandado de resistir el cumplimiento de su obligación frente a un contratante que lo exige sin haber ofrecido a su turno ejecutar la prestación que a él corresponde.

No obstante, hemos visto que para cierta doctrina la mora es presupuesto de las tres acciones que concede el artículo 1489 del Código Civil frente al incumplimiento, de modo que se podría afirmar que el argumento de la *exceptio non adimpleti contractus* jugaría un rol más bien secundario, toda vez que en definitiva es la mora el factor que desencadena los efectos propios del incumplimiento, a través de las acciones contempladas en el artículo 1489 del Código Civil. Por tanto, de acuerdo al artículo 1552, si ambas partes han incumplido ninguna puede intentar la acción de cumplimiento forzado, toda vez que el demandado no se encontraría en mora en virtud del propio incumplimiento del actor. Aun cuando se identifique esta situación de mutuos incumplimientos con la *exceptio* (o esta última con la institución de la purga de la mora), lo esencial a estos efectos es la mora. Entonces, resultaría irrelevante que el ordenamiento consagre o no la defensa fundada en la *exceptio* (comprendida adecuadamente) para afirmar el derecho del demandado a no cumplir si el actor no adviene el cumplimiento o se allana a hacerlo, pues a estos efectos bastaría con la pura de la mora.

Por lo tanto, corresponde abocarse a determinar si la mora es o no requisito de dicha acción. De todas formas, de ser negativa la respuesta y además sosteniéndose que nuestra legislación no contempla la *exceptio* con carácter general, aún podría afirmarse la facultad del demandado de abstenerse del cumplimiento. Tal como en las legislaciones que no consagran la excepción con carácter general, ello se hace fundado en consideraciones de buena fe y equidad, además de la propia naturaleza de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral, la que se reconoce justamente en normas como las del artículo 1552 o 1826 inciso 3º del Código Civil. Por uno u otro camino, la doctrina tradicional es conteste en admitir la aptitud de los incumplimientos recíprocos para atajar la acción de cumplimiento forzado¹⁵⁶. De todos modos, el tratamiento sustantivo de la pretensión de cumplimiento se anticipa complejo, dado la escasez de normas que lo regulan de manera directa y general: sólo los artículos 1489 y 1553 del Código Civil.

¹⁵⁶ Con la excepción de Enrique Alcalde Rodríguez, quien sostiene que en nuestro ordenamiento no se reconoce a las partes de un contrato bilateral la facultad en la que se traduce la excepción de inejecución. Algunos de sus argumentos serán analizados más abajo.

SECCIÓN PRIMERA: CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO:¹⁵⁷ DELIMITACIÓN CONCEPTUAL PREVIA.

La pretensión de cumplimiento es un medio que el sistema jurídico ofrece para que el acreedor pueda obtener el pago efectivo de su obligación, cuando el deudor no la cumple en la oportunidad debida.¹⁵⁸ Sin embargo, ello no aclara cual es el contenido de dicha pretensión.

1. Concepto amplio de pretensión de cumplimiento.

Podrían, en principio, sostenerse dos posturas contrapuestas con respecto a esta cuestión.¹⁵⁹ Por un lado, cabría afirmar que integraría el contenido de la pretensión de cumplimiento tanto la prestación en naturaleza del objeto de la obligación,¹⁶⁰ como el equivalente pecuniario. Por tanto, la imposibilidad sobrevenida de la prestación no acarrearía por si misma la exclusión de la pretensión de cumplimiento. Siendo la imposibilidad no imputable y además definitiva, la obligación debe tenerse por extinguida precisamente en virtud de dicho modo de extinguir. En cambio, si la imposibilidad se origina en el dolo o negligencia del deudor, la pretensión de cumplimiento específico deja de estar disponible para el acreedor, pero puede de todos modos acceder al cumplimiento por equivalencia. Dicha pretensión surge de la misma obligación, cuyo contenido ha mutado en razón de la imposibilidad, pero es igualmente pretensión de cumplimiento toda vez que emana de la misma obligación y

¹⁵⁷ Término utilizado primordialmente por la doctrina española que se corresponde en nuestro ordenamiento con lo que se denomina *cumplimiento forzado de la obligación*.

¹⁵⁸ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 259. Esta definición es neutral sobre el contenido preciso de la pretensión, razón por la que se escogió para comenzar el capítulo.

¹⁵⁹ Se sigue principalmente la estructura que provee en su exposición esquemática del tema, SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. *Resolución del Contrato por Incumplimiento y Modalidades de su ejercicio*. Madrid, España. Fundación Beneficentia et Pantie Iuris. 2004. Páginas 145 a 149.

¹⁶⁰ “Situado el acreedor frente a una insatisfacción o lesión de su derecho de crédito, consumada por una falta de ejecución por parte del deudor de la prestación puesta a cargo de éste, en el orden lógico la primera medida de reacción debe ser la dirigida a obtener el comportamiento omitido y obtenerlo en forma específica, del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor” (DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 678). Es, por supuesto, una pretensión de naturaleza condenatoria encaminada a que el tribunal imponga al deudor, de forma coactiva, la realización de la conducta prestacional omitida.

cumple la misma función. En este sentido, cumplimiento por equivalente pecuniario e indemnización de perjuicios serían dos remedios perfectamente distinguibles, aunque ambos se concreten en una suma de dinero.

En este sentido, el *id quod interest* se corresponde con la satisfacción de la prestación adeudada. Por lo mismo, debe distinguirse aquella suma de dinero sustitutiva de la prestación de la que se refiere a los daños (distintos al valor o beneficio que significaba la prestación) que se hayan seguido de la inejecución. De esta manera, el acreedor sólo deberá acreditar la existencia de la obligación (suponiendo que es el deudor a quien le corresponderá probar su cumplimiento) para solicitar su satisfacción por equivalente, mientras que la pretensión de daños y perjuicios propiamente tales habrá de justificarse mediante la acreditación probatoria de dichos rubros.¹⁶¹ En otras palabras, el cumplimiento por equivalente se corresponde al pago, en el sentido que extingue la obligación principal incumplida, mientras que el deber de resarcir perjuicios es una nueva obligación generada con motivo (y con posterioridad) al incumplimiento. El deber de satisfacer el interés del acreedor mediante un equivalente pecuniario provendría precisamente de la “perpetuación” que experimenta la obligación luego de la constitución en mora del deudor. Así, cumplimiento por equivalente e indemnización de perjuicios son remedios cuyo sentido y presupuestos de operación (negligencia o dolo en el caso de la indemnización) difieren.

A este respecto, cabe llamar la atención sobre el tratamiento doctrinal que ha recibido la responsabilidad contractual en lo relativo a sus funciones. En síntesis, se ha sostenido que las reglas de la responsabilidad contractual tienen por objeto dejar indemne la esfera patrimonial y personal del deudor. A fin de cumplir con dicho objeto, debe reconocerse a dicho ámbito de responsabilidad una doble función: asegurar el pago por equivalente de la prestación incumplida o cumplida de manera tardía o imperfecta y reparar los daños causados con ocasión del incumplimiento en la persona o bienes del acreedor. La primera función nace de la relación obligatoria pre –

¹⁶¹ PASCUAL ESTEVILL, Luis. La Responsabilidad Contractual. 1ª edición. Tomo II, Volumen I, parte especial. Barcelona, España. Bosch. 1982. Página 192.

existente con el objeto de restituir, mientras que a raíz de la segunda surge un nuevo vínculo jurídico entre las partes contratantes a fin de reparar.

Esta atribución de dos funciones a la responsabilidad contractual permite cubrir los daños ajenos al valor de la prestación bajo el alero de la responsabilidad contractual, evitando la sustanciación de dos procesos distintos, uno de acuerdo a dichas reglas y otros de acuerdo al régimen de la responsabilidad extracontractual.¹⁶²

En relación a cumplimiento por equivalente en sí mismo, Díez – Picazo Gimenez afirma que opera en los casos de incumplimiento no definitivo, toda vez que en un incumplimiento definitivo (por resultar objetivamente imposible o bien porque ya no va en interés del acreedor) no tendría sentido que el acreedor ejerciera una acción de cumplimiento. Por tanto,

*“La acción de cumplimiento por equivalente está pensada sólo para aquellos casos en los que el cumplimiento es todavía posible y satisface el interés del acreedor y que posteriormente deviene imposible bien imputable, bien fortuitamente. Se dice que su valor pecuniario debe satisfacer ese interés. Por esta razón el cumplimiento por equivalente únicamente encuentra su aplicación en el ámbito de...los incumplimientos temporales...Por otro lado, la suma pecuniaria fijada por el juez debe corresponder al valor de la prestación debida (aestimatio rei), independiente de la posterior fijación de la indemnización de los daños y perjuicios si los hubiera”.*¹⁶³

¹⁶² PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad contractual en el derecho chileno. [recurso electrónico] <<http://www.fundacionfueyo.udp.cl/investigacion.htm>> (páginas 1 a 4) [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2010]. Agrega el autor que en Chile los autores tradicionales nunca han propuesto una simple función de ejecución por equivalencia a la responsabilidad contractual. En nuestro país, los principales problemas de frontera entre ambos regímenes de responsabilidad se presentan en las actividades profesionales que generan peligro para la salud de las personas, como el transporte y la medicina. Sin embargo, los autores nacionales tradicionales sostienen que la obligación que debe satisfacerse por la indemnización de perjuicios es la misma obligación incumplida por el deudor. Así, por una parte se niega la existencia de una nueva obligación de indemnizar, mientras que por otra se reconoce la reparación de los daños distintos a la prestación incumplida. Esta inconsistencia ha de aclararse mediante el reconocimiento claro de la doble función.

¹⁶³ DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Páginas 438 y ss. En el mismo sentido parece pronunciarse Antonio Morales Moreno, quien define a las medidas de cumplimiento como “todas las que se dirigen a procurar satisfacción al acreedor ejecutante, de modo directo o indirecto, conforme al contenido del título ejecutivo”, incluyendo dentro de éstas a aquellas que “como última salida atribuyen al acreedor el equivalente pecuniario de la prestación debida y no satisfecha”. Luego, agrega que “el equivalente pecuniario de la cosa o de la prestación de hacer, aunque económicamente pueda cumplir una función indemnizatoria, no es, jurídicamente, una aplicación del remedio indemnizatorio sustantivo (...) Se justifica en la

En el medio nacional, algunos autores han abordado la problematización del tema, pero no resulta claro si la adscripción a las diversas posturas en tratamiento se corresponde a cuestiones conceptuales o son más bien de orden terminológico. Gatica Pacheco señala que, tanto en situaciones de imposibilidad como de excesiva onerosidad de obtener la prestación específica, el legislador establece la subsistencia de la obligación, pero la sustitución dineraria del objeto. Lo mismo acontece en aquellos casos en que el cumplimiento específico tardío – pero aún útil – de la obligación se ve complementado por una reparación pecuniaria a la que tiene derecho el acreedor defraudado en su legítima expectativa de ser satisfecho oportunamente.

pretensión de cumplimiento que el título plasma. Con ella, se satisface, indirectamente, el interés del ejecutante acreedor y se evita que se frustre la función satisfactiva de la ejecución” (MORALES MORENO, Antonio Manuel. Pretensión de Cumplimiento y Pretensión Indemnizatoria. *En su*: La Modernización del Derecho de Obligaciones. Madrid, España. Thomson Civitas. 2006. Páginas 89 y 90).

También la Corte Suprema ha arrojado algunas nociones relativas al tema. Por ejemplo, en *Plaza Oviedo, Jorge con Sociedad Agrícola Sacor Limitada*, declaró en su considerando séptimo lo siguiente: “*Que, en efecto, si el deudor no cumple culpablemente su obligación, el acreedor tiene derecho de pedir, a su entero arbitrio, o la resolución o el cumplimiento de la convención, y en ambos casos con indemnización de perjuicios. La resolución del contrato que el acreedor puede pedir es el efecto, como se dijo, de verificarse el hecho de que pende la condición resolutoria tácita que según el artículo 1489 va envuelta en los contratos bilaterales y, por su parte, la ejecución forzada o cumplimiento, es el efecto propio de toda obligación. Ambas alternativas que la ley confiere al contratante diligente son derechos principales, que se complementan con un derecho secundario, cual es obtener la indemnización de los perjuicios sufridos, esto es, el resarcimiento de los daños que le haya causado la falta de cumplimiento total o parcial de la obligación o la simple demora en el cumplimiento. En el primer caso la indemnización se denomina compensatoria; en el segundo, moratoria. En cuanto a la compensatoria, como por medio de ella se reemplaza la prestación a que el deudor está obligado (como su nombre lo indica), no puede ser pedida sino en lugar de ésta. Si la obligación es de hacer o no hacer y el deudor se halla constituido en mora, puede el acreedor, prescindiendo del cumplimiento de la obligación, solicitar la indemnización compensatoria, a la vez que la moratoria. El artículo 1553 del Código Civil faculta expresamente al acreedor para pedir dicha indemnización compensatoria en lugar de la prestación de hacer a que el deudor estaba obligado; y en las obligaciones de no hacer, el artículo 1555 del mismo Código establece que se transforma en la de indemnizar perjuicios si el deudor la contraviene. En cambio, si la obligación que se dice no cumplida es de dar, cuyo es el caso de autos, el acreedor no puede pedir la indemnización compensatoria, sino cuando el cumplimiento directo del contrato se ha hecho imposible por la pérdida de la cosa debida, cuestión que, como se dejó establecido en los fundamentos precedentes de esta sentencia, no ha ocurrido, por tratarse la obligación de una de género. La obligación de indemnizar perjuicios nace como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento imperfecto o tardío de aquello a que el deudor se obligó, pero sólo se entiende si se ha declarado, a su vez, la resolución del contrato o se ha dispuesto su cumplimiento.”* (Corte Suprema, 22/09/2008, 1782-2007, N° Legal Publishing 39756).

Según el autor, ambas situaciones son manifestaciones del *cumplimiento por equivalencia*,

“porque representan el beneficio que el acreedor hubiere reportado de haber visto satisfecho en forma íntegra, efectiva y oportuna su crédito. Este cumplimiento por equivalencia constituye además la indemnización que se concede al acreedor para resarcirle de los perjuicios que le ocasiona la inejecución del contrato”.¹⁶⁴

De acuerdo a Gatica Pacheco, esta indemnización de perjuicios es un cumplimiento en equivalente toda vez que no es sino la primitiva obligación legalmente transformada, a través de la cual el acreedor recibe lo que le estaba prometido.¹⁶⁵ Entonces, de acuerdo a lo señalado por el autor, tanto indemnización compensatoria como moratoria constituirían formas de satisfacción por equivalente de la obligación. Con ello, no resulta claro cual sería el ámbito propio de la indemnización de perjuicios comprendida como una obligación nueva y autónoma surgida con motivo del incumplimiento y cuya pretensión tiene sus presupuestos propios y distintos a los de los otros remedios. Ello es particularmente relevante en lo que respecta al análisis de la culpa como integrante del supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento. En relación con ello, Gatica Pacheco hace, sin embargo, una distinción entre las clases de indemnización que va en la línea de lo anterior, lo que no obstante resulta difícil de conciliar con la incorporación que hace de la indemnización por la demora dentro del concepto de *cumplimiento por equivalente*. De acuerdo al autor, sólo la indemnización compensatoria integraría la pretensión de cumplimiento en forma de satisfacción por equivalente, mientras que,

“la indemnización moratoria no constituye una forma equivalente de cumplir la prestación primitivamente debida, porque esta función corresponde a la indemnización compensatoria”.¹⁶⁶

Por su parte, Fueyo Laneri, al abordar la pretensión de cumplimiento en su obra, se limita simplemente a enunciar aquellos casos en que el cumplimiento es posible según la naturaleza de la obligación y cuales son las formas en las que se

¹⁶⁴ GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Páginas 10 y 11.

¹⁶⁵ GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Páginas 21 y 22.

¹⁶⁶ GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Página 34.

materializa este cumplimiento, según lo establecen las normas relevantes del Código Civil y Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, se ocupa únicamente la pretensión de cumplimiento en naturaleza o específico. Lo relativo al cumplimiento por equivalencia lo aborda a propósito de la reparación de daños, donde “cumplimiento por equivalencia”, “indemnización de daños y perjuicios” y “ejecución indirecta” son denominaciones que se le asignan a una misma institución de acuerdo a la perspectiva de análisis.

El autor también concibe a la obligación de indemnizar de la manera que lo hace Gatica Pacheco, es decir, no como una nueva obligación, extraña a la incumplida, sino que la misma, en la que sólo cambia de objeto, pero conserva además todos sus demás elementos.¹⁶⁷ De acuerdo a Fueyo,

*“Un acto injusto ha ocasionado un perjuicio, y de ahí nace la obligación de reparar el mal causado. Esto se realiza mediante la prestación del interés (id quod interest); es decir, prestando al acreedor, generalmente, en dinero, el equivalente del beneficio o utilidad que le hubiere reportado el cumplimiento de lo querido originariamente”.*¹⁶⁸

La indemnización es, en este sentido, un valor de sustitución o reemplazo.

Sin embargo, se puede cuestionar este concepto amplio negando a la indemnización de perjuicios el carácter de reemplazo o sustitución de una obligación primitiva aún vigente, sólo que con distinto objeto.¹⁶⁹ Ello deriva en un concepto restringido de pretensión de cumplimiento.

¹⁶⁷ FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 343.

¹⁶⁸ FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 341.

¹⁶⁹ Fueyo cita en apoyo de su postura el artículo 1555, el que señala que una obligación de no hacer incumplida se *resuelve* si no resulta posible deshacer lo hecho. Así, lo que implicaría este artículo es que la obligación de no hacer se convierte, muta en su contenido por la de reparar perjuicios. Sin embargo, también se podría hacer de esta norma una lectura de acuerdo al concepto restringido que se expondrá a continuación, en virtud de la cual, ante la imposibilidad de deshacer lo hecho, la pretensión de cumplimiento – entendida como cumplimiento en específico – se extingue en razón de la misma imposibilidad, surgiendo una nueva obligación – a causa del hecho del incumplimiento – consistente en indemnizar.

2. Concepto restringido de pretensión de cumplimiento.

Una postura diversa es aquella que restringe el contenido de la pretensión de cumplimiento sólo a la ejecución en naturaleza de la prestación. Por tanto, ante la imposibilidad de ejecución, cualquiera sea la causa, ya no cabría hablar de pretensión de cumplimiento, sino que de resarcimiento de los daños y perjuicios. De esta forma, el problema de la imputabilidad es irrelevante para determinar la procedencia del remedio de cumplimiento, siendo el hecho objetivo de la imposibilidad aquel que determina la disponibilidad de esta acción en favor del acreedor insatisfecho.

En relación con la materia, Díez – Picazo y Ponce de León se ha mostrado partidario de la objetivación de la responsabilidad, alejándose de la concepción tradicional en virtud de la cual sólo se responde por culpa o dolo.¹⁷⁰ Por tanto, una vez afirmada esta objetivación no habría razón para diferenciar el régimen de la *aestimatio rei* del de los restantes daños, ni tampoco – afirma – para pensar que en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, ésta no se transformaría en la de indemnizar los daños y perjuicios. Para el autor, en los casos en que se produce un incumplimiento definitivo de la obligación, cuya ejecución deviene en imposible, la obligación se transforma en la de resarcir los daños y perjuicios sin más¹⁷¹. Podemos entonces encontrar en Pantaleón una precisión con respecto al juicio de Díez – Picazo, referida especialmente al incumplimiento imputable, donde:

¹⁷⁰ DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 575 y 576. Previamente (página 574), el catedrático señala que la pregunta sobre la imputación sólo es necesaria a efectos del deber de soportar los daños y perjuicios por parte del deudor.

¹⁷¹ DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 681. El autor llega a esta conclusión luego de repasar brevemente las dos líneas de influencia – romana y derecho común – que recibió el Código Civil español sobre la materia. En el derecho romano se formuló la noción de *perpetuatio obligationis* en aquellos casos en que el autor responde del incumplimiento en virtud de la culpa o de la imposibilidad o daños producidos durante su mora de cumplir. Por ello, dado que se entendía que la obligación se perpetuaba, las vicisitudes que experimentara la prestación no afectaban al acreedor, quien podía satisfacer su derecho en la obligación del deudor de pagar una suma de dinero, aun cuando la ejecución específica deviniera imposible. Dicha suma era un equivalente pecuniario (*aestimatio rei*) de la prestación y no cubría, en principio, los daños sufridos por el acreedor. En cambio, la doctrina del derecho común presente en las elaboraciones de la pandectística, generó un sistema en que la obligación incumplida originaba la indemnización por los daños y perjuicios. Por lo mismo, lo que correspondería determinar es si en casos de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor

“...la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (id quod interest) ni en parte (aestimatio rei), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquella al acreedor no es un “cumplimiento en equivalente” de la obligación originaria – a la que la lógica...exige considerar extinguida – sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso in natura) los daños causados al acreedor, nacida ex novo del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual”.¹⁷²

Por su parte, Baraona González señala que,

“El Código Civil chileno prescribe como uno de los efectos que derivan de las obligaciones de fuente contractual, y antes de tratar las diferentes causas de extinguir la obligación, el derecho del acreedor a ser indemnizado de los daños y perjuicios que el incumplimiento le puede originar. Estos perjuicios no constituyen necesariamente la vía de cumplimiento por equivalente de la obligación, como tradicionalmente se le ha querido presentar – el id quod interest -, si no un derecho complementario del acreedor a ser resarcido cada vez que la infracción de la obligación le suponga un daño, conforme a las normas de imputación y extensión que el mismo Cuerpo establece (cfr. Artículos 1556 a 1559)”.¹⁷³

Sin embargo, también debe tenerse presente que la idea de “cumplimiento en naturaleza” ofrece ciertas dificultades de concreción, toda vez que ella depende de la idea que se tenga del contenido de la obligación. Si bien se ahondará sobre este tema en el próximo capítulo, las orientaciones que provee a nivel comparado el nuevo derecho de la contratación obligan a comprender la relación obligatoria bajo la óptica del interés del acreedor. Ello conlleva una necesaria flexibilización de los tipos contractuales en lo que se refiere a la determinación del contenido de la obligación. En general, la pretensión de cumplimiento es la que se encamina a obtener del deudor la ejecución de las obligaciones que asume en virtud del contrato. Sin perjuicio de aquello, si se comprende que la obligación plasma en el contrato el interés que el acreedor busca satisfacer por medio de la relación, la prestación no se caracterizará – las más de las veces – por un objeto individualizado y único, sino que el interés puede

existe un derecho al equivalente pecuniario de la prestación, previo e independiente de la reparación de los ulteriores daños y perjuicios, o si existe sólo este último remedio. Entonces, objetivados los presupuestos de ésta última, no habría necesidad de hacer la distinción. (DIEZ – PICAZO, Luis. *Ob. cit.* Páginas 681.)

¹⁷² PANTALEON P., Fernando. El sistema de responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*. N° 44: páginas 1020 y 1021, 1991.

¹⁷³ BARAONA GONZALEZ, Jorge. Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 24 (N° 1): página 156, 1997.

resultar satisfecho de diversas maneras, ya sea por la conducta del deudor o las posibilidades que ofrece un procedimiento judicial. En contratos clásicos como la compraventa, donde se entiende el contenido de la obligación del vendedor únicamente como la de hacer entrega de la cosa específica o genérica pactada, una operación de reparación o sustitución no podría comprenderse como una medida de cumplimiento, pues se aleja del contenido rígido de la obligación. Por el contrario, bajo el paradigma informador del interés del acreedor en la construcción de la regla contractual, estas medidas pueden propiamente ser entendidas como medidas de cumplimiento, al surgir de obligaciones propias que asume el deudor en pos de la satisfacción del interés del acreedor.¹⁷⁴ De todos modos, lo esencial es que, fijado el contenido de la obligación, queda igualmente determinado el ámbito o contenido de la pretensión de cumplimiento. Las medidas que se encaminen a lograr dicho contenido, son medidas de cumplimiento. En cambio, verificado un incumplimiento que produce daños distinguibles de la pérdida misma del objeto de la obligación (insatisfacción del interés contractual), surge la pretensión indemnizatoria.

Por supuesto, cualquiera sea la postura que se adopte en relación al contenido de la pretensión de cumplimiento, la imposibilidad no imputable elimina la posibilidad de accionar de cumplimiento, tanto específico como por equivalente. De acuerdo a la primera de las tesis expuestas, ello se deberá a la extinción de la obligación, mientras que en virtud de la segunda, el remedio no opera precisamente porque el cumplimiento ya no es posible.¹⁷⁵

¹⁷⁴ MORALES MORENO, Antonio Manuel. Pretensión de Cumplimiento y Pretensión Indemnizatoria. *Ob. cit.* Páginas 81 y 82.

¹⁷⁵ Morales Moreno, con respecto a las obligaciones específicas sostiene que la pérdida sobrevenida de la cosa, sea o no imputable al deudor, libera a éste de su deber de prestación, precisamente en razón de la imposibilidad (*species perit creditori*). De este modo, la presencia de negligencia o dolo en el incumplimiento resulta relevante a la hora de atribuir al deudor la obligación de reparar los daños y perjuicios. En cambio, en la obligación genérica, la pérdida de la cosa no libera al deudor, porque el cumplimiento es aún posible. En este caso, si la imposibilidad es culpable, el acreedor tiene disponible tanto la pretensión de cumplimiento específico como la indemnizatoria por daños y perjuicios. Agrega el autor que las diferencias entre ambas obligaciones se acentúan en la compraventa si se acepta la regla de atribución del riesgo de la cosa al comprador. En una venta de cosa específica, el vendedor se libera de su obligación de entregar y además está facultado para cobrar el precio, mientras que si la obligación versa sobre cosa genérica, no se favorece de dicha liberación ni puede cobrar el precio si él por su parte no cumple. Por el contrario, si la atribución del riesgo recae sobre el

SECCIÓN SEGUNDA: IMPOSIBILIDAD Y PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO. LA CULPA COMO INTEGRANTE DEL SUPUESTO.

Las distinciones expuestas son importantes toda vez que permiten aclarar los supuestos de la pretensión de cumplimiento. La mora, de acuerdo a su definición tradicional, conduce a consideraciones de orden subjetivo. Por lo mismo, exigir la constitución en mora para hacer operativo el remedio de cumplimiento implica que el incumplimiento que la origina ha de ser culpable. Sin embargo, se ha aceptado – si bien no de manera definitiva – que la pretensión de cumplimiento supone únicamente la verificación de un incumplimiento material, por lo que la incorporación de elementos asociados a la culpa o dolo provendría de confundir los supuestos del remedio de cumplimiento con el de resarcimiento de los daños y perjuicios. Por lo mismo, es menester dedicar algunas líneas a la imputabilidad subjetiva del incumplimiento en relación a la pretensión de cumplimiento. Lo que se diga al respecto será decisivo para ponderar el rol de la mora y, así, de los incumplimientos recíprocos como óbice a su ejercicio.

Parte de la doctrina en Chile hace de la culpa un elemento integrante del supuesto de hecho de todos los remedios, incluyendo la pretensión de cumplimiento específico.¹⁷⁶ Sin embargo, hacer extensivos a la pretensión de cumplimiento los

vendedor, la diferencia no es tan acentuada. Si la obligación es de objeto específico, el vendedor se libera de la obligación de cumplir, pero no recibe la contraprestación, sufriendo él los costos de la pérdida. Lo mismo sucede si la obligación es genérica, toda vez que el debe procurarse de otra cosa del mismo género para cumplir, y mientras no lo haga, no tiene derecho a la contraprestación. (MORALES MORENO, Antonio Manuel. Pretensión de Cumplimiento y Pretensión Indemnizatoria. *Ob. cit.* Páginas 73 y 74).

Me parece que una forma de morigerar estas diferencias sería la de unificar ambos regímenes bajo un concepto de “imposibilidad” normativizado por consideraciones de orden económico. En otras palabras, al abandonar progresivamente un supuesto meramente fáctico o natural de imposibilidad de cumplimiento en favor de uno que atienda la proporción entre los costos del cumplimiento para el deudor y el beneficio que obtiene el acreedor por la obtención del cumplimiento específico, se preserva la eficiencia en la transacción y se evita la diferencia que existe entre ambos regímenes de obligaciones. En estas consideraciones incide, por cierto, la intención que hayan tenido las partes con respecto al objeto de la prestación en lo que se refiere a su fungibilidad.

¹⁷⁶ Ver, por todos, ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo II. 3ª edición. Santiago. Editorial Jurídica. 1993. Páginas 654 a 656; CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 497.

fundamentos propios de la indemnización de perjuicios explicaría, a mi juicio, porqué se agrega al incumplimiento material el requisito de culpa o dolo en el incumplimiento para hacer procedente el primero de los remedios. En esta línea se encuentra, en España, Badosa Coll, para quien ambos remedios persiguen el mismo fin de eliminar las consecuencias del incumplimiento – impidiendo que se produzca el hecho dañoso por una parte; eliminando los daños por la otra – por lo que el fundamento o elemento subjetivo de la conducta ha de estar presente en ambos.¹⁷⁷

Sin embargo, la comunidad de funciones no es tal, toda vez que el objeto de la pretensión de cumplimiento es lograr la satisfacción del interés del acreedor plasmado en el derecho de crédito, mientras que la indemnización es una obligación nueva que surge del hecho del incumplimiento cuando este ha generado daños en el patrimonio del deudor. El deber de ejecutar la obligación es previo al incumplimiento y efecto esencial de la obligación, el que únicamente se actualiza a través de la pretensión de cumplimiento, mientras que el deber de indemnizar no es previo al incumplimiento, sino consecuencia de este. Por medio de este último se conserva la indemnidad patrimonial del acreedor, pero no tiene el sentido de obtener la prestación adeudada por equivalente.¹⁷⁸

Con respecto a lo expresado por Badosa, Baraona González confirma que el momento desde el cual se puede ejercer la pretensión de cumplimiento es el de la exigibilidad, momento en el cual se actualiza el deber de prestación. A la acción ejecutiva, sostiene, hay derecho tan pronto se retarda la obligación, sin necesidad de que exista previa constitución en mora o de la concurrencia de requisitos propios de la indemnización de perjuicios. No se requiere incurrir en un supuesto de responsabilidad por daños para que sea exigible el deber de prestar. Por otra parte, la *perpetuatio obligationis* que sí presupone mora, hace necesario que la obligación haya resultado exigible previamente a dicho efecto, lo que confirmaría la exclusión de la mora para

¹⁷⁷ BADOSA COLL, Ferrán. La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. Bolonia: Real Colegio de España. 1987. Página 263.

¹⁷⁸ En este sentido: BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 260 y 261.

efectos de reclamar el cumplimiento de una obligación.¹⁷⁹ De la misma idea es Pantaleón, para quien la pretensión de cumplimiento,

"...ha de continuar siendo un remedio independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor y la causación o no de daño al acreedor".¹⁸⁰

Mientras que Verdera Server enseña que,

"Es cuando menos sorprendente que la actuación del derecho del crédito del acreedor exija la culpa del deudor: la (in)imputabilidad se requiere a otros efectos (resarcimiento y/o exoneración) pero en ningún lugar se prevé su concurso en el cumplimiento de la prestación".¹⁸¹

Lo cierto es que la pretensión de cumplimiento presupone únicamente el mero hecho del incumplimiento, mientras que la imputación subjetiva se corresponde con el remedio indemnizatorio únicamente, tal como tuvimos oportunidad de ver el capítulo anterior y se profundizará con respecto a la resolución. Del cumplimiento será responsable siempre, salvo que este haya devenido en imposible, mientras que la concurrencia de la culpa únicamente determinará su responsabilidad por los daños y perjuicios que se sigan del incumplimiento. Por ello precisamente es que resulta relevante diferenciar ambas acciones.

La Convención de Viena (CISG) es bastante ilustrativa a este respecto. En su artículo 79 regula las causas de exoneración de responsabilidad del deudor por el hecho del incumplimiento. En virtud de esta norma,

¹⁷⁹ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 124.

¹⁸⁰ PANTALEON P., Fernando. Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*. N° 46: página 1729, 1993.

¹⁸¹ VERDERA SERVER, Rafael. El cumplimiento forzoso de las obligaciones. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia. 1995. Páginas 138 y 139. En el mismo sentido, BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 260: *"En cuanto al derecho al cumplimiento in natura de la obligación, creo que para poder intentar este remedio jurisdiccional basta acreditar sustantivamente el hecho del incumplimiento, sin necesidad de probar, ni efectiva ni presuntivamente, que al deudor le deba ser imputable subjetivamente tal retraso por haber incurrido en dolo o culpa, o no existir en su favor una causa que lo exonere del caso fortuito"*. Por su parte, Von Tuhr expresa: *"De la ilicitud objetiva nace siempre una pretensión por el restablecimiento de la situación jurídica conforme a derecho. El acreedor puede exigir que el deudor efectúe la prestación, sin que importe que el incumplimiento se produjo con o sin culpa de su parte"* (VON TUHR, Andreas. Teoría general del derecho civil alemán. Buenos Aires, Argentina. Editorial DePalma. 1946. Página 154.

“Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”.

Ello se correspondería en la terminología de nuestro Código Civil (si bien más que corresponder, lo propuesto por la CISG sirve de criterio iluminador para interpretar de mejor manera nuestro conceptos dogmáticos) a la exención por caso fortuito o fuerza mayor que dispone el artículo 1558. No obstante la amplitud de los términos de la norma de la CISG, su párrafo 5^o¹⁸² restringe la causal de exención sólo al deber de indemnizar, pues señala que:

“Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes a ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

En otras palabras, esta causa de exoneración no libera al deudor del deber de cumplir, lo que no implica necesariamente que la pretensión de cumplimiento sea ilimitada. En este sentido, son más claros los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que en su artículo 9:102, además de la evidente imposibilidad o el carácter personalísimo de la prestación, el ejercicio de la pretensión de cumplimiento no procede cuando causa al deudor un esfuerzo o gasto no razonable o cuando la parte insatisfecha pueda razonablemente obtener el cumplimiento por otro medio.¹⁸³

¹⁸² El artículo 44 de la Convención también diferencia los supuestos entre la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria.

¹⁸³ En este precepto se manifiesta la predilección del *Common Law* por la pretensión indemnizatoria sobre la de cumplimiento, lo que tiene sentido en tanto el mercado provea al acreedor alternativas para satisfacer su interés por vía distinta al cumplimiento. La norma en cuestión amplía los casos (además de la mera imposibilidad material o ilicitud) en que la pretensión de cumplimiento se sustituye por la indemnizatoria (MORALES MORENO, Antonio Manuel. Pretensión de Cumplimiento y Pretensión Indemnizatoria. *Ob. cit.* Páginas 68 y 72). Las cortes del *common law* en general no concedían la satisfacción en naturaleza de la pretensión, aun cuando esta fuese posible y adecuada para el interés del acreedor. En lugar de ello, la condena usual consistía en la obligación del deudor de pagar una suma de dinero en sustitución de la prestación incumplida. En el régimen de *equity*, en cambio, el *chancellor* era más proclive a la concesión de cumplimiento específico. Sin embargo, su rol se comprendía como uno encargado de suplir las deficiencias del *common law* y, por tanto, de carácter extraordinario. Era de todas formas necesario un mecanismo para acomodar la posición de

La distinción de los supuestos de cumplimiento e indemnización de perjuicios en relación a la imputabilidad en el incumplimiento puede apreciarse también con una revisión a las disposiciones relevantes que regulan en nuestro Código Civil el contrato de arrendamiento. En virtud del artículo 1924 numerales 2º y 3º, el arrendador tiene la obligación de proveer el goce útil y pacífico de la cosa arrendada, lo que se traduce en el deber de mantener la cosa en estado de servir para el fin que ha sido arrendada, como también en el de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo que pudiere experimentar en el goce. Tanto en lo que se refiere a la obligación de reparar y de asegurar el goce útil de la cosa, como en lo relativo a la evicción, los derechos del arrendatario a la disminución de la renta o cese del arriendo no se encuentran sujetos

ambos sistemas jurisdiccionales a fin que el *chancellor* no usurpara los poderes de los jueces del *common law*. Por ello se asentó la fórmula en virtud de la cual la *equity* no podría aplicar el remedio de cumplimiento específico si la indemnización de perjuicios era adecuada, a lo que se agregaba que dicho remedio era, en efecto, ordinariamente adecuado. Esta última cláusula se inspiraba, como se señaló más arriba, en la confianza que la filosofía de la libertad de empresa profesaba del libre mercado para que la parte agraviada por el incumplimiento celebrara una transacción en sustitución del contrato incumplido y así satisficiera su interés. Esto se explica en que el derecho se concentró cada vez más en el comercio de mercancías con un valor de intercambio perfectamente definido y calculable. Se podría decir que el paradigma de prestación, a diferencia del derecho continental, eran precisamente los bienes fungibles. Por lo mismo, si bien a veces era el único remedio posible, la indemnización de perjuicios resultaba siempre adecuado en el entendido que el dinero constituía un perfecto sustituto de la prestación incumplida. En este marco, sólo la tierra era la excepción a un régimen en el cual la reparación dineraria era la norma y el cumplimiento específico una desviación. Se consideraba entonces que cada parcela de tierra era *única*, por lo que el remedio indemnizatorio era inadecuado en estos casos.

Estas limitaciones a la pretensión de cumplimiento que surgió de los sistemas jurídicos del *common law* y *equity* el en derecho anglosajón es, como se ha señalado, ajena a los otros sistemas jurídicos y al derecho uniforme de los contratos. No obstante, cabe señalar que el artículo 7.2.2 (c) de los principios UNIDROIT establece que el remedio de cumplimiento específico no se encuentra disponible para aquel contratante que pueda razonablemente obtener la prestación por otra vía.

En todo caso, en el presente existe una clara tendencia a ampliar la procedencia del cumplimiento específico a expensas de la primacía tradicional de los perjuicios, lo que de todos modos – tal como se aprecia en los instrumentos internacionales – se encuentra limitado si nos encontramos frente a una prestación excesivamente gravosa u onerosa, imposible física o legalmente o que pueda, como se dijo, satisfacerse razonablemente por otra vía. Por otra parte, en los casos en que se acoja la pretensión de cumplimiento específico, el tribunal podrá conceder la reparación de los daños que se produzcan por la ejecución tardía o deficiente, en aquella medida en que difiera la prestación pactada de la efectivamente ejecutada. En otro sentido, la incertidumbre acerca de los daños será usualmente una razón para preferir el remedio del cumplimiento específico, como lo es también la posibilidad real de encontrar un sustituto adecuado en el mercado (FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª edición. Nueva York, Estados Unidos. Aspen Publishers. 2004. Páginas 739 a 757).

al conocimiento que haya tenido el arrendador de la causa de la turbación (vicios de la cosa o derechos que reclame un tercero). Su obligación es, por tanto, de resultado, el que se encuentra obligado a garantizar con independencia de factores de orden subjetivo. El conocimiento del arrendador del mal estado de la cosa o de los derechos que invocan terceros sobre ella incide únicamente para estimar la procedencia de la reparación de los perjuicios, pero las consecuencias de no haber satisfecho el interés del arrendatario en el uso y goce de la cosa las sufre en uno u otro caso (ex. artículos 1927 a 1933).¹⁸⁴

Como se señaló al principio, la culpa actúa, sin embargo, de manera indirecta. Si la obligación se hace imposible sin culpa del deudor, el acreedor no dispone del remedio, pero ello se debe a la extinción de la obligación. Lo mismo puede acontecer con la suspensión del ejercicio de la pretensión, cuando la imposibilidad – también no originada en la negligencia del deudor – es meramente temporal. Lo importante es en este sentido que la actuación de la culpa no se verifica integrando el supuesto de incumplimiento. La mora en su comprensión subjetiva tradicional no podría ser, por tanto, requisito de la acción de cumplimiento forzado. Sin embargo, lo que se analizará a continuación, no parece ser, en general, la opinión de la doctrina en Chile.

¹⁸⁴ Lo mismo en el Código Civil español: MORALES MORENO, Antonio Manuel. Pretensión de Cumplimiento y Pretensión Indemnizatoria. *Ob. cit.* Páginas 75 y 76.

SECCIÓN TERCERA: MORA Y CUMPLIMIENTO FORZADO.

Un número importante de autores afirma que la mora actúa como presupuesto de la acción de cumplimiento.¹⁸⁵ Por lo tanto, el previo cumplimiento del actor sería necesario a la hora de accionar de cumplimiento en virtud del artículo 1552. Sin embargo, dicho juicio es incorrecto, toda vez que nuestro Código Civil no hace de la mora un supuesto de exigibilidad de la obligación.

Tratando de justificar la aplicación del efecto impeditivo que consagra el artículo 1552, Rodríguez Grez – para quien es desde la constitución en mora del deudor que es posible exigir los derechos que confiere el artículo 1489 del Código Civil – sostiene que del artículo 1552 se desprende que las obligaciones que nacen de los contratos bilaterales son condicionales. Dicha condición es simplemente potestativa y consiste en el previo cumplimiento de la obligación correlativa¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Por todos: ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Páginas 301 y 302; RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. *Ob. cit.* Página 230; o con referencia a la compraventa: ALESSANDRI RODRIGUEZ., Arturo. *Ob. cit.* Tomo I, Volumen II. Páginas 782 y ss. Sin embargo, tienen a la misma demanda como suficiente para constituir al deudor en mora, por lo que rechazándose la acción por parte del tribunal, el deudor no estará en mora (*vid. infra* páginas 216 y ss.). A nivel jurisprudencial, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha declarado que: “Cuarto: Que, si bien es cierto, el artículo 1.489 del Código Civil, dispone que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, lo que da derecho al otro contratante a pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios, se debe considerar que el artículo 1.552 del mismo código, por su lado, dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Quinto: Que lo establecido en las normas legales, significan que ni el vendedor ni el comprador se encontraban a la data en que dedujeron sus respectivas demandas de resolución y cumplimiento de contrato, en situación de solicitar con éxito estas declaraciones del tribunal, como tampoco podía pretenderse el pago de cantidad alguna como indemnización de perjuicios sufridos, atendido a que ninguno de los dos contratantes probó haber cumplido o estar llano a cumplir con sus obligaciones, en los términos que exige el artículo 1.552 del Código Civil...” (Saavedra de la Paz con Ramírez Pijoan. C.A. Valparaíso. 04.07.2005. Rol 3615 – 2003, N° Legal Publishing 32772).

¹⁸⁶ RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. *Ob. cit.* Página 124. Si bien se asocia a Capitant a la versión dinámica de la teoría de la causa como fundamento de la condición resolutoria tácita y la *exceptio non adimpleti contractus*, el autor francés señala que un deudor demandado de cumplimiento en una obligación bilateral podría responder: “Demandándome para que ejecute mi prestación, sin haber vosotros ejecutado la que prometisteis, violáis los términos de nuestro acuerdo, porque si yo me obligué a una

Sin embargo, las objeciones ante esta formulación son evidentes y probablemente por todos conocidas, por lo que no vale la pena más que mencionarlas. En primer lugar, una condición – como se señaló – es (al menos por regla general) un elemento accidental de un contrato, por lo que requiere estipulación expresa de las partes. Una idea de incuestionable trascendencia histórica y dogmática en el derecho, como lo es el concepto canónico de la “condición resolutoria tácita” ha sido progresivamente abandonada por la doctrina y jurisprudencia en general. Por otro lado, de encontrarse las obligaciones nacidas de un contrato bilateral sujetas a condición suspensiva consistente en el cumplimiento de la contra-obligación, esta sería meramente potestativa de la voluntad del deudor, viciando consecuentemente la obligación. Además, el tratamiento sistemático de la condición incorpora reglas relativas a su estado de pendencia (*v.gr.* medidas conservativas) o sobre la retroactividad de la condición cumplida que no se aplican en el caso de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral mientras no se incorpore expresamente una condición para alterar sus efectos.¹⁸⁷ Sin embargo, la debilidad principal que aqueja a esta teoría es que su corolario necesario es que no se podría saber si las obligaciones que emanan de un contrato bilateral nacen o no a la vida del derecho sino hasta la ejecución de su obligación correlativa. Si la condición consiste en el pago, y el pago antes de verificarse la condición completamente da derecho a repetir, se da la situación irregular de no poder discernir el momento de verificación de la condición que hace que no se tenga derecho a repetir el pago.¹⁸⁸

El mismo autor señala que “*la mora es condición de exigibilidad de una obligación para todos los efectos relacionados con la interposición de acciones, así sea de cumplimiento, resolución o indemnización*”. Rodríguez toma un confuso camino argumental, donde combina la regulación que hace el artículo 1552 sobre la mora en

prestación, fue a condición de que cumplierais la vuestra: CAPITANT, Henri. De la causa de las obligaciones. Madrid, España. Editorial Góngora. Traducción por Eugenio Tarragato y Contreras. 1927.

¹⁸⁷ PERSICO, Giovanni. *Ob. cit.* Página 11.

¹⁸⁸ La Corte Suprema ha señalado que la condición resolutoria tácita no imprime el carácter de condicional a las obligaciones de un contrato bilateral: C.S. 03.06.1910, RDJ tomo IX, sección 1ª, página 325 y siguientes.

los contratos bilaterales, la *exceptio* y las obligaciones condicionales, para arribar a la conclusión que el propio cumplimiento es presupuesto de la mora del deudor, la que a su vez es requisito de las acciones consagradas en el artículo 1489, con la consecuencia que las obligaciones en un contrato bilateral están ambas sujetas a la condición simplemente potestativa consistente en el cumplimiento de la obligación correlativa. Esto sería “*justamente lo que dice el artículo 1552 al consagrar la excepción de contrato no cumplido*”.¹⁸⁹

En lo que nos ocupa, el autor señala que:

“...suspendida la mora por efecto de lo previsto en el artículo 1552 del Código Civil, no cabe ninguna de las opciones que ofrece al acreedor el artículo 1489, que consagra la “condición resolutoria tácita”, porque ninguna de las obligaciones es exigible estando su ejecución suspendida. Nadie puede ser forzado a ejecutar aquello que aun no es posible reclamar, ni menos resolverse un vínculo contractual por un hecho que jurídicamente no implica faltar a la palabra empeñada”.¹⁹⁰

Sin embargo, lo cierto es que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento específico depende únicamente de la objetiva posibilidad de la prestación y de la exigibilidad de la obligación.¹⁹¹ Basta con observar lo dispuesto en el artículo 1537 del Código Civil para percibir el error: antes de la constitución en mora el acreedor puede demandar la obligación principal. El elemento de la mora sólo es relevante para legitimar al acreedor en la exigencia de la pena (los perjuicios). Es suficiente, por tanto, que la obligación se haya vuelto exigible, lo que acontece – no mediando plazo o condición – en el momento mismo de la perfección del acto o contrato (o bien, cuando haya transcurrido el plazo o se cumpla la condición). En este sentido, la purga de la mora no juega ningún rol en relación a la pretensión de cumplimiento¹⁹² y ninguna

¹⁸⁹ RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. *Ob. cit.* Página 125.

¹⁹⁰ RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. *Ob. cit.* Página 127.

¹⁹¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (IV, 2006, Olmué). Estudios de Derecho Civil II. Santiago. Universidad de los Andes. CORRAL T., Hernán y RODRIGUEZ P., María Sara (coord.). Lexis Nexis. 2006. Página 536.

¹⁹² En una confusión similar cae Aguad, quien señala: “Para el ejercicio de la acción de cumplimiento y de indemnización de perjuicios, en cambio, es necesario que el acreedor que lo

manifestación de voluntad es necesaria para la exigibilidad de la obligación. La interpelación que, por regla general es necesaria para constituir en mora al deudor, tiene por objeto comunicar el perjuicio que el acreedor sufre por la inexecución.

No obstante, lo preceptuado por el artículo 1553 del Código Civil ofrece algunas dificultades para lo señalado recién, toda vez que señala que “*Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya*”, enumerando luego tres medidas de cumplimiento, tanto por naturaleza como por el equivalente pecuniario. De esta forma, la norma pareciera hacer de la mora presupuesto del ejercicio de la pretensión de cumplimiento.¹⁹³

Para salvar esta dificultad y hacerla coherente con lo ya expuesto, existen diversas vías. La primera es adoptar un concepto puramente objetivo de mora, lo que se compadecería con la naturaleza también objetiva que tiene – para la doctrina

pide haya cumplido por su parte la suya o esté llano a cumplirla. Esta exigencia no se impone por aplicación del artículo 1489, sino por el efecto purgatorio del artículo 1552, conforme al cual el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la prestación debida si no ha cumplido, a su turno, con la propia obligación” (AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.* Página 26). Sin embargo, ello no parece ser realmente la tesis de la autora, pues en este punto cae en una contradicción con lo afirmado por ella misma en el mismo texto. En este ha sostenido que la mora no es requisito de la acción de cumplimiento, cuestión distinta a lo que parece afirmar en estas líneas, máxime si se entiende que precisamente el objeto del artículo 1552 es regular la mora en los contratos bilaterales. Para ser coherente en su planteamiento, debe afirmar que la *exceptio* se encuentra contenida en nuestra legislación a nivel de principios y no recurrir a la purga de la mora para fundamentar la facultad de abstención del deudor demandado.

¹⁹³ La Corte Suprema ha establecido el requisito de la previa constitución en mora para ejercer las medidas consagradas en el artículo 1553 del Código Civil: C.S. 10.05.1919, Gaceta de los Tribunales 1919, 1º semestre, N° 3406, página 212; En época más reciente: “*Del tenor literal de la norma se desprende que el acreedor de la obligación de hacer incumplida tiene un doble derecho: tiene siempre derecho a la indemnización de los perjuicios moratorios, esto es, a la que le corresponde por la no ejecución oportuna del hecho y, en cuanto a la obligación misma no cumplida, tiene optativamente un triple derecho: que se apremie al deudor para que cumpla, que se le autorice para hacer ejecutar la obra por un tercero a costa del deudor o que se le indemnicen los perjuicios compensatorios. Ahora bien, para ejercer cualquiera de estos derechos es previo que el deudor de la obligación de hacer haya sido constituido en mora*” (C.S. 16.08.2007, rol 6042 – 2005, *Transportes Aeropuerto Express Limitada con LADECO S.A.*, Legal Publishing 36928). Sin embargo, tanto esta sentencia como otras (v.gr. C.S. 16.10. 1908, RDJ tomo VI, sección 1ª, página 86) reconocen que la notificación de la demanda de cumplimiento constituye en mora al deudor, por lo que resulta en definitiva inoficioso indicar que la mora actúa como requisito todas las acciones concedidas por el artículo. El asunto se aborda, a propósito de la resolución, con algo más de detención en *infra* página 216.

nacional y comparada expuesta – el presupuesto de la pretensión de cumplimiento. Otra posibilidad – que se condice con la regulación donde se encuentra inserta la norma – es restringir el requisito de la mora únicamente a la indemnización de los perjuicios moratorios, tal como lo establece la primera parte del artículo. En otras palabras, verificada la mora el acreedor puede acumular la indemnización de perjuicios con las medidas de cumplimiento que enumera el artículo – tal como lo permite el artículo al comienzo – de modo que en caso contrario, sólo tendrá disponible la vía del cumplimiento específico o por equivalente. Por otra parte, aceptar a la mora como presupuesto en su concepto tradicional implicaría exonerar al demandado de satisfacer la obligación aun cuando la prestación no ha devenido en imposible, sólo por haber actuado con la diligencia debida. El deudor debiese permanecer obligado al cumplimiento mientras éste sea posible, salvo que su exigencia constituyera – por su excesiva onerosidad y desproporción con los eventuales beneficios – un ejercicio abusivo del derecho de crédito. En definitiva, esto parece ser otro indicio para acercarse a un concepto objetivo de mora, donde el criterio de imputación de fondo para la responsabilidad por perjuicios es la culpa, lo que – nuevamente – contribuye a explicar lo establecido por el artículo 1558 y permite además interpretarlo de manera conjunta con el artículo 1553.

Por otra parte, si se observa cuidadosamente el artículo 1551 del Código Civil, se puede llegar a la misma conclusión. Esta norma establece claramente que *exigibilidad* y *mora* no son términos idénticos y que no es el segundo presupuesto del primero, sino que es en sentido contrario. El numeral 1º señala que *el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado*, agregando que ello sucede *salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora*. Esta norma muestra como la exigibilidad de la obligación actúa como presupuesto de la mora, siendo previa a ésta. La obligación es exigible desde el vencimiento del plazo y se requiere un acto posterior para la constitución en mora.¹⁹⁴

¹⁹⁴ En este sentido: ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Página 289. Abeliuk enseña que “*Para la exigibilidad de la obligación no se requiere, a la inversa, constitución en mora del deudor: ella es necesaria para la indemnización,*

En abono de lo anterior, Abeliuk sostiene que,

“...en el mejor de los casos podría considerarse que el propio cumplimiento (del actor) es un presupuesto de la indemnización de perjuicios (art. 1552), pero no de la ejecución forzada”.¹⁹⁵

A nivel jurisprudencial, en la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema en la causa *Aravena con Lizarralde*,¹⁹⁶ la Corte es enfática y clara en desestimar un argumento como el avanzado por Rodríguez. El máximo tribunal afirma que:

“Y que esa es la aplicación correcta del artículo 1552 lo demuestran los diversos preceptos de la ley que sirven para caracterizar o dar individualidad propia a la institución jurídica de la mora, y muy particularmente los formulados en los artículos 1557, 1556, 1553 y 1551 del Código Civil, preceptos todos que tienen a regular la situación que se produce cuando sobreviene retardo culpable del deudor, en el cumplimiento de sus obligaciones, con perjuicios para el acreedor, o sea, el estado de mora del deudor, y según los cuales, la mora no aparece establecida como un requisito inherente a la exigibilidad de las obligaciones, sino como un elemento que solo es fuente o sirve para fijar las responsabilidades en que cae el deudor al cual le es imputado tal retraso” (considerando 27º).

En esta misma línea de argumentación se sitúa Elgueta Anguita, quien deslinda claramente los límites entre la purga de la mora consagrada en el artículo 1552 del Código Civil, la *exceptio non adimpleti contractus* y la exigibilidad de las obligaciones, lo que es plenamente coincidente con lo que se ha afirmado hasta ahora:

“Ahora bien, el que ninguna de las partes esté en mora no obsta a que entre ellas se exijan el cumplimiento de sus obligaciones, puesto que, como ya hemos dicho, la mora no es requisito de la exigibilidad de la obligación. Para que la obligación sea exigible se requiere tan sólo que el incumplimiento sea injusto, esto es, que no haya plazo o condición suspensiva que la difieran. Nosotros entendemos, con Giorgi, que la excepción de contrato no cumplido se extrae del propio artículo 1489 del Código Civil

y presupone que la obligación sea exigible” (ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 770). Lo mismo en el derecho romano: DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Página 79.

¹⁹⁵ ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 845. Sin embargo, previamente (página 841) sostiene que *“Judicialmente, el deudor podrá oponerla (la excepción de incumplimiento) a una demanda de cumplimiento forzado, de indemnización de perjuicios, o de resolución. El Código lo dijo únicamente a propósito de la segunda, en el artículo 1552, pero evidentemente procede en los demás casos...”*.

¹⁹⁶ Casación en el fondo, 29 de Julio de 1931, RDJ T. XXVIII, 2ª Parte, Sección 1ª, página 702. Lo mismo en C.S. 06.11.1931, RDJ T. XXIX, página 119.

(...) Sería verdaderamente un contrasentido del legislador el haber concebido el derecho de resolución y no el más sencillo de negarse a la ejecución, por lo menos hasta que el contrato sea cumplido. Es, en efecto, la idea de “quien puede lo más puede lo menos” y el mismo artículo 1489 el que establece en nuestra legislación la excepción *non adimpleti contractus*, o excepción de contrato no cumplido.

Pero, si bien el artículo 1552 no consagra, como se sostiene generalmente, y con error, la excepción de contrato no cumplido, ésta viene a aparecer del propio artículo 1489, según las razones que hemos dado”.¹⁹⁷

Lo importante del razonamiento de Elgueta Anguita es precisamente la exclusión de la mora como presupuesto de la exigibilidad de la obligación y, por tanto, de la facultad de las partes de exigir el cumplimiento. En este sentido, la valla para demandarse la satisfacción del derecho de crédito no se encontraría en la institución de la purga de la mora, sino que propiamente en la *exceptio non adimpleti contractus*. Según el autor, ésta última, tal como se ha argumentado, no se encuentra consagrada por el artículo 1552 del Código Civil. Si bien su derivación desde la facultad de resolver el contrato por medio del aforismo *ad maiore, ad minus* ha sido controvertida a nivel de doctrina comparada,¹⁹⁸ lo importante es la distinción de fondo que hace y la situación de la pretensión de cumplimiento frente a los incumplimientos recíprocos (y, por consiguiente, la mora).

En suma, la imposibilidad de accionar en una hipótesis de incumplimiento recíproco proviene de la intervención de la *exceptio* y no de la *purga de la mora* contemplada en el artículo 1552 del Código Civil. No obstante, antes de concluir, conviene volver sobre lo que se ha anticipado que constituye una tesis radical en este contexto, en virtud de la cual en nuestro ordenamiento civil no se reconoce con carácter general la facultad de abstención al deudor demandado que importa la excepción de contrato no cumplido. En este sentido, los incumplimientos recíprocos

¹⁹⁷ ELGUETA ANGUIA, Augusto. *Ob. cit.* Página 53 y 54. Sin embargo, en la página 58 (resumiendo el pensamiento de Elgueta Ortiz) señala que el artículo 1552 faculta, en caso que ninguna de ambas partes cumpla su compromiso, a aquella que es demandada de cumplimiento, para negarse a cumplir, en razón de que la parte demandante tampoco ha cumplido. Esta afirmación se encuentra en abierta contradicción con la citada en el cuerpo, pero por coherencia con el resto del planteamiento del autor, ha de tenerse por más fiel a su tesis ésta última (la citada en el cuerpo).

¹⁹⁸ CRUZ MORENO, María. *Ob. cit.* Página 112 y ss.

sólo podrían enervar la pretensión de reparación de daños y perjuicios, siendo indiferente su verificación para la pretensión de cumplimiento forzado.

SECCIÓN CUARTA: TESIS RESTRINGIDA DE LA VINCULACIÓN ENTRE INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO Y REMEDIOS CONTRACTUALES.

Aún cuando se descarte el rol que jugaría la mora como presupuesto del remedio de cumplimiento, toda vez que no resulta plausible afirmar que ésta sea requisito de la acción de cumplimiento forzado ni menos de la propia exigibilidad de la obligación, hemos visto como en otros ordenamientos que no se consagra la excepción de contrato no cumplido de manera general, se ha aceptado su aplicación en base a principios de equidad y buena fe contractual, junto con la aplicación analógica de disposiciones particulares. Además, la idea de sinalagma funcional que pretende explicar la naturaleza correlativa de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, justificaría – aun en sistemas como el nuestro – la atribución de esta defensa al deudor frente a una demanda de cumplimiento. Esta es precisamente la función de la *exceptio non adimpleti contractus*. Si bien es difícil afirmar que el Código Civil consagra dicha institución en su artículo 1552, el principio que a éste subyace constituye un buen soporte para admitir la aplicación de la *exceptio* en nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, Alcalde Rodríguez ha señalado que en nuestro país no existe sustento legal para afirmar lo anterior, debiendo la excepción de contrato no cumplido restringirse en su aplicación sólo a aquellos supuestos especialmente establecidos, siendo el incumplimiento recíproco de los contratos óbice únicamente para el éxito de una demanda de indemnización de perjuicios, en atención a una interpretación rigurosa del artículo 1552 en relación con el 1557 del Código Civil. Parte de su postura puede explicarse en base a los argumentos ofrecidos en el capítulo anterior relativos a la excepción y su consagración por nuestro ordenamiento. Sin embargo, el mismo autor avanza otros argumentos que vale la pena considerar.

1. La excepción como modo de extinguir las obligaciones.

En primer lugar, Alcalde señala que aceptar la excepción con los efectos que usualmente se le atribuyen, implicaría reconocerle una naturaleza de modo de extinguir obligaciones. Señala el autor que:

*“Si se recuerda que lo esencial de este medio de defensa viene dado por la imposibilidad de exigir de la contraparte la ejecución forzada de su obligación en ausencia de un cumplimiento de la propia obligación, fácil será deducir que ello equivale a consagrar una nueva forma de extinguir obligaciones. Dicho en otros términos, si ambos contratantes han sido negligentes, dado que ninguno de ellos puede exigir del otro el cumplimiento de la obligación, no queda más que entender que sus obligaciones recíprocas se han extinguido. Incluso más. Atendido que tampoco se podría reclamar de la otra parte la pertinente indemnización de perjuicios, la infracción de las obligaciones por este “modo” extinguidas, ni siquiera sería susceptible de sustitución a través de la reparación pecuniaria del daño”.*¹⁹⁹

No parece claro el porqué de esta afirmación. Se recordará que la *exceptio* desde antiguo se ha entendido precisamente como una excepción de carácter procesal (si bien de orden sustantivo), que como tal es de ejercicio facultativo por el deudor. Por lo tanto, no existe tal imposibilidad de accionar por parte del acreedor, toda vez que el propio cumplimiento no es presupuesto de la acción y no debe acreditarlo a la hora de entrar en juicio. Del demandado dependerá si ejerce o no este modo de defensa. De lo contrario, debiese analizarse como requisito de admisibilidad de la demanda, incluso de oficio por parte del juez.²⁰⁰ No debe olvidarse que los efectos de la excepción de contrato no cumplido son meramente paralizantes y temporales, pudiendo cualquiera de las partes allanarse a cumplir con su obligación, habilitándola así para exigir la satisfacción de su crédito. De ser la excepción de incumplimiento un modo de extinguir, no cabría tal posibilidad.

¹⁹⁹ ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Acción Resolutoria y Excepción de Contrato No cumplido. Algunas Precisiones Fundamentales Respecto de su Ámbito de Aplicación. *Ob. cit.* Página 87.

²⁰⁰ Por todos, CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Páginas 771 y ss.; TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Páginas 266 y 267.

2. La fuerza obligatoria del contrato y la autotutela.

Por otra parte, Alcalde argumenta en base a la fuerza obligatoria del contrato y la proscripción de la autotutela, para sostener que sería inicuo que el ordenamiento permitiera que los particulares incumplan con sus obligaciones sin consecuencia ulterior por el mero hecho del mutuo incumplimiento. Para el autor, los contratos se celebran para ser cumplidos. Con todo, los medios de justicia por mano propia no son extraños a la regulación civil,²⁰¹ siendo un ejemplo de ello el derecho legal de retención.²⁰² Mediante esta institución, el deudor que detenta una cosa de propiedad del acreedor y que en relación a ella se ha transformado en acreedor del dueño, puede denegar la restitución si su crédito no es previamente satisfecho. Además, no parece correcto traducir la fuerza obligatoria del contrato en la necesidad de su cumplimiento. El contrato es un instrumento mediante el cual las partes regulan sus intereses y distribuyen riesgos, buscando la satisfacción de los primeros mediante la relación jurídica obligatoria. Sin embargo, dicha relación – sobrevenidamente – puede dejar de resultar funcional a estos efectos, por lo que mantener a las partes ligadas al contrato atenta precisamente contra aquello que la forma contractual pretende preservar y fomentar. Por lo mismo, la fuerza obligatoria y la máxima de cumplimiento del contrato han de ser comprendidos desde la óptica que provee el interés del acreedor y el

²⁰¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Medios Compulsivos en Derecho Privado. *Ob. cit.* ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* Página 840; FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Páginas 238 y 239, quien señala como mejor ejemplo la resolución extrajudicial del contrato por incumplimiento. En Chile la opción se encontraría contemplada en la institución del pacto comisorio calificado (por obligaciones distintas al pago del precio en la compraventa), mientras que en otros países – y a nivel de derecho uniforme de la contratación – está sería la solución adoptada con carácter general (*vid.* SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. *Ob. cit.* Páginas 305 y ss.).

²⁰² Con respecto al derecho legal de retención, Pizarro señala que “*se trata de una garantía inmemorial, que podríamos sostener que responde a un sentimiento atávico de negarse a restituir lo que debemos a aquél que, a su turno, no nos paga. No te entrego lo que te debo, mientras no me pagues aquello que me adeudas. La retención es un mecanismo brutal, que se intuye un concepto más fáctico que jurídico*”. No obstante, el autor manifiesta su disconformidad con la doctrina y jurisprudencia actual que conciben – principalmente en base al artículo 2392 del Código Civil – una aplicación restringida de la institución sólo a aquellos casos expresamente consagrados en la legislación, proponiendo en cambio el reconocimiento general de la retención y la consagración de una acción de restitución en caso de despojo (como se ha hecho, por ejemplo, en el medio francés o colombiano) (PIZARRO WILSON, Carlos. *El derecho de retención. Una garantía bajo sospecha. Ius et Praxis. Año 15 (N° 1): páginas 339 a 352, 2009).*

sistema de remedios para el incumplimiento. Así, este principio se materializa en el conjunto de medidas que la ley o el contrato hace disponibles al acreedor para obtener la satisfacción de su interés y hacer cargar los riesgos contractuales a aquella parte que los ha asumido en virtud del contrato. La facultad del acreedor de actualizar y satisfacer su interés es aquello a lo que se refiere la fuerza obligatoria, donde el contrato se subordina a esta función.²⁰³

3. La paralización del contrato.

Luego, el autor señala que la paralización del contrato que se produce por la interposición de la *exceptio* no sería susceptible de terminar ni aún por la prescripción de las acciones, tal como lo afirma un sector de la doctrina.²⁰⁴ Para Alcalde, el cómputo del tiempo para la operación de la prescripción se encontraría detenido, toda vez que no concurriría el requisito esencial de la inacción del acreedor, precisamente porque lo que origina la interposición de esta defensa es la acción judicial del acreedor que decide instar por la resolución o el cumplimiento. No habiendo inacción, no podría haber prescripción y por tanto las obligaciones no ejecutadas sí serían susceptibles de perpetuarse en el tiempo. Alcalde afirma que en este caso el ordenamiento no puede impedir a las partes exigir el cumplimiento o desligarse del contrato, toda vez que no

²⁰³ Vid. *infra* páginas 169 y ss. Sobre esta materia, Pizarro conduce el concepto de fuerza obligatoria del contrato a la protección del interés del acreedor, afirmando que: “Este principio, el de la fuerza obligatoria, no debe entenderse como la necesidad de cumplir el contrato, sino que frente al incumplimiento, el acreedor debe escoger la sanción más adecuada para satisfacer su interés al momento de celebrar el contrato” (PIZARRO WILSON, Carlos. Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Número II (Colección de Derecho Privado): páginas 247 a 249, 2005).

²⁰⁴ PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. *Ob. cit.* Páginas 340 y 341; RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. *Ob. cit.* Página 125. Este último autor señala que el destino de las obligaciones pendientes si se consolida la actitud pasiva de las partes es “*indudablemente la prescripción, porque, en el fondo, opera una verdadera resciliación tácita...*”. La afirmación no es exacta. O las acciones se extinguen por su falta de ejercicio durante un lapso determinado o bien porque las partes acuerdan – ya sea expresa o tácitamente – extinguir las obligaciones que emanan del contrato, efecto que surge de su manifestación de voluntad (expresa o tácita). Ambos modos de extinguir son distintos y de esta forma están contenidos en el artículo 1567 del Código Civil.

sería razonable imponerles la necesidad de permanecer obligadas por un contrato que no tiene vocación de cumplimiento.²⁰⁵

Sin embargo, como se anticipó, no es efectivo que el demandante a quien se opone la excepción se encuentre impedido de ejercer su derecho. Le basta simplemente allanarse a cumplir su obligación. En este sentido, Espín Cánovas expone que,

*“Según una certera distinción, ya mantenida bajo el derecho común, las excepciones meramente dilatorias que pueden ser excluidas por el acreedor no pueden suspender la prescripción de su crédito, que únicamente puede ser suspendida por las excepciones dilatorias basadas en obstáculos independientes de su mera voluntad”.*²⁰⁶

Con todo, aún restaría resolver algunas interrogantes. En razón de lo dispuesto por el artículo 2503 del Código Civil se entiende que la interrupción de la prescripción no ha operado sólo si el demandado obtiene sentencia absolutoria, cuestión que en el caso de la *exceptio* no acontecería, toda vez que su efecto es únicamente suspensivo dentro del proceso. Por el contrario, si el efecto de la interposición válida y justificada de la *exceptio* produjera el pronunciamiento de una providencia definitiva desestimando la demanda, cabría sostener que dicha sentencia produce únicamente cosa juzgada formal,²⁰⁷ de modo que cumpliendo u ofreciendo cumplir el acreedor con su obligación (en tanto deudor), podría iniciar un nuevo proceso para obtener la satisfacción de su

²⁰⁵ Es atendible esta última idea, aunque debe señalarse que manifiesta una contradicción con la concepción que tiene Alcalde sobre la fuerza obligatoria del contrato y como ella implica que los contratos se celebran para ser cumplidos, siendo incoherente que el ordenamiento autorizara el incumplimiento sin consecuencias, únicamente en razón del incumplimiento de la otra parte.

²⁰⁶ ESPIN CANOVAS, Diego. *Ob. cit.* Página 576.

²⁰⁷ En este sentido se pronuncia Hugo Taranto: *“Si prospera la excepción, de acuerdo con la decisión tradicional la sentencia rechaza la demanda, pero no tiene valor de cosa juzgada material, no afecta el derecho del actor que queda subsistente, lo suspende por carecer de un presupuesto para el andamiento de la acción como es no haber cumplido u ofrecido cumplir la obligación a su cargo, hasta que, realizado ello, vuelve a quedar expedita la acción”.* (TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Página 275). Por su parte, Díez – Picazo y Ponce de León señala que la excepción de incumplimiento determina la desestimación de la demanda. Sin embargo, esto no priva al actor de iniciar un nuevo proceso – previo cumplimiento de su obligación – ya que la excepción de cosa juzgada no opera toda vez que la causa de pedir y los hechos que sustentan la segunda acción son parcialmente distintos (DÍEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Páginas 695).

crédito. En este caso la interrupción de la prescripción operada por el requerimiento del acreedor en el primer proceso no habría tenido efecto, conforme al mismo artículo, de modo que el cómputo del plazo habría seguido su transcurso.

No obstante, de no mediar el desenlace recién descrito, debe reconocerse que la prescripción sí ha resultado interrumpida por efecto de la notificación válida de la demanda, con el consiguiente efecto paralizante denunciado por Alcalde. Así, dentro del marco de un proceso judicial, la única manera de acabar con este estado, conforme al artículo 2503, sería solicitando el abandono del procedimiento, lo que estaría sujeto a que el actor, además de no allanarse al pago, no realice gestión alguna en el proceso encaminado a darle curso progresivo a los autos. Por lo mismo, adquiere plausibilidad lo expuesto por el autor.

4. La demanda por vía reconvenzional como sustituto de la *exceptio*.

Sin perjuicio de lo anterior, donde sí tiene mayor sustento la posición de Alcalde es cuando responde al argumento de justicia que se invoca para justificar la admisión de la *exceptio*. Previamente habíamos explicado que la institución tenía por objeto – en resumidas cuentas – evitar que el deudor se viese obligado a cumplir al descubierto, o bien tener que demandar el cumplimiento de su obligación en otro proceso, exponiéndose a obtener una providencia definitiva desfavorable mientras él de todos modos se veía obligado a cumplir. Frente a esto, el autor señala que nuestro ordenamiento precave esta situación a través de la consagración de la demanda reconvenzional, que permitiría a ambas partes que han visto sus créditos insatisfechos, demandarse mutuamente el cumplimiento, pudiendo el tribunal (si se cumplen los requisitos) acoger ambas demandas, dado que no son incompatibles, y eventualmente decretar la compensación judicial si procediere.²⁰⁸ De esta manera se cumple con el

²⁰⁸ ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 31 (Nº 3): página 571, año 2004; y en: ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación. *Ob. cit.*: página 88. Francois Laurent, a propósito del derecho de retención, dice: “*El pretendido principio general que se nos opone (i.e. de cumplimiento simultáneo), no es admisible ni aun en los contratos sinalagmáticos, aunque las obligaciones que de él resultan sean correlativas a tal punto que*

objeto de la *exceptio*, pero ello no acarrea la nociva paralización del contrato. Cuestión distinta es si en ninguna de las partes existe la intención de perseverar en el contrato, lo que se abordará primordialmente en el próximo capítulo. Al menos en lo que respecta al remedio del cumplimiento forzado, el argumento de Alcalde parece tener suficiente base.

En el ámbito comparado, existe un reconocimiento parcial a esta idea de Alcalde. Mosset Iturraspe, señala que es la misma excepción la que puede, en ocasiones, ser opuesta o promovida por vía reconvenzional a través de una contrademanda destinada a que el actor cumpla con la prestación adeudada. En este caso, por supuesto, el tribunal podría admitir ambas demandas, lo que satisface el planteamiento esgrimido por Alcalde.²⁰⁹

una sea la condición de la otra. Esto no impide que cada uno de los deudores esté precisado a cumplir su obligación; todo lo que en principio tiene el derecho de hacer es forzar a la otra parte a llenar la suya". (Citado en: CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 785).

²⁰⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. *Ob. cit.* Páginas 457 y 461. Debe recordarse que la excepción de incumplimiento se encuentra reconocida expresamente por la legislación civil argentina, país de origen del autor. Otra vía – distinta a la admisión de demanda principal y reconvenzional – que ya se encuentra recogida por el BGB en su parágrafo 322 es el pronunciamiento de una sentencia condicional que acoja la excepción de incumplimiento. En virtud de ella, se hace lugar a la demanda del actor condicionando la condena al cumplimiento previo del actor. Señala Taranto: "*Es que el excepcionante no ha negado su obligación ni el derecho del actor; sólo ha articulado una defensa dilatoria, paralizadora o suspensiva de la acción en resguardo de la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones, del equilibrio funcional del contrato, pero nada más. Queda entonces en el arbitrio del juez superar esa paralización y evitar la promoción de una nueva demanda, si actuando en forma poco convencional pero con agilidad, sentido práctico y de economía procesal, acoge a ambas, excepción y demanda, y condena a las dos partes a cumplir sus correspectivas obligaciones...A igual resultado práctico lleva la defensa que no se opone como excepción sino como reconvección, pues también determina la condena de cumplimiento para ambas partes*". (TARANTO, Hugo. *Ob. cit.* Páginas 275 y 276). En el mismo sentido, Masnatta, quien señala fallos donde se ha aceptado el razonamiento anterior (MASNATTA, Hector. *Ob. cit.* Páginas 104 a 107).

De todas maneras, conviene hacer un par de prevenciones. En primer lugar, cuando se señala que la *exceptio* puede deducirse como demanda reconvenzional, ya no nos encontramos en plano de la *exceptio*, sino propiamente en el de una acción reconvenzional. La primera tiene meramente un efecto defensivo, suspensivo, paralizador y se corresponde propiamente con la estructura de una excepción. En cambio, el demandado que intenta una contrademanda de cumplimiento no pretende paralizar el cumplimiento de su obligación (que es el objetivo de la excepción de inejecución), sino que ejerce su propia pretensión de cumplimiento fundada en su derecho de crédito, tomando un rol activo. Por lo tanto no es correcto sostener que puede ejercerse la excepción de manera reconvenzional. En este caso, el demandado se decidió –

CONCLUSIÓN

En suma, puede afirmarse que – de estar presente en nuestro ordenamiento – la excepción de inejecución contractual se encamina precisamente a servir de defensa del deudor demandado frente a una demanda de cumplimiento. Es en esta comprensión en que el incumplimiento recíproco de un contrato constituiría un impedimento para acoger la pretensión de satisfacción del crédito que promoviera uno de los contratantes de un contrato bilateral. Lo que debe resultar claro es que es precisamente esta la razón y no es en cambio una consecuencia de la *purgatio mora* que consagra el artículo 1552 del Código Civil. La facultad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación surge desde que ésta se ha vuelto exigible, estado para el cual la constitución en mora no juega ningún rol.

Con respecto al contenido de la pretensión²¹⁰ debe señalarse que en el caso de estimarse que el equivalente pecuniario de la prestación incumplida integra la pretensión de cumplimiento, corresponderá oponerle – cuando corresponda – la *exceptio non adimpleti contractus*. En cambio, el efecto impeditivo ocasionado por el mutuo incumplimiento si el equivalente forma parte, en cambio, de la pretensión indemnizatoria, se desechará por faltar la mora como presupuesto de la acción.

acertadamente – por ejercer su propia pretensión de cumplimiento y no está interponiendo la *exceptio*. En un ordenamiento donde se consagran tanto la *exceptio non adimpleti contractus* y la demanda reconvenional, la primera de estas instituciones reduce su utilidad solamente a su ejercicio preventivo (*v.gr. artículo 1826 inciso 3º del Código Civil*), toda vez que de ser exigibles ambos créditos, no tiene sentido meramente abstenerse de cumplir en lugar de incoar la acción de cumplimiento.

Por otra parte, y en vinculación con lo anterior, se debe ser cuidadoso con lo expuesto por Taranto, toda vez que resolver la doble condena o la condena condicional de las partes a cumplir ante la mera interposición de la excepción de inejecución (sustancial y dilatoria a la vez), deja expuesta a la sentencia a ser impugnada por el vicio de *ultra petita*, en razón de extenderse a puntos no promovidos por las partes. La objeción se supera si se ejerce una demanda reconvenional, pero entonces nos encontramos en el escenario expuesto en el párrafo anterior.

²¹⁰ Lo que tiene relevancia, por ejemplo, respecto a las garantías constituidas sobre el crédito original. Si se considera que la obligación de indemnizar que surge a causa de la imposibilidad de cumplimiento es una nueva obligación y no simplemente una mutación de contenido de la obligación originaria, las garantías se extinguirían junto con la pretensión de cumplimiento devenida imposible.

Para finalizar con el tratamiento de los incumplimientos recíprocos y su articulación con los remedios contractuales, corresponde en seguida atender al último de los remedios que se pretende abordar en esta tesis: la resolución del contrato por incumplimiento. Se ha dejado esta acción consagrada en el artículo 1489 del Código Civil para el final, toda vez que condensa gran parte de los argumentos expuestos hasta este momento, además que ofrece las mayores dificultades con respecto al tema que nos ocupa. Y, junto con ello, su tratamiento ayuda a clarificar muchos de los puntos que ya se han tocado en las páginas precedentes.

CAPÍTULO 6:

LA RESOLUCIÓN ANTE LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS.

Hemos visto hasta ahora que tradicionalmente la doctrina ha afirmado que, ante el recíproco incumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, ninguno de los contratantes se encuentra legitimado para intentar las acciones que provee el artículo 1489 del Código Civil. Una lectura conjunta de dicho artículo con el 1552 justificaría lo anterior, toda vez que la mora integraría el supuesto de dichos remedios y, precisamente, si ambas partes incumplen, ninguna de ellas se encuentra en mora. Analizado ya lo que acontece respecto al remedio indemnizatorio y a la pretensión de cumplimiento, corresponde abordar finalmente la resolución del contrato por incumplimiento.

Junto con lo ya dicho, se señala que el artículo 1489 del Código Civil se corresponde con el supuesto de sólo un incumplimiento, por lo que ante mutuos incumplimientos – situación no regulada por el artículo – la norma contenida en el 1552 provee el fundamento para el rechazo de la acción. Son estos argumentos los que serán objeto de análisis en las páginas sucesivas. Sin perjuicio de lo que ya se ha dicho con respecto al concepto de mora, sostuvimos también que en su concepción tradicional, este conduce necesariamente al elemento de la culpa. Por lo mismo en este capítulo también aborda el tratamiento de la culpa como elemento integrante del supuesto de hecho del incumplimiento resolutorio. La idea es demostrar que la imputabilidad del incumplimiento no es requisito para acoger la pretensión resolutoria. Si se entiende la noción de mora como se acostumbra y si el incumplimiento no ha de ser culpable para que proceda la resolución del contrato, por ende no podría precisarse la constitución en mora para tal efecto.

La hipótesis de este capítulo es que el remedio resolutorio es igualmente aplicable en hipótesis de incumplimiento recíproco de los contratos, al no ser la mora requisito de este remedio.

Se comienza entonces pasando revista a los fundamentos y función de la resolución, con el objeto de demostrar que en dicho nivel no es posible encontrar obstáculo alguno para admitir la resolución en los casos de incumplimiento recíproco, sino que precisamente lo contrario. De la racionalidad que subyace a esta institución no es posible derivar de manera coherente el requisito de la imputabilidad en el incumplimiento o la mora del deudor, además que la resolución cumple con su finalidad también y muy especialmente cuando el incumplimiento de los contratantes es recíproco. Asimismo, otra de las razones a las que se puede recurrir para sustentar la necesidad de imputabilidad en el incumplimiento – y por consiguiente de mora – a la hora de dar lugar a una acción de resolución es una noción subjetiva de incumplimiento que progresivamente ha ido siendo abandonada por la doctrina más moderna. La proposición de un concepto amplio y objetivo de incumplimiento, vinculado con la noción de insatisfacción del interés negocial, además de resultar coherente con el fundamento del remedio resolutorio, excluye la mora del supuesto de la acción de resolución de contrato y por tanto posibilita su operación en el supuesto de incumplimientos recíprocos. El capítulo finaliza analizando los argumentos particulares que se han dado a nivel de doctrina y jurisprudencia nacional con respecto a la mora y la resolución del contrato en hipótesis de incumplimiento recíproco, desechando aquellos que la excluyen y analizando los que han dado espacio a su admisión.

SECCIÓN PRIMERA: NOCIONES GENERALES.

1. Los fundamentos y la función de la resolución.

Existe un rasgo común entre diversos autores que consideran que la mora es esencial en la facultad de resolver los contratos por incumplimiento, de tal modo que ante mutuas inejecuciones, dicho remedio sería improcedente. En el tratamiento que hacen de esta acción subyace, de manera más o menos explícita, la atribución de una función o fundamento *sancionador* de la ilicitud o mala fe en el actuar. Por tanto, de acuerdo a dicha comprensión no procedería resolver el contrato en la hipótesis de incumplimientos recíprocos toda vez que, por una parte, se valdría de la sanción un contratante remiso en el cumplimiento de sus obligaciones y, por otra, si no se exige la mora (la que supone culpabilidad) se estaría declarando la resolución en contra de un contratante no necesariamente responsable de su incumplimiento. Si el incumplimiento de ambos es culpable, aún así un contratante no diligente no podría valerse de la sanción, y por lo tanto resolver el contrato, pues su conducta tendría el mismo vicio que la del demandado.

Sin pretender un tratamiento exhaustivo de la institución de la resolución, sus fines y fundamentos, sí es necesario exponer algunas nociones breves en virtud de las cuales la concepción sancionadora del fundamento de la resolución es errónea y su abandono definitivo permitiría acoger – en este nivel y sumado a los argumentos que se aportarán – la posibilidad de declarar la resolución ante incumplimientos recíprocos de los contratantes.

La importancia de atender a los fundamentos está bien explicada por Álvarez Vigaray, quien enseña con respecto a la procedencia de la aplicación de la resolución a los incumplimientos no culposos (y, por lo tanto, en ausencia de mora), que la opción que se tome,

*“...cambia de acuerdo con las posiciones que se adopten respecto a las diversas teorías que justifican y explican la naturaleza de la resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas”.*²¹¹

En el mismo sentido, Baraona González – preguntándose sobre la necesidad de un juicio de imputación al deudor por su incumplimiento – señala que resulta de vital importancia revisar el tema sobre la fundamentación de la resolución:

*“...si es una sanción al deudor incumplidor o bien opera en pos de un equilibrio contractual, más allá del comportamiento de las partes. Por otra parte, la doctrina que se tenga frente al fundamento de la responsabilidad también será pauta y guía para despejar el punto, pues si se afirma que el incumplimiento no conlleva necesariamente juicio de imputación subjetivo al deudor, no incomodará que el análisis del incumplimiento resolutorio se haga al margen de él”.*²¹²

Con el objetivo trazado, es importante en primer lugar identificar – a modo ejemplar – algunos pasajes en los que los autores atribuyen la mencionada finalidad sancionadora a la resolución.

Por ejemplo, Alessandri, al rechazar la posibilidad de resolución ante ausencia de culpa o caso fortuito del deudor, sigue a Planiol para sostener que el artículo 1489 sólo se refiere a la inejecución imputable al hecho del deudor, puesto que no existe razón para imponerle como *pena* a una parte la resolución del contrato, cuando no hay nada que reprocharle. Además, haciendo suyas las expresiones de Baudry – Lacantinerie, lo cita:

*“No hay razón para que un contratante que no tiene culpa alguna sufra la resolución. La cláusula resolutoria tácita ha sido contemplada por el legislador como una garantía dada al acreedor contra el mal proceder del deudor. Desde este punto de vista conviene considerarla como una cláusula penal. Esta no se aplica sino cuando la inejecución proviene de la culpa del deudor. Lo mismo ocurre con la cláusula resolutoria tácita. Puesto que tiene el mismo objeto que la cláusula penal, no puede, como esta última, ser invocada cuando su aplicación no tiende a ese objeto”*²¹³.

²¹¹ ALVAREZ VIGARAY, Rafael. La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento. 3ª edición. Granda, España. Comares. 2003.

²¹² BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 310.

²¹³ ALESSANDRI RODRIGUEZ., Arturo. *Ob. cit.* Tomo II, Volumen I. Página 377. Se puede señalar que no resulta adecuado asimilar la resolución con la cláusula penal, pues esta última

En una línea similar, Vío Vásquez con el objeto de refrendar la opinión en virtud de la cual no procede la resolución por incumplimiento debido a caso fortuito o fuerza mayor, utiliza el artículo 1546 del Código Civil que consagra la exigencia de la buena fe objetiva a través del *iter* contractual. Para él, en aquel contratante que se encuentra impedido de cumplir por causas ajenas a su voluntad subsiste la buena fe,

“...de lo cual se colige que existiendo no puede dar lugar a una sanción que contraría todos los moldes de la equidad, como sería la de autorizar la resolución del contrato celebrado. No puede ponerse en un mismo plano al negligente o culpable con el que está sufriendo las consecuencias de un caso fortuito”.²¹⁴

Asimismo, Josserand es uno de quienes lo ha señalado de manera más categórica y lo hace en directa alusión a la posibilidad de extensión del instituto resolutorio a las hipótesis de fuerza mayor o ausencia de culpa:

“La resolución del contrato constituye la sanción, una de las sanciones de los compromisos contractuales; es un arma dada a un acreedor contra un deudor que no hace honor a su firma” y, por lo tanto, *“No se incurre en resolución sino cuando la inejecución es imputable al deudor; si dicha inejecución se produce por una causa extraña, en un caso de fuerza mayor, la teoría de la lex commissoria carece de aplicación posible. Sin duda, el contrato es disuelto en tal caso, pero lo es por el juego de la imposibilidad de ejecución y de la teoría de los riesgos; lo es de plano, porque no se concibe que, en un contrato sinalagmático, una de las partes esté obligada mientras la otra deje de estarlo; el acreedor nada tiene que demandar en justicia: si esta interviene...su fallo será declarativo...”*.²¹⁵

constituye una evaluación convencional y anticipada hecha por las partes del contrato de los perjuicios resultantes del retardo, lo que explica que el incumplimiento que la hace operar haya de ser culpable.

²¹⁴ VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Ob. cit.* Página 264; También concibe a la resolución como sanción, en tanto priva al deudor de los beneficios del contrato, *imponiéndole, además, la obligación de indemnizar perjuicios*: ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. 5ª edición actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Página 510. Se puede apreciar como dicho autor no distingue los fundamentos y presupuestos de los remedios resolutorio e indemnizatorio, considerando que este último deriva o es parte integrante de la resolución.

²¹⁵ En el mismo sentido, por ejemplo, Auletta, quien señala que en la resolución la extinción de la obligación del acreedor opera como medio de satisfacción por equivalente, unido a la indemnización de perjuicios, siendo siempre necesaria una providencia jurisdiccional, mientras que en la hipótesis de incumplimiento fortuito la extinción se da por la sola voluntad de la ley, justificada en la proscripción del enriquecimiento injusto. En otro sentido, pero bajo el mismo concepto, De Page entiende la resolución como una verdadera sanción fundada en la voluntad presunta de las partes. (Todos citados en MELICH - ORSINI, José. *La Resolución del Contrato*

(a) Otras fundamentaciones del instituto resolutorio.

Frente a posturas como las recién reseñadas, Peñailillo levanta – con razón – una postura crítica.²¹⁶ Según dicho autor, la resolución en si misma no constituye una sanción. El patrimonio del deudor nada sufre a causa de la resolución, salvo que deba indemnizar los perjuicios,²¹⁷ y dicha indemnización más que un castigo es la necesaria reparación del daño causado. Por su parte, las restituciones mutuas tienen como objeto volver al equilibrio contractual roto por el incumplimiento y evitar, a su vez, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de otra. Además, son ambos contratantes los que pierden el derecho a exigir la prestación, lo que no se condice con su carácter de sanción. Incluso, para algunos autores, la consideración de la resolución como sanción no implica necesariamente la necesidad de la culpa para su procedencia. Ramella, por ejemplo, señala que existen casos en los que la ley hace intervenir una sanción, sin que sea condición de ello la culpabilidad. Dentro de estos casos se encontraría la nulidad por error o incapacidad y la indemnización de perjuicios por riesgo creado²¹⁸. En general, la doctrina ha ido progresivamente abandonando la idea de la resolución como una sanción frente a un incumplimiento reprochable. Lentamente se ha ido abriendo el camino hacia una comprensión de la resolución desde la perspectiva del acreedor insatisfecho, como un medio de protección a su interés.

Sin embargo, cabe destacar que los demás fundamentos que se han esgrimido a la hora de justificar y atribuir una función determinada al remedio resolutorio tampoco hacen relevante la imputabilidad del incumplimiento. Tampoco en ellos se puede

por Incumplimiento. *Ob. cit.* Página 148. El mismo Melich – Orsini declara que *la resolución del contrato persigue tutelar los derechos egoístamente considerados de la parte que ha permanecido fiel al contrato, y castigar el incumplimiento de la otra parte* (página 227).

²¹⁶ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. *Obligaciones*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Página 399.

²¹⁷ En todo caso, ello no proviene de la resolución, sino que de la obligación de indemnizar, la que puede operar de manera independiente a la resolución por ser un remedio autónomo y perfectamente diferenciable.

²¹⁸ RAMELLA, Anteo E. *Ob. cit.* Página 116. Para una crítica desde la teoría del derecho a la idea de nulidad entendida como una sanción dispuesta por el ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma, ver: HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 3ª edición. Buenos Aires, Argentina. Abeledo – Perrot (Traducción de Genaro R. Carrió). 2009. Páginas 42 a 45.

fundar la imputabilidad como elemento integrante del incumplimiento resolutorio. Al no ser requisito la imputabilidad del incumplimiento, tampoco lo podría ser la mora (entendida como retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, seguida de interpelación). Asimismo, y en lo que nos interesa, estas elaboraciones también tenderían a hacer indiferente el cumplimiento de sus obligaciones por aquel que demanda la resolución, en el caso que nos encontremos en una hipótesis de incumplimientos recíprocos. Pasando revista de alguna de estas formulaciones se puede comprobar los anteriores asertos.

(i) La Causa

Por ejemplo, y sin perjuicio de las críticas que han llevado a abandonar a la causa como fundamento de la acción resolutoria, esta teoría no es capaz de proveer una razón por la cual descartar la resolución para el caso de incumplimientos dobles o recíprocos. Sea que la causa se entienda como un elemento genético o dinámico en el contrato, el incumplimiento de una de las obligaciones priva a la otra de causa, sin necesidad de calificar de una manera especial dicho incumplimiento. Por ejemplo, algunos autores franceses – a fin de sustentar la doctrina jurisprudencial que aplicaba el texto del artículo 1184 del *Code* a las hipótesis de fuerza mayor – afirmaban expresamente que resulta indiferente el motivo de la inejecución, pues la desaparición de causa se verifica de todos modos²¹⁹. En otras palabras, la imputabilidad en el incumplimiento es irrelevante a la hora de determinar la desaparición del elemento causal, pues la mera inejecución de la prestación provoca tal resultado. Por su parte, la desaparición de la causa acontecería aún cuando el acreedor no haya cumplido con su propia obligación – pues el motivo es únicamente el incumplimiento – de modo tal que no se precisaría del cumplimiento de la propia obligación para demandar la resolución, en tanto la misma ha quedado privada de causa.

²¹⁹ Así, Demolombe y Capitant, citados en MELICH - ORSINI, José. La Resolución del Contrato por Incumplimiento. *Ob. cit.* Página 147, n. 9.

(ii) Garantía

Por otra parte, Abeliuk atribuye a la resolución una función de garantía, la que también otorga sustento a la procedencia de la resolución ante incumplimientos recíprocos. Además de permitirle abstenerse de ejecutar su obligación en el caso en que su contraparte en el contrato haya incumplido, la opción resolutoria le permite desligarse del contrato y no verse obligado a recibir una prestación que ya no le reporta – debido al retardo – la utilidad con que la vislumbró a la hora de celebrar el acto.²²⁰ Si sólo pudiese demandar el cumplimiento forzado, sea en naturaleza o equivalencia, podría terminar resignándose con un objeto que no es apto para satisfacer el interés plasmado en el contrato. Esa es una de las funciones más importantes del remedio resolutorio, pues el contratante pacta una prestación que no consiste solamente, ni la mayoría de las veces, en un objeto o cuerpo cierto sin más, sino que su interés viene dado por una prestación, sea o no fungible, ejecutada en una forma y tiempo determinados. Así, de acuerdo a esta forma de justificar el instituto resolutorio, éste opera en virtud del solo hecho del incumplimiento material, no resultando relevante ninguna otra calificación, y siendo irrelevante por lo mismo el propio cumplimiento.

(iii) El sinalagma funcional y la protección del acreedor.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, la tesis más ampliamente aceptada como fundamento de la acción resolutoria es aquella del sinalagma funcional, que se traduce en la interdependencia de las prestaciones recíprocas.²²¹ Con el objeto de brindar la debida protección al acreedor y propender al equilibrio entre ambos contratantes, la protección del crédito no se agota – como se dijo – sólo en la pretensión de cumplimiento específico, sino que alcanza también a la resolución. Esta última le permite al acreedor insatisfecho lograr la satisfacción de su interés en el mercado, por medio de otro contrato. Por ello resulta fundamental la posibilidad de desligarse. Así, en caso de incumplimientos recíprocos ambos créditos se encuentran

²²⁰ En Chile, el tema se vincula además con la aptitud del pago para enervar la acción: ver, por todos: VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. *Ob. cit.* Páginas 353 y ss. y BARROS BOURIE, Enrique. *Ob. cit.* Páginas 425 y 426.

²²¹ *Vid. supra* páginas 55 y ss.

insatisfechos y los contratantes bien no quieren o no puede cumplir (al menos en términos útiles) las obligaciones que nacen del contrato. Permitir la resolución en estos casos no altera el fundamento de reciprocidad sobre el que se construye la teoría del sinalagma. El equilibrio no se rompe si se permite a las partes desligarse. Asimismo, no se vislumbra razón por la cual la culpa sea necesaria para proceder a la resolución. El incumplimiento de una de las partes vulnera la reciprocidad o interdependencia funcional de las obligaciones, sin importar la causa de éste.

Rodríguez Grez,²²² por su parte, construye sobre el mismo fundamento del carácter sinalagmático de las obligaciones bilaterales un argumento que deriva en la conclusión opuesta a lo recién reseñado, a saber, que la mora es presupuesto esencial de la resolución, por lo que el incumplimiento de ambas partes impide la operación de este remedio. El autor sostiene que, al fundarse la condición resolutoria tácita en la interdependencia en la que se encuentran las obligaciones de un contrato sinalagmático, resulta necesario que el incumplimiento que desencadena la resolución sea imputable. Además de existir un evidente *non sequitur* en dicha argumentación, no se ve porque la conclusión no habría de ser la contraria. En otras palabras, si las obligaciones que surgen de un contrato bilateral se encuentran en estrecha conexión de sentido y finalidad, no hay razón para resistirse a que el incumplimiento, sin ninguna calificación especial, autorice a ejercer la opción resolutoria. Si uno de los objetos de dicha acción es precisamente liberar al contratante incumplido de la necesidad de cumplir a su turno con la obligación que sobre él pesa y así preservar el equilibrio, el requisito de la imputabilidad de la inejecución se vuelve superfluo y no se logra deducir de la interdependencia de las obligaciones. En caso que ambos contratantes hayan sufrido la lesión de su crédito, la justificación para valerse de la resolución se aplica a ambos.

Las razones que, fundadas en la teoría del sinalagma funcional hacían posible afirmar la necesidad que tenían los contratantes de haber cumplido con sus respectivas obligaciones a la hora de demandar el cumplimiento forzado de su crédito,

²²² RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. *Ob. cit.* Página 225.

no se verifican en la hipótesis de la resolución por incumplimientos recíprocos. Lo primero sí constituye un quiebre del equilibrio contractual. En cambio, no existe vulneración de esa reciprocidad para el caso que las partes pretendan terminar su relación contractual con los efectos propios de la resolución.

Muy ilustrativo a este respecto resulta la doctrina anglosajona del *failure of consideration*, la que evoca ciertas nociones de la causa y el sinalagma funcional.²²³ De acuerdo a esta doctrina, la *consideration* de cada promesa, en los contratos bilaterales, es la promesa del otro contratante, y la falta de *consideration* determina que la promesa se vuelva inexigible. La *consideration* opera en la formación del contrato, pero el *failure* supone que ella también actúa durante la etapa de ejecución, consistiendo en el cumplimiento de esa promesa. Por tanto, si falta sobrevenidamente la ejecución de la prestación, se extingue la relación obligatoria. Así, en esta doctrina como en la del sinalagma funcional o la causa, el incumplimiento determina la resolución del contrato, sea culpable o no, sea o no recíproco, pues las obligaciones incumplidas determinan su pérdida de sustento. Lo mismo que hemos venido señalando se impone ya sea se encuentre el fundamento de la resolución en la equidad o en la presunta voluntad de las partes: es razonable liberar a las partes del cumplimiento de sus obligaciones cuando la contraria no cumple con las suyas, lo que sucede tanto sea individual como mutuo el incumplimiento.

Si el fundamento de la resolución se encuentra en la interdependencia funcional de las obligaciones recíprocas y en la necesidad de tutelar efectivamente el interés del acreedor, el carácter imputable del incumplimiento no tiene ninguna relevancia. La situación es común tanto al incumplimiento individual como al recíproco en el que ninguna de las partes se encuentra dispuesta a cumplir con su parte del contrato y ambas, aunque por distintas razones y por medio de distintos mecanismos, manifiesta su intención de desligarse del contrato. En lugar de sostener que, por sus respectivos incumplimientos, ninguna merece protección, se debe fijar como punto de referencia al

²²³ Para una exposición de esta doctrina, ver: FRIED, Charles. La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile (Traducción Pablo Ruiz – Tagle Vial). 1996. Páginas 45 a 63. Esa idea es similar a la noción de *causa* sostenida por Henri Capitant en: CAPITANT, Henri. *Ob. cit. passim*.

acreedor y estimar que se encuentran de todas maneras afectado por el incumplimiento de su contraparte. Existe una disminución o lesión del interés del acreedor con independencia de que éste a su turno haya cumplido o se encuentre llano a ello. Por supuesto, si ya ha cumplido, su lesión será mayor y lo mismo su interés en la resolución.

En el mismo sentido se pronuncia Juan Farina, quien con respecto a la legislación argentina, expresa que:

“la resolución por incumplimiento no tiene el carácter de sanción, sino que procura defender a la parte cuyo interés se ve disminuido por el incumplimiento de la otra, siendo indistinto, por tanto, que dicho incumplimiento sea culposo o fortuito. La existencia de culpa lleva como consecuencia natural al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados” agregando que *“si bien en nuestra legislación no se dispone expresamente la posibilidad de resolver el contrato aunque no medie culpa del incumpliente, tal posibilidad surge de los principios generales del derecho”*.²²⁴

Para el caso de los incumplimientos recíprocos, igualmente se verifica la disminución del interés, sólo que esta vez dicha situación es predicable de ambos contratantes. Por otra parte, esta postura viene en reafirmar la exclusividad de la culpa como condición únicamente del remedio indemnizatorio. No siendo ésta requisito de la resolución, tampoco puede serlo la mora.

En definitiva, es importante adoptar la perspectiva según la cual la resolución es un mecanismo de tutela del interés del acreedor frente al incumplimiento, que le permite – como se dijo – dejar de lado el contrato y recurrir al mercado para satisfacer su interés.^{225 226} La idea de sanción no se aviene adecuadamente con esta institución. Además, en los casos que el acreedor ya hubiere dado en todo o parte lo que a éste correspondía, la resolución permite su recuperación. Los contratos son instrumentos

²²⁴ FARINA, Juan M. Rescisión y Resolución de Contratos. Rosario, Argentina. Orbir. 1965. Página 77, citado en: MIQUEL, Juan Luis. *Ob. cit.* Página 165.

²²⁵ MOSCO, Luigi. La Resolución de los Contratos por incumplimiento. Barcelona, España. Dux Ediciones y Publicaciones. Páginas 19 a 24; y contra la idea de comprender a la resolución como una sanción fundada en la culpa del deudor: páginas 25 y siguientes.

²²⁶ CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 89; MORALES MORENO, Antonio M. Evolución del concepto de obligación en el derecho español. *Ob. cit.* Página 43. Se profundiza al respecto a continuación.

por medio de los cuales las partes deciden regular sus intereses mediante intercambios económicos. En este sentido, son una facultad que el derecho les otorga para ampliar su esfera de libertad en el tráfico jurídico. Así, optar a nivel interpretativo siempre por la pervivencia de un contrato y no permitir a las partes desligarse por el mero hecho del incumplimiento – dada la fuerza obligatoria que por este liga a las partes – tiene valor sólo residualmente en cuanto contribuye a preservar en general el valor de la práctica de la contratación. Sin embargo, la obligatoriedad del contrato tiene sentido sólo en tanto este resulta funcional para aquellos intereses que las partes tuvieron en vista a la hora de contratar. Impedidas ambas de obtener su debida satisfacción posteriormente, el contrato deja de resultarles valioso y pasa a ser pura forma vacía, sin ninguna sustancia que la justifique. Permanecer obligadas deja de tener razón de ser. Por ello, no es ni puede resultar relevante la reprochabilidad del incumplimiento (y por lo tanto, la mora) o el carácter diligente del acreedor que opta por la resolución.

En suma, no es posible encontrar sustento en los fundamentos de la resolución para impedir a las partes mutuamente incumplidoras resolver un contrato que ya no les ofrece utilidad en razón del mismo incumplimiento. Por otra parte, el tratamiento de la fundamentación del remedio sirve de buena base para adentrarnos en el concepto mismo de incumplimiento y como éste deviene en crucial a la hora de articular coherentemente el funcionamiento de los remedios frente al incumplimiento contractual, en particular en la materia que nos ocupa relativa a los mutuos incumplimientos

2. Concepto de Incumplimiento.

Usualmente se ha abordado la idea de incumplimiento desde la perspectiva del comportamiento culpable del deudor en relación con la obligación que emana del contrato. Ello ha conducido a que parte de las dificultades que existen a la hora de excluir la culpa como requisito de la resolución vienen dadas por el concepto de incumplimiento que maneja parte de la doctrina, no sólo en Chile. Este acostumbraba a tener un carácter marcadamente subjetivo, dado por la indisolubilidad que existiría entre la inejecución de la prestación y la imputabilidad de dicha conducta para configurar la noción de incumplimiento resolutorio. Dicha comprensión proviene del modo en el que tradicionalmente se ha comprendido a la responsabilidad contractual, influida primordialmente por el remedio indemnizatorio.^{227 228} Por el contrario, una noción amplia y objetiva de incumplimiento, hace que la mora o el mutuo incumplimiento sean irrelevantes a la hora de configurar el incumplimiento resolutorio.

(a) Concepto subjetivo y restringido de incumplimiento.

Dentro de esta categoría de conceptos se encuentra el de Fueyo Laneri. Dicho autor se basa para sus elaboraciones en el tratamiento del tema que hace el español Puig Peña. Este último pretende construir un concepto de injusto (*i.e.* incumplimiento) común y unitario para las esferas del derecho civil y el derecho penal, diferenciándose su ubicación entre dichas esferas sólo por razones de intensidad y política legislativa y no, en cambio, por razones estructurales o conceptuales. Esto último es lo que explica

²²⁷ “La responsabilidad contractual debe concebirse en un sentido abierto, como conjunto de efectos, consecuencias y remedios que el acreedor tiene para protección el derecho de crédito, entre los que destacan la ejecución forzosa, el ejercicio de la facultad resolutoria, la indemnización de daños y perjuicios, etc. La mirada exclusiva sobre la indemnización por daños y perjuicios estrecha la idea de responsabilidad contractual”. (BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 175). Una idea similar puede verse en el artículo del mismo autor: BARAONA GONZALEZ, Jorge. Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. *Ob. cit.* Páginas 151 y ss.

²²⁸ Un ejemplo extremo es Larraín Ríos, quien afirma: “como dice el artículo 1489, es necesario que uno de los contratantes haya dejado de cumplir lo pactado culpable o dolosamente...” LARRAIN RIOS, Hernán. Teoría General de las Obligaciones. Santiago. Lexis Nexis – Conosur. 2002. Página 84.

los caracteres del concepto que plantea. Así, el profesor chileno define al incumplimiento como acto injusto:

“...aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta”.²²⁹

Entonces, la imposibilidad de acoger una demanda de resolución ante la ausencia de incumplimiento moroso (o imputable) derivaría de una necesidad conceptual proveniente de la misma noción de incumplimiento. Así, en una hipótesis de incumplimientos recíprocos, donde ninguno de los dos contratantes se encuentra en mora por disposición expresa del artículo 1552, no habría forma de acoger una demanda de resolución intentada por uno o ambos contratantes, toda vez que ni siquiera podría hablarse de existir incumplimiento.

Esta situación no es ajena a una parte de la doctrina española.²³⁰ Si bien como se verá la jurisprudencia de dicho país ha venido aceptando la procedencia de la resolución en los casos de imposibilidad sobrevenida, parte de la doctrina ha estimado que ello implicaría confundir la resolución por incumplimientos y la teoría de los riesgos. Para lo primero, la culpa sería requisito fundamental, mientras que para lo segundo lo sería su ausencia.

²²⁹ FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Páginas 250 y ss. También sustentan su tratamiento de la responsabilidad contractual en conceptos que integran la culpa al supuesto de incumplimiento: CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 184; RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. *Ob. cit.* Página 225 y RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. *Ob. cit.* Página 124.

²³⁰ Es una marcada característica de la jurisprudencia española (si bien ha sido progresivamente sustituida) la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para acoger la resolución, lo que en definitiva lleva a suponer, para algunos, una verdadera necesidad de dolo. (ver: OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *Ob. cit.* Página 87). De todos modos, se puede decir que la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento no ha de ser necesariamente equiparada con el dolo, pues puede faltar la intención positiva de inferir daño al patrimonio o persona del otro contratante. La voluntad puede deberse simplemente a consideraciones de eficiencia o utilidad.

En este sentido, Ogáyar y Ayllón sostiene que es conceptualmente necesario que el incumplimiento sea culpable, toda vez que:

*“Si el incumplimiento ha de producirse por el obligado a ello, no cabe duda que tal incumplimiento ha de imputarse a esa persona obligada, que, en vez de cumplir, no ejecuta la prestación debida por causas dependientes de su voluntad; por ello, el incumplidor ha de ser responsable y culpable de su falta de cumplimiento, por lo que parece a primera vista que la pregunta que constituye este epígrafe es simple, dado que hablar de incumplimiento inculpable es una incoherencia, porque ese incumplimiento supone que una persona está obligada a algo y que voluntariamente no lo cumple, voluntad que determina su culpabilidad, y si ésta no existe es que el incumplimiento no es imputable al obligado, lo que le exime de responsabilidad”.*²³¹

Ilustrativa a este respecto es la opinión de Puig Peña,²³² que sustenta la noción subjetiva del incumplimiento que hemos venido exponiendo. Según dicho autor, el artículo 1124²³³ del Código Civil Español no dice que el incumplimiento ha de ser culpable. Sin embargo, sostiene, incumplir significa incumplir culpablemente, toda vez que los verbos incumplir o cumplir no son incoloros o simples expresiones de resultado, sino que llevan ínsitos todo un proceso de voluntad que está hablando de la posición anímica de la persona frente al vínculo y en particular frente a su propio deber. Resulta patente en las expresiones del autor la cercanía que guarda con los conceptos fundamentales de la ciencia penal y la necesidad del elemento volitivo para la configuración del injusto.

²³¹ OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *Ob. cit.* Página 84. En el mismo sentido, Espinar Lafuente señala que: “...para que proceda la indemnización, o la acción resolutoria, es preciso que pueda imputarse al deudor el incumplimiento. Porque cuando no concorra “culpa” (en el sentido del Derecho Civil), no habrá tampoco, en un sentido jurídico, ningún incumplimiento) (citado en: CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 447.

²³² Citado en: CLEMENTE MEORO. *ob. cit.* Páginas 446 y ss.

²³³ “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

En abono de su posición, Puig Peña, se refiere a lo dispuesto por los artículos 1150 y 1152²³⁴ del Código Civil Español, en los que no se habla de culpa, pero que se refieren – según él – solamente al incumplimiento culpable, ya que el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor extinguiría la obligación, liberando a los deudores de toda responsabilidad. Para Puig Peña, la omisión de la necesidad de culpabilidad en los citados artículos, además del 1124, se explica por la referencia general consagrada en el artículo 1105 del mismo Código.

Sin embargo, una lectura cuidadosa de dichos artículos permite detectar algunas debilidades en la argumentación de dicho autor. Dichos artículos se refieren únicamente a la obligación de indemnizar que emana del incumplimiento, utilizando la ley el término “*responder*” en sentido restringido, es decir, sólo en referencia a la indemnización por daños y perjuicios. Lo anterior resulta claro si se observa que el artículo 1152 que el autor cita en abono de su tesis se refiere a la cláusula penal, la que se señala expresamente sustituye a la indemnización por daños y perjuicios – y a los intereses – asignándole la típica función que a ésta le corresponde: servir de una evaluación anticipada y convencional de los daños. Lo mismo con el artículo 1150 que alude a la indemnización de daños y perjuicios específicamente. Así, en coincidencia con nuestro artículo 1558, el artículo 1105 del Código español establece que la fuerza mayor o caso fortuito eximen de responsabilidad por daños y perjuicios al contratante incumplidor. Los artículos en los que el autor afianza su postura no permiten desprender de ellos consecuencias para la configuración del incumplimiento o de los

²³⁴ Artículo 1105: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”. Artículo 1150: “*La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente*”. Artículo 1152: “*En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.*

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”.

requisitos de ejercicio de la facultad resolutoria, pues sólo se refieren a la indemnización.²³⁵

(b) El incumplimiento como un concepto objetivo y común para todos los casos de insatisfacción del interés negocial del acreedor.

En oposición a la comprensión del concepto de la manera que se ha venido abordando, es posible encontrar recientemente autores – influidos por el moderno derecho de contratación (CISG, UNIDROIT, PECL,²³⁶ etc.) – que se han pronunciado en contra de esta noción subjetiva de incumplimiento, proponiendo en su reemplazo una depurada y objetiva que permita unificar y articular el sistema de remedios contractuales. Esta noción prescindiría de toda alusión a la culpa – la que a su vez va ligada a la mora – conformando un concepto cuyas notas esenciales se expondrán a continuación. Para los exponentes de la doctrina del *incumplimiento desnudo* como base de todos los remedios contractuales, la culpa no juega ningún rol en la resolución por incumplimiento, restringiendo su operatividad sólo al remedio indemnizatorio.

Un estudio acabado de esta reciente tendencia excede a los márgenes de esta memoria, por lo que sólo nos limitaremos a exponer y comentar el concepto de incumplimiento que plantean y los efectos que este podría tener en el tema central de la resolución por incumplimiento recíproco de los contratos.

Antes que todo, es justo destacar que antecedentes de esta tendencia son identificables con mucha antelación a la época en que los primeros exponentes de esta

²³⁵ Pinto Ruiz sostiene que el “incumplimiento” (en oposición a la “falta de cumplimiento”) se compone de dos elementos fundamentales: la inadecuación de la conducta del deudor con el contenido de la prestación y la existencia de culpabilidad del deudor, mientras que Beltrán de Heredia y Onís señala que la falta de cumplimiento se convertirá técnicamente en “incumplimiento”, en el caso de que tal situación objetiva sea debida a culpabilidad del deudor (citados en: SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. *Ob. cit.* Página 98, n. 64).

²³⁶ Respectivamente: *Convention of Internacional Sale of Good* (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías), Principios Internacionales de Contratación Internacional; *Principles of European Contract Law* (Principios de Derecho Europeo de los Contratos).

doctrina publicaron sus primeros trabajos. Así, es posible encontrar una intuición primitiva en este sentido en Elgueta Anguita:

“Esta disposición (artículo 1489 del Código Civil) sólo exige que haya incumplimiento, y no menciona en absoluto la mora. Ahora bien, hay incumplimiento toda vez que existe una obligación exigible que no es satisfecha por el deudor. Es el carácter de exigible de la obligación, en unión de su falta de pago, lo que determina la existencia del incumplimiento. La mora no es requisito del incumplimiento, sino fuente de responsabilidad”.²³⁷

Y cita en su apoyo el considerando 27º del fallo recaído en la causa *Aravena con Lizarralde*, el que manifiesta que:

“...la mora no aparece establecida como requisito inherente a la exigibilidad de las obligaciones, sino como un elemento que sólo es fuente o sirve para fijar responsabilidades en que cae el deudor al cual le es imputable tal retardo”.

La sentencia maneja un concepto restringido de “responsabilidad”, limitándola únicamente a la indemnización de perjuicios. Por ello, al afirmar – por ejemplo – que el deudor ante caso fortuito o fuerza mayor *no responde*, no se estaría diciendo nada más que (por el artículo 1558 del Código Civil) no debe indemnización de perjuicios derivado de su incumplimiento. Nada impediría, por tanto, la resolución del contrato o su satisfacción en equivalente.

Uno de los principales exponentes de la nueva tendencia en el derecho de los contratos, el académico español Antonio Manuel Morales Moreno,²³⁸ afirma que la nueva construcción de este derecho tiene como nota clave el reforzamiento de la obligación como una garantía a cargo del deudor consistente en la satisfacción del interés del acreedor plasmado en el contrato. En otras palabras, el deudor al contraer su obligación, toma sobre sí el riesgo de la obtención de un resultado consistente en dicha satisfacción. Bajo esta óptica han de entenderse el abanico de acciones y

²³⁷ ELGUETA ANGUITA, Augusto. *Ob. cit.* Página 49. Esta idea se enfrenta a la posición de Rodríguez Grez, para quien la mora es requisito de la exigibilidad de las obligaciones. Una exposición crítica de su posición *supra* páginas 137 y ss.

²³⁸ MORALES MORENO, Antonio M. Evolución del concepto de obligación en el derecho español. *Ob. cit.* Páginas 19 y ss.

remedios de los que goza el acreedor ante el incumplimiento. Dicho incumplimiento equivale a la insatisfacción del interés del acreedor, por lo que las acciones son medios alternativos que permiten al acreedor obtener la debida satisfacción de su interés, logrando que el deudor asuma el riesgo de acuerdo a lo comprometido.²³⁹ Por tanto, mediante el contrato las partes acuerdan una determinada regulación de sus intereses y formas de satisfacción, con el consiguiente reparto y atribución de riesgos.

De acuerdo a esta manera de concebir el derecho de la contratación, cualquier conceptualización que se intente de la noción de incumplimiento y una coherente sistematización del conjunto de consecuencias jurídicas que se derivan de éste, ha de tener al interés del acreedor insatisfecho como elemento fundamental y central.

En este sentido, señala Pizarro:

“...los efectos jurídicos contractuales son sólo el cauce para la obtención de la finalidad práctica perseguida y que la satisfacción del interés del acreedor se logra con la ejecución de tales efectos.”, para luego agregar, *“Los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del interés del acreedor”*,²⁴⁰

Como ya se ha insinuado, es precisamente el paradigma opuesto – el análisis del incumplimiento y la responsabilidad contractual desde la perspectiva del deudor – lo que ha conducido a erigir a la mora entendida como incumplimiento culpable en el supuesto de todos los remedios contractuales. Mirado el tema desde la posición del acreedor y su satisfacción, es el mero hecho del incumplimiento como hecho desnudo y objetivo el que conlleva la frustración de sus intereses y, por tanto, lo que permite accionar el concierto de herramientas que le provee el sistema jurídico para enmendar la situación (sin perjuicio, por supuesto, que cada remedio tenga requisitos adicionales

²³⁹ Al respecto se pronuncia Baraona González: *“...al considerarse el incumplimiento una lesión del derecho de crédito, las posibles consecuencias de él derivadas deben ser miradas como medios de protección de tal derecho que se le presentan al acreedor como acciones que, discrecionalmente y a su arbitrio, puede disponer, en la medida que se satisfagan, respecto de cada una de ellas, los requisitos que peculiarmente le correspondan”* (BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 257).

²⁴⁰ PIZARRO WILSON, Carlos. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento. *Ob. cit.* Página 396. En similar sentido, BARROS BOURIE, Enrique. *Ob. cit.* Página 407.

especiales: típicamente la indemnización de perjuicios fundada en el actuar negligente o doloso del deudor).

Diez – Picazo se ha manifestado decididamente en esta línea, al sostener con respecto al papel de la culpa en el incumplimiento que,

*“Este problema se plantea para determinar en qué casos el deudor de la prestación tiene que soportar el deber de resarcir los daños y perjuicios que al acreedor le ocasionan el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o la mora y en qué casos queda exonerado de esa responsabilidad. La pregunta por la imputación no es necesaria en relación con las restantes medidas de protección del derecho de crédito. Para poner en juego la acción o reclamación de cumplimiento, el problema de la responsabilidad contractual queda por completo al margen. Igualmente, para poner en marcha los mecanismos de defensa en el caso de relaciones obligatorias de carácter sinalagmático, como son la resolución o la excepción de incumplimiento contractual”.*²⁴¹

Por tanto, para el moderno derecho de la contratación resulta necesario consagrar una noción de incumplimiento que encaje con la concepción recién expuesta. En este ámbito existe coincidencia sobre que la resolución opera como facultad del acreedor en tanto se verifique un incumplimiento de cierta importancia o entidad, resultando irrelevante consideración alguna de orden subjetivo en la conducta del deudor.

A nivel europeo, tanto la regulación internacional uniforme como aquellos ordenamientos nacionales que han recogido las modificaciones al derecho internacional de los contratos que se han venido consolidando desde la década de los años ochenta, han consagrado el concepto de incumplimiento sencillamente como una *incorrecta prestación de lo pactado*. Desentrañar el significado de este pacto resultará siempre una labor ardua, pero lo que se puede sostener con seguridad y con generalidad es que *lo pactado* no se reduce única y exclusivamente a la entrega de una especie o cuerpo cierto, aunque la obligación bien pueda tener como objeto físico dicha especie. Sea o no la obligación de esta naturaleza, la obligación o regla contractual (que debe entenderse integrada por disposiciones como las del artículo 1546 del Código Civil) contiene un determinado interés que el acreedor pretende

²⁴¹ DIEZ – PICAZO, Luís. *Ob. cit.* Página 574.

satisfacer con el contrato, lo que implica que la prestación ha de tener determinadas características relativas a la utilidad y finalidad que las partes le atribuyen, además de tener que ejecutarse en un tiempo y forma precisos. Ello, entre otros aspectos, es lo que configura el interés del acreedor manifestado en su crédito. Así, una incorrecta prestación de lo pactado sería cualquier desviación (sea por inejecución total, parcial o defectuosa) del programa que las partes han tenido a la vista para satisfacer su interés, con la consecuente insatisfacción.

Refrendando lo anterior, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establecen en su artículo 1:301 (4) un concepto objetivo y unitario de incumplimiento, en virtud del cual:

“Incumplimiento denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificada, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”²⁴²

Asimismo, la identificación de un incumplimiento como esencial o fundamental tampoco toma en cuenta elementos de orden subjetivo o bien les asigna un rol secundario. El artículo 8:103 dispone que el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato en los siguientes casos:

*“(a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.
(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.
(c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”²⁴³.*

²⁴² En inglés: “‘non-performance’ denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.” Así, el incumplimiento es simplemente la inejecución o ejecución imperfecta de cualquiera de las obligaciones que surgen del contrato.

²⁴³ **Article 8:103: Fundamental Non-Performance**

A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.

Mientras que el artículo 9:301 de los mismos principios da derecho a resolver el contrato con la *única* condición que el incumplimiento sea fundamental en los términos del artículo 8:103.

La regulación coincide con la de otros instrumentos europeos, donde el incumplimiento se define primordialmente como una falta de ejecución de lo pactado, habilitando al acreedor a resolver el contrato cuando dicha inexecución altere de manera relevante la economía del contrato. La imputabilidad del incumplimiento se considera sólo en relación al remedio indemnizatorio.²⁴⁴

Consistentes con la tendencia a nivel uniforme, los ordenamientos nacionales también han consagrado o están en vías de consagrar un concepto de incumplimiento de carácter objetivo en conjunto con hacer depender la resolución únicamente del hecho del incumplimiento, siempre y cuando revista cierta importancia en la economía del contrato bajo la perspectiva de los intereses de los contratantes.

En España, la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”,²⁴⁵ establece en el inciso 1º de su artículo 1188 que,

²⁴⁴ Ver artículo 25 en relación con los artículos 61 y 64 de la CISG y los artículos 7.1.1, 7.3.1 y 7.7.7 de los Principios de UNIDROIT.

²⁴⁵ En el acápite VIII de su “exposición de motivos”, la comisión redactora señala: *“Especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto entre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivización.*

El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado “favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a

*“Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”.*²⁴⁶

Por su parte, el artículo 1190 establece que:

“En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”

Así, específicamente con respecto a la resolución por incumplimiento, la propuesta de legislación hace depender dicho remedio únicamente de la verificación de un incumplimiento esencial. Inspirado en los instrumentos más arriba expuestos, los que determinan la esencialidad del incumplimiento en atención a criterios objetivos, su artículo 1199, inciso 1º dispone que:

“Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial”.

De este modo, el incumplimiento es la no ejecución exacta de la prestación, mientras que dicho incumplimiento será “resolutorio” de acuerdo a la importancia que éste revista en la satisfacción del interés del acreedor cristalizado en el contrato, atendida su finalidad.

Los artículos 1202 y 1205 de este proyecto hacen compatible la indemnización de daños con la resolución, pero enunciando los requisitos que le son propios a la primera para hacerla procedente. Así, el deudor se exonerará del deber de resarcir

resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial. Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento...”

²⁴⁶ Que resulta ser la cara opuesta de la regulación del cumplimiento que hacen los artículos 1153 y siguientes, en virtud de los cuales “No se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía”. Las normas coinciden en algunas notas fundamentales con la institución del “pago” en nuestro código.

sólo en cuanto, de acuerdo al artículo 1209, el incumplimiento haya obedecido a un impedimento involuntario, ajeno a su esfera de control y que – de acuerdo al contrato, a las reglas de la buena fe y los usos – no le haya correspondido preverlo, evitarlo o superarlo. En definitiva, el deudor no responde de perjuicios en las hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, concepto cuya configuración es mudable y depende tanto de lo expresamente pactado en el contrato como de aquellos otros elementos que se entienden pertenecerle, de acuerdo al artículo 1243 de dicho proyecto (equivalente al 1546 del Código Civil Chileno).²⁴⁷

Una regulación como la expuesta, trata de manera clara y diferenciada cada uno de los remedios, a los que subyace un concepto único y objetivo de incumplimiento. Se consagran de esta forma los presupuestos y requisitos que le son propios a cada remedio, evitando confusiones entre unos y otros. Así, la fuerza mayor o caso fortuito como excluyentes de la negligencia sólo conllevan la exoneración de la obligación de resarcir los perjuicios y la imposibilidad obsta nada más que al cumplimiento por naturaleza. Sin embargo, la fuerza mayor no debe evaluarse de manera abstracta y general, sino que su determinación debe hacerse atendiendo cuidadosamente a lo pactado en el contrato y a las reglas de la buena fe objetiva. Por tanto, la resolución del contrato opera, a elección del acreedor, en tanto se produzca un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, revista caracteres de esencialidad. De este modo, y en base a lo que se ha venido exponiendo, más que hablar de un incumplimiento de la conducta debida por el deudor, ha de preferirse la noción de “incumplimiento del contrato”.²⁴⁸

²⁴⁷ El Código Civil Holandés incorpora las ideas discutidas con referencia al anteproyecto español. El articulado de dicho Código habla de *failure of performance*, concepto objetivo, el que da derecho a resolver el contrato, salvo que el incumplimiento no lo justifique, dada su naturaleza o entidad (artículos 6:265, 6:267, 6:74 a 6:78).

²⁴⁸ MORALES MORENO, Antonio M. Evolución del concepto de obligación en el derecho español. *Ob. cit.* Página 28.

En nuestro medio, Mejías²⁴⁹ ha avanzado una tesis como la que hemos venido comentado, construida a partir de las normas con que el Código Civil regula el “pago” como modo de extinguir las obligaciones (en particular la del artículo 1569). La autora señala de manera crítica que la vinculación indisoluble del concepto de incumplimiento al de culpabilidad ha hecho de esta última un requisito indispensable para que el acreedor pueda valerse de los medios que dispone el ordenamiento jurídico para la satisfacción de su interés.

Como se señaló, las partes al contratar pretenden regular sus intereses y diseñan la prestación (su objeto, formas de ejecución, tiempo, grados de diligencia comprometidos, etc.) con el fin de satisfacerlos. El deudor se obliga a ejecutar la prestación de tal modo de satisfacer el interés del acreedor plasmado en el contrato. En esto consiste la obligación, siendo el pago – en virtud del artículo 1568 – la prestación de lo que se debe. A contrario sensu, el incumplimiento es precisamente la *no* prestación de lo que se debe. Por ende, determinar la existencia de un incumplimiento requiere investigar cual fue aquella prestación a la que el deudor se obligó.²⁵⁰

De acuerdo con esta tesis, la norma del artículo 1569 del Código Civil resulta esencial para la determinación del concepto, la que exige que el pago (comprendido como “cumplimiento de la obligación”) se haga bajo todos los respectos al tenor de la obligación. Según la autora, dicho tenor no ha de reducirse a la literalidad del contrato, sino que precisamente al contenido del acuerdo de las partes. El acuerdo refleja el interés del acreedor y la conducta que permite alcanzarlo. Si este resultado de satisfacción no se alcanza, habrá incumplimiento, toda vez que no se habrá prestado lo debido (*i.e.* aquella conducta que tiene como resultado la satisfacción del interés del

²⁴⁹ MEJIAS A, Claudia. El Incumplimiento Contractual y sus modalidades. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (V, 2007, Valparaíso). Estudios de Derecho Civil III. Santiago. Legal Publishing. PUC Valparaíso, Guzmán Brito, Alejandro (ed. cient.). Páginas 459 y ss.

²⁵⁰ Esto es lo que se denomina “construcción de la regla contractual” en el sentido de determinar la naturaleza de la conducta que deberá desplegar para alcanzar el programa de prestación convenido y que traduce el interés de las partes al momento de contratar. Para ello resultan fundamental las normas del artículo 1546 y las consagradas a propósito de la interpretación de los contratos en el artículo 1560 y siguientes del Código Civil.

acreedor) al tenor de lo convenido por las partes. Por tanto, Mejías presenta la siguiente definición de incumplimiento:

“Toda desviación del programa de prestación convenido que conlleve a una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer al momento de celebrar el contrato”.²⁵¹

Esta noción es tributaria del concepto de *prestación* de Díez Picazo, para quien ésta se caracteriza por consistir en un plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira a que se haga realidad en un momento posterior. En este plan consiste el verdadero objeto de la obligación y no en la cosa o hecho sobre la que recae.²⁵²

Dicho concepto, al igual que los que consagran los instrumentos internacionales, prescinden de la noción de culpa, por lo que la excusabilidad de este sólo determinará cuales son los mecanismos de que el acreedor se puede valer para satisfacer su interés. El incumplimiento sin más produce consecuencias jurídicas y la ausencia de culpa tiene como consecuencia simplemente limitar el abanico de remedios a disposición del acreedor. En este sentido, la resolución procedería sea o

²⁵¹ MEJIAS A, Claudia. El Incumplimiento Contractual y sus modalidades. *Ob. cit.* Página 475. También en VIDAL OLIVARES, Álvaro. Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista. *Ob. cit.* Páginas 41 a 59. En España, Pantaleón (PANTALEON P., Fernando. Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. Anuario de Derecho Civil. N° 46: páginas 1719 a 1745, 1993) acuña el concepto de incumplimiento en relación a la desviación del programa de prestación del objeto de la obligación, mientras que Morales Moreno propone el concepto de “insatisfacción del interés comercial” y se manifiesta a favor de modificar la noción de incumplimiento de la obligación por aquel de “incumplimiento del contrato”. Por su parte, con base en el derecho español, Baraona González concluye “*que el incumplimiento de una obligación debe concebirse como un tipo amplio, como idea de perturbación o alteración del programa prestacional, cuya descripción positiva en el Código Civil español se encuentra en la idea de contravención del tenor de la obligación...*” (BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 175). Como puede apreciarse, nuestro Código provee de la misma base para construir el concepto de incumplimiento en referencia al artículo 1569 del Código Civil. Prosigue Baraona señalando que: “*Como la perturbación del programa de la prestación debe mirar de cara a la prestación misma..., con independencia de todo juicio de reprochabilidad sobre la conducta del deudor. Se descarta que la imputación del incumplimiento al deudor integre la idea de incumplimiento. Ya sea porque imponga un juicio de culpa (dolo) o porque no admita incumplimiento en las situaciones en que el deudor no sea responsable por beneficiarse del caso fortuito*”.

²⁵² Citado en VIDAL OLIVARES, Álvaro. Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista. *Ob. cit.* Página 45.

no justificado el incumplimiento y haya o no el acreedor cumplido a su turno con las obligaciones que le corresponden.²⁵³

Con respecto a las implicancias de adoptar esta idea de incumplimiento se puede decir, en suma, que ella permite diferenciar los presupuestos que hacen procedente a cada uno de los remedios y así limitar el rol de la culpa y la diligencia del acreedor a la institución de la mora y, por tanto, sólo a la indemnización de perjuicios por exigirlo esta expresamente. Ello va de acuerdo a la regulación que hacen de los remedios contractuales los modernos instrumentos internacionales de derecho de los contratos, además de ciertas legislaciones que los han incorporado. Es del caso, de todas formas, como se ha apreciado gradualmente a través de esta memoria, que dicha manera de sistematizar los remedios no resulta ajena a nuestro derecho civil, siendo ello posible mediante una relectura e interpretación atenta y armónica de sus normas. Una connotación objetiva del incumplimiento es coherente con la idea que algunos remedios, como la resolución y la ejecución forzosa actúen al margen del juicio de imputación subjetiva. El camino se abre, entonces, para admitir la resolución en la hipótesis de incumplimientos recíprocos.

²⁵³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. *Ob. cit.* Páginas 352 y 364; y en particular con respecto al requisito de la culpa: MEJIAS A, Claudia. El Incumplimiento Contractual y sus modalidades. *Ob. cit.* Páginas 475 y 476; BARROS BOURIE, Enrique. *Ob. cit.* Página 421 y PIZARRO WILSON, Carlos. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. *Ob. cit.* página 401. Compartiendo las bases fundamentales de esta nueva noción del incumplimiento y de los remedios contractuales, no habría razón para negar la resolución en el caso de incumplimientos recíprocos. Además, no siendo necesaria la culpa, tampoco lo sería la mora, desvirtuando el efecto obstativo para la resolución que establecería el artículo 1552.

SECCIÓN SEGUNDA: LA RESOLUCIÓN FRENTE AL INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.

1. ¿Existe una condición de contratante diligente en el Código Civil?

La doctrina tradicional ha afirmado categóricamente que la facultad u opción que consagra el artículo 1489 del Código Civil sólo está disponible para el contratante diligente, es decir, aquel que ha cumplido o se encuentra llano a cumplir sus obligaciones

En este sentido se manifiesta Alessandri,²⁵⁴ quien sustenta su posición principalmente en dos argumentos. Según el primero de ellos, el texto del artículo 1489 hace operar la condición resolutoria tácita envuelta en los contratos bilaterales para el caso en que *uno de los contratantes no cumple lo pactado*. De ello se sigue, según el autor, que el otro contratante debe haber cumplido o estar llano a cumplir con su obligación. Mientras que, de acuerdo al segundo, la norma contenida en el artículo 1552 impide decretar la resolución si ambas partes no cumplen lo pactado, toda vez que para solicitar la resolución, el demandado ha de estar en mora,²⁵⁵ a lo que la referida norma obsta para el caso de mutuos incumplimientos.

Así, sostiene Alessandri que el artículo 1489 sólo regularía el incumplimiento por uno de los contratantes, viniendo el artículo 1552 a regular la situación de los

²⁵⁴ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Ob. cit.* Volumen I. Páginas 273 y ss. En el mismo sentido, su comentario en RDJ, 1931, Tomo 28, 2ª parte, sección 1ª y CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 184; RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Acción Resolutoria y Excepción de Contrato no cumplido. Revista de Actualidad Jurídica. N° 8: páginas 69 y ss., Julio 2003.

²⁵⁵ La jurisprudencia ha afirmado de manera constante e invariable la necesidad de que el deudor se encuentre en mora para decretar la resolución: C.S., 16.07.1910 RDJ tomo VII, sección 1ª, página 449 y siguientes; C.S., 04.06.1912, RDJ tomo X, sección 1ª, página 507 y siguientes; C.S., 11.01.1917, RDJ tomo XVI, sección 1ª, páginas 34 y siguientes, *Gohring con Recart* (donde ambas partes incumplieron sus respectivas obligaciones); C.S., 17.09.1926, RDJ tomo XXIV, sección 1ª, página 150 (C. 8º, 1ª instancia, página 156); C.S., 30.06.2003, rol 3643 – 2002, *Rivera Marín, José Fidel con Muñoz Gallardo, Pedro Antonio*, G.J. 277, 2003, páginas 77 y siguientes; C.S., 23.03.2006, rol 3805 – 2005, *Álvarez Arévalo, Esteban Alberto con Sociedad Inmobiliaria Matinea Ltda.*, G.J. 309, 2006, páginas 126 y siguientes.

incumplimientos recíprocos mediante el establecimiento de la ausencia del requisito de la mora del demandado, condición *sine qua non* para dar lugar a la resolución.

En abono de esta postura, cita los artículos 1826 y 1873 del Código Civil, que exigen expresamente que el contratante que demanda la resolución ha de haber cumplido a su turno las obligaciones que le impone el contrato. Para dicho autor, las normas consagradas a propósito del contrato de compraventa son aplicaciones de las reglas generales establecidas en materia de efectos de las obligaciones, siendo los artículos referidos, por lo mismo, aplicación de la regla contenida en el artículo 1552 del Código Civil.²⁵⁶ Así, para Alessandri las reglas de toda resolución son las mismas, sea que provengan del artículo 1489 o de los artículos 1826 y 1873.

Siguiendo con la argumentación anterior, Alessandri recurre al fundamento de la interdependencia o reciprocidad de las obligaciones que surgen de los contratos bilaterales, y señala:

*“El fundamento de este requisito proviene de que como ambas partes se obligan en atención a la obligación que la otra contrae a su favor, no es posible que una pueda obligar a la otra a que cumpla la suya si no comienza por cumplirla. Es por eso que si el vendedor no ha cumplido con su obligación no podrá pedir la resolución del contrato aunque el comprador esté en mora de pagar el precio. Si lo hace, su demanda será rechazada por la excepción adimpleti contractus, o sea, a virtud de la disposición contenida en el artículo 1552 del Código Civil”.*²⁵⁷

Vío Vásquez también deduce la misma exigencia del artículo 1552 del Código Civil, el que a su juicio consagraría – al igual que Alessandri – la *exceptio non adimpleti*

²⁵⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ., Arturo. *Ob. cit.* Tomo I, Volumen II. Página 788.

²⁵⁷ ALESSANDRI RODRIGUEZ., Arturo. *Ob. cit.* Tomo II, Volumen I. Página 362. Además de lo que se ha establecido en referencia a la funcionalidad y la articulación de la *exceptio non adimpleti contractus* y los remedios frente al incumplimiento contractual, vimos los pasos que se han dado en pos de propender a una sistematización coherente de los remedios contractuales en torno al supuesto básico, general y objetivo de “incumplimiento”. De acuerdo a esta tesis, la verificación de un incumplimiento material “activa” el conjunto de remedios de que dispone el acreedor que ve insatisfecho su derecho de crédito. Sin embargo, cada remedio se concibe de manera autónoma en relación a los demás elementos integrantes de su correspondiente presupuesto de hecho. Por lo mismo, la falta de disponibilidad de un remedio en razón de la ausencia de alguno de los requisitos que lo hacen procedente no prejuzga, en principio, sobre la posibilidad de recurrir a alguno de los otros que consagra el ordenamiento jurídico.

contractus. A diferencia de Alessandri, parece estimar que del artículo 1489 no puede desprenderse la necesidad de que el demandante sea el contratante diligente, por lo que el fundamento lo encuentra en la referida norma del artículo 1552 y en las disposiciones relevantes del título de la compraventa. El artículo 1552 tendría por fin proteger a cualquiera de los contratantes cuando en su contra se entabla una demanda de resolución por aquel que no ha cumplido ni ha estado llano a cumplir con sus obligaciones.²⁵⁸

En época más reciente, Pizarro también ha afirmado que aquel habilitado para ejercer la opción resolutoria es sólo el contratante diligente, si bien por razones distintas a los autores recién citados. Así, en los casos de incumplimientos recíprocos, la resolución no puede ser admitida precisamente por faltar uno de los presupuestos de la acción resolutoria. De este modo, el autor asigna a la *exceptio* un rol meramente complementario o secundario. En una posición bastante similar a la de Alessandri, es de la opinión que:

“...el incumplimiento recíproco de las obligaciones impide resolver el contrato no en razón de la excepción prevista en el artículo 1552, sino que invocando la falta de un elemento de la acción resolutoria, cual es la calidad de acreedor diligente del demandante...La regla prevista en el artículo 1552 opera nada más como un argumento complementario para rechazar la acción de resolución.”²⁵⁹

Parece ser que para Pizarro, la necesidad de hallarnos frente a un contratante diligente se desprende como requisito de la acción resolutoria por el sólo mérito del artículo 1489 del Código. Por ello el carácter meramente complementario – y por tanto innecesario – de la norma consagrada en el artículo 1552 del mismo.²⁶⁰

²⁵⁸ VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Ob. cit.* Página 254.

²⁵⁹ En: PIZARRO WILSON, Carlos y AGUAD DEIK, Alejandra. *Obligaciones y Responsabilidad Civil. Comentario de Jurisprudencia. Ob. Cit.* Página 197 y PIZARRO WILSON, Carlos. *La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. Ob. cit.* Páginas 325 y ss.

²⁶⁰ Al igual que Alessandri o Vío Vásquez, el jurista venezolano Melich – Orsini deriva la necesidad de cumplimiento del actor de la *exceptio* consagrada en el artículo 1168 del Código Civil de aquel país, él que como vimos en un capítulo anterior consagra la *exceptio* en su formulación tradicional, es decir, en articulación con una demanda de cumplimiento forzado. Melich-Orsini sostiene que: “*En primer lugar, no procederá la demanda de resolución si por haber el propio actor incumplido el contrato procede contra él la excepción non adimpleti*

En lo que concierne a la jurisprudencia nacional, ésta se ha manifestado casi de manera invariable en la misma línea, negado la procedencia del ejercicio de la acción resolutoria para el caso de mutuos incumplimientos, toda vez que ésta correspondería únicamente al contratante diligente contra aquel constituido en mora de cumplir.

Ilustra esta tendencia el siguiente considerando de una sentencia de casación de la Corte Suprema:

*“...En razón de lo señalado es menester concluir que tanto la demanda principal como la reconventional de resolución de contrato deberán ser rechazadas por no concurrir en ninguno de los dos casos la exigencia establecida en la letra c) del párrafo anterior (que quien la pide, haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación), ya que, como se ha dicho, ambos contratantes incumplieron obligaciones que les eran propias, de modo que ninguno de ellos se ha constituido en mora de cumplir lo pactado, en razón de que el otro no ha cumplido tampoco su obligación ni se ha allanado a cumplirla en tiempo y forma”.*²⁶¹

En Colombia, país que también adoptó el Código de Bello, la situación era la misma. Así, su Corte Suprema ha señalado:

contractus. Es cierto que quien demanda la resolución y prueba con la presentación del contrato celebrado la existencia de la obligación a cargo de su contraparte, no tiene por qué comenzar por establecer que él ha cumplido todas las obligaciones a su propio cargo, pero si...resultare que el incumplimiento del demandado es justificable por el hecho de haber el propio actor incumplido su obligación, el juez deberá desechar la demanda de resolución (inadimpleti non es adimplendum). Es esto lo que hace decir a algunos autores que el actor debe haber cumplido u ofrecer cumplir o también que la acción de resolución no puede ser ejercitada en condiciones contrarias a la buena fe” (MELICH – ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. *Ob. cit.* Página 752 y MELICH - ORSINI, José. La Resolución del Contrato por Incumplimiento. *Ob. cit.* Páginas 219 y ss.). Sin embargo, como ya se ha dejado establecido, esta no es una hipótesis de incumplimientos recíprocos, toda vez que el incumplimiento del demandado encuentra su causa en el del actor. En un caso como este, se opone a la buena fe que el actor demande el cumplimiento, cuestión que no se da ante verdaderos incumplimientos recíprocos. Por otra parte, esta posición también se enfrenta a la tesis que se ha planteado con respecto a que la funcionalidad y articulación de la *exceptio* sólo es coherente frente a una demanda de cumplimiento forzado. Lo mismo podría decirse con respecto a Alessandri y Vío Vásquez.

²⁶¹ *Hernández Pastén con Rodríguez Cabrera*, C.S. 09.03.2009, rol 6859 – 2007, N° Legal Publishing 41746. Similar en: *Sociedad Arata S.A.C.I. con Sociedad Inmobiliaria El Alarife S.A.*, 9907 – 2005, C.A. Santiago, 15.06.2009, N° Legal Publishing 42267; C.S. 30.04.1915, RDJ tomo XIII, sección 1ª, página 67 y siguientes.

*“Las disposiciones de los artículos 1546 (1489 del Código Civil chileno) y 1930 (1873 del Código Civil Chileno) han de entenderse y aplicarse con el artículo 1609 (1552 del Código Civil chileno). La acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora”.*²⁶²

Con respecto a la realidad española, la situación es relativamente similar a la chilena. El artículo 1124 del Código Civil Español consagra una norma similar al artículo 1489 del Código de Bello. El texto de dicho artículo tampoco exige de manera clara que el demandante de resolución haya cumplido a su turno con las obligaciones que le correspondían, pero el Tribunal Supremo y la doctrina han de todos modos adherido a la idea que el contratante que incumple con sus obligaciones no tiene derecho a pedir la resolución del contrato.

Con respecto a ello, Dell Aquilla ha sostenido que,

*“...el requisito de que quien pide la resolución tiene que haber cumplido – o, por lo menos – no haber incurrido en situación de incumplimiento – llega hasta el extremo de que se afirma, por parte del Tribunal Supremo, que no puede darse lugar a la resolución prevista por el artículo 1124 cuando haya incumplimiento de ambas partes.”*²⁶³

Al igual que Pizarro, aunque por consideraciones de otro orden, en Dell Aquilla la calidad de contratante diligente no es precisamente un requisito o condición de la acción resolutoria, sino que más bien una hipótesis de *falta de legitimación para obrar, de falta de capacidad de actuar, al hacer referencia a una cualidad jurídica del actor*, la que se fundaría en consideraciones de equidad, toda vez que aquel que comete un

²⁶² Cas. 17.09.1954. En el mismo tenor: Cas. 13.06.1946 y Cas. 25.03.1950, donde señala expresamente que la mora es requisito de ambas acciones optativas del artículo 1546 del C.C. (Citadas en: GAMBOA S., Mario. *Ob. cit.* Páginas 304 y ss.

²⁶³ DELL AQUILLA, Enrico. Resolución del Contrato Bilateral. Salamanca. 1981. Página 172 n. 9, para quien la redacción de los artículos 1184 del *Code* y 1453 del *Codice* explican la falta de jurisprudencia al respecto. Ambos artículos están redactados de una manera muy similar al 1489 chileno. En ellos se configura la facultad resolutoria sobre el incumplimiento de “uno de los contratantes”, concediéndosela al “otro”. En el mismo sentido: OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *Ob. cit.* Página 77. En Argentina y en base a la jurisprudencia de sus tribunales, Juan Luis Miquel se ha pronunciado en el mismo sentido: MIQUEL, Juan Luis. *Ob. cit.* Página 138 y nota 197.

acto ilícito no puede aprovecharse de las consecuencias jurídicas, para él convenientes, que se deriven de aquel hecho.²⁶⁴

Por su parte, otros autores en España han encontrado el fundamento de dicha posición en el término “perjudicado” que utiliza el citado artículo. Según se señala, el contratante que no ha cumplido con su obligación no puede ser identificado como “perjudicado”, pues no ha sufrido la lesión de su crédito. En este sentido, Díez-Picazo Gimenez, en referencia a los remedios sinalagmáticos en general y a propósito de la idea de sinalagma funcional como fundamento de la facultad resolutoria, ha señalado que,

*“Si ninguno de los contratantes cumple en el momento previsto para ello su respectiva obligación significa que ninguno de ellos está legitimado para exigírsela al otro y, en consecuencia, no están legitimados para usar de los remedios que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para defender su derecho de crédito, ya que no ha habido lesión (ningún patrimonio sufre daño). En definitiva y si esto que se predica es cierto, hay que afirmar que ninguno podrá resolver, pretender el cumplimiento, ser indemnizado ni trasladar los riesgos al otro contratante. Ambos estarán retrasados en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pero el retraso al no ser jurídicamente relevante, no originará consecuencia alguna. El único medio de alcanzar la protección del ordenamiento es el cumplimiento exacto y a partir de ese momento el acreedor (parte contratante cumplidora) estará facultado para ejercer todas aquellas medidas tendentes a la satisfacción de su derecho de crédito, ahora sí, lesionado”.*²⁶⁵

Si bien el panorama expuesto hasta el momento constituye la tendencia dominante, las posiciones desde antiguo han adoptado matices tanto a nivel nacional como comparado. Es el caso de Claro Solar quien, si bien establece expresamente la

²⁶⁴ DELL AQUILLA, Enrico. *Ob. cit.* Página 172, a lo que subyace la idea de la resolución como sanción y el incumplimiento como acto ilícito, cuestión que se analizó más arriba.

²⁶⁵ DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. *Ob. cit.* Páginas 504 y 505. En el mismo sentido se pronuncia ALBADALEJO, Derecho Civil. Tomo II, Volumen I. Barcelona. 1994. Página 108. Ver también: CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 173, n. 107. Existe abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo español al respecto, tanto sobre la utilización del término “perjudicado” como en general la falta de legitimación del contratante incumplidor para demandar la resolución del contrato, lo que se extiende a los incumplimientos recíprocos. Ver sentencias citadas en FERNANDEZ G-R., M. De los Ángeles. La Resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales. Madrid, España. La Ley-Actualidad S.A. 1998. Páginas 128 y ss.; ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *Ob. cit.* Páginas 240 y ss. y CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Páginas 173 y ss. En particular para el caso de incumplimientos recíprocos: CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Página 27, n. 70.

necesidad que el actor haya dado cumplimiento a sus obligaciones, a diferencia de los demás autores en esta línea, no deriva de ello necesariamente la improcedencia de la resolución ante incumplimientos recíprocos, al señalar:

*“Puede ocurrir, sin embargo, que ambas partes que han cumplido algunas de las obligaciones que el contrato les impone hayan dejado de cumplir otras; y que exista, por lo mismo, incumplimiento recíproco. Toca en estos casos al juez, apreciando los hechos invocados por las partes, o rechazar la demanda de resolución y la reconvencción deducida con el mismo objeto, o aceptar una de ellas”.*²⁶⁶

No queda claro el valor o importancia que el autor asigna a la parcialidad del incumplimiento para arribar a la posible solución que plantea. De todos modos, no parece haber dificultad en conceder dicha facultad al juez frente a incumplimientos recíprocos totales o absolutos de ambas partes si el autor se allana a hacerlo frente a incumplimientos parciales. De acuerdo a lo que se ha venido señalando en esta tesis, aceptar una de las demandas implicaría que el incumplimiento no es efectivamente recíproco, o bien que lo es y procede de acuerdo a las razones que se irán ofreciendo en lo que queda del desarrollo de esta memoria.

Ramella, para quien la mora es requisito de la acción resolutoria y que, por lo tanto, en el caso de incumplimientos recíprocos en principio no procedería la resolución por efecto de la compensación de la mora, adopta, sin embargo, una solución también tendiente a la resolución del contrato. En ella se dejan ver algunas de las consideraciones que se han expuesto más arriba. En este sentido señala:

*“Si media incumplimiento culpable recíproco, por lo que dejamos expresado, el pacto comisorio, en principio, no se puede hacer valer; pero si ambas partes pretenden llegar a la resolución, ésta debe ser admitida, porque la voluntad de los obligados será coincidente en este aspecto, que corresponde a un área en la cual por no hallarse en juego el orden público, los particulares pueden válidamente convenir”.*²⁶⁷

²⁶⁶ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 190.

²⁶⁷ RAMELLA, Anteo E. *Ob. cit.* Páginas 124 y 125. Para el autor, dicha situación sería excepcional, toda vez que según el artículo 1203 del Código Civil Argentino, sólo la parte “no culpada” podrá resolver el contrato (RAMELLA, Anteo E., Resolución del Contrato. En: TRIGO, Felix y STIGLITZ, Rubén (dir.). Contratos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones LaRocca. 1989. Página 296). Sin embargo, dicho artículo hace alusión al pacto comisorio expreso en el que las partes se reservan la facultad de no cumplir si la otra no cumpliere. Por el contrario, el

artículo 1204 que consagra la facultad de resolver los contratos por incumplimiento implícita en los contratos bilaterales no hace alusión directa al requisito de no poder resolverse por la parte “culpada”. De todos modos, la redacción es similar a nuestro 1489, dado que también habla de “uno” de los contratantes. Por otra parte, el autor parece insinuar que esta mutua voluntad coincidente se asemejaría a un tácito disenso. Un argumento similar al de Ramella en: MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. *Ob. cit.* Página 469. Se debe señalar, sin embargo, que si ambas partes se demandan mutuamente no puede afirmarse que ello equivalga a la celebración de un convenio, como lo afirma el autor. Un pacto de este tipo, algo así como un avenimiento, es un acto jurídico procesal bilateral en el que la voluntad de las partes se orienta en dicha dirección y sus manifestaciones son recíprocas, a diferencia de una demanda que constituye típicamente un acto jurídico procesal unilateral dirigido al tribunal donde no se manifiesta la voluntad de convenir.

(a) Razones para excluir la condición de contratante diligente.

En primer lugar, se puede señalar que posiciones como la de Díez-Picazo Giménez con respecto a su idea de lesión del crédito como base de los remedios son bastante cuestionables. La lesión del derecho de crédito de una de las partes en un contrato bilateral no se verifica únicamente ante la ejecución de una prestación que no encuentra la satisfacción de su recíproca por el otro contratante, con el consecuente desequilibrio patrimonial que esto implica. Un acreedor que no ve satisfecho su crédito en tiempo y forma de acuerdo al contrato ve lesionado su crédito con independencia de que ello le haya significado o no un efectivo o mensurable detrimento patrimonial. La lesión del crédito no depende de que el acreedor haya a su turno cumplido con su obligación, pues el sólo hecho del incumplimiento vulnera el crédito. El objetivo de las partes al momento de contratar es obtener los beneficios que le reportará el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones que se configuran en el contrato con miras a regular sus intereses. La inejecución de estas, por definición, vulnera aquellos intereses, sin perjuicio que el contratante pueda, eventualmente y en el futuro, lograr satisfacerlos por otros medios y obtener la reparación de los costos que puedan haber resultado del incumplimiento. Sin embargo, en lo que respecta al contrato no ejecutado, la lesión o vulneración de sus intereses se verifica siempre y de todos modos con el incumplimiento. Si logra acreditar y cuantificar adecuadamente un daño patrimonial cierto, ya sea actual o futuro, será materia de la acción de indemnización de perjuicios, pero que ello no sea así no impide visualizar al contratante incumplido como un “perjudicado”, haya o no cumplido él mismo con sus obligaciones. En suma, la clave está en observar que la lesión se verifica por la mera insatisfacción del crédito, por su no cumplimiento. Es un asunto conceptual y no corresponde analizar si, en los hechos, el acreedor sufre perjuicio económico. Por lo mismo, es irrelevante que el acreedor haya o no cumplido con la obligación que le corresponde (en tanto deudor) a fin de determinar si el incumplimiento de su crédito constituye o no lesión de este. Lo contrario, verificar el efectivo detrimento patrimonial, implica extrapolar todos los requisitos de la acción de perjuicios a las demás acciones.

Para ilustrar lo recién expuesto resulta conveniente recurrir a la opinión de Baraona González. De acuerdo a dicho autor, constituye un error metodológico atribuir a las normas sobre indemnización de perjuicios un carácter central en sede de incumplimiento. Cada remedio cuenta con normas propias (si bien en nuestro Código son escasas y se encuentran diseminadas), por lo que,

*“...si la noción de incumplimiento se liga a la responsabilidad por los daños y perjuicios, necesariamente deberá construirse una idea de incumplimiento diferente para las distintas otras consecuencias y reacciones del sistema, v.gr. en material de resolución contractual ex artículo 1.124 CC. Además, la reconducción de todo incumplimiento al artículo 1.101 CC (que es el que se encarga, en el Código español, de regular el remedio indemnizatorio), desdibuja la idea misma de prestación como factor central del vínculo obligatorio, al imponerse la necesidad de probar los daños, con lo cual se llega a la extraña y paradójica afirmación que el incumplimiento no siempre los causa. Claro, no siempre supone un daño indemnizable, pero por definición siempre incumplir es dañar, en cuanto que es ausencia de prestación debida y ocurre que ese daño puede ser reparable con el cumplimiento retrasado”.*²⁶⁸

Con respecto a otra de las ideas expuestas, y en la línea de lo sostenido en el capítulo 2, se debe coincidir con lo dicho por Pizarro respecto a la irrelevancia de la *exceptio*. Como hemos visto, dicha institución se articula coherentemente sólo frente a una demanda de cumplimiento forzado de la obligación. En la doctrina nacional, Elgueta se ha manifestado en este sentido, al sostener que:

*“La excepción de contrato no cumplido sólo se da al demandado como medio de defensa cuando se le exige el cumplimiento, mas no una defensa apta para enervar la acción resolutoria, ya que no es congruente con ésta”.*²⁶⁹

Por ende, ante la constatación de incumplimientos recíprocos cabe preguntarse qué finalidad tendría la interposición de la excepción de incumplimiento contractual ante una demanda de resolución de contrato.

Si el demandado no consiente en la resolución del contrato, lo que le corresponderá hacer es instar por el cumplimiento, para lo que debiere deducir

²⁶⁸ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Página 104.

²⁶⁹ ELGUETA ANGUITA, Augusto. *Ob. cit.* Página 54. En el mismo sentido, AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.* Página 26.

reconvencionalmente una demanda de ejecución forzada de las obligaciones, ofreciendo a su turno cumplir con la obligación que le corresponde (toda vez que, en caso contrario, el demandado reconvencional podría oponer a su turno la excepción de contrato no cumplido). Sin embargo, lo usual en estos casos – y lo que ha motivado los fallos relevantes en la materia – son contratos en los que se han verificado incumplimientos recíprocos y ninguna de las partes manifiesta intenciones de ejecutar sus obligaciones, generalmente porque les resulta ya imposible o bien inútil. En una hipótesis como esta, la excepción tampoco ofrece ninguna funcionalidad práctica. El demandado que tampoco desea perseverar en el contrato no tendrá más que allanarse a la demanda de resolución. La posibilidad que planteara Pizarro referida a una eventual reconvención de resolución, no altera en nada los efectos de la situación recién dicha. Así, ello tampoco resultaría más funcional que la excepción. La única relevancia estaría dada por el cobro de perjuicios, donde se señaló que no es la *exceptio* la que opera, sino que la regulación de la mora en los contratos bilaterales contenida en el artículo 1552.

Podemos citar en apoyo de esta postura a Benabent, quien indica que,

*“El contratante decepcionado no debe limitarse a esta actitud puramente pasiva y defensiva: debe demandar la resolución del contrato”, agregando que “la excepción conduce a una suspensión del contrato que es puramente provisoria. Es una solución de espera. Ella permite a su autor presionar a su contraparte para obtener satisfacción, pero no resuelve la cuestión definitivamente” y finaliza, “en realidad, la excepción no tiene sentido sino durante el periodo en que el acreedor espera aun poder obtener la ejecución del contrato: puede de hecho paralelamente poner en marcha los procedimientos para constreñirlo a tal efecto. Pero tan pronto esta esperanza se haya desvanecido, el contratante decepcionado no debe limitarse a esta actitud puramente pasiva y defensiva: debe demandar la resolución del contrato”.*²⁷⁰

Pizarro señala que ante mutuas demandas de resolución, operaría un mutuo disenso o resciliación tácita, posición que también ha adoptado Rodríguez Grez. Sin embargo, se han levantado legítimas críticas a dicha posición que atienden a los

²⁷⁰ Citado en CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Página 14.

presupuestos y estructura de dicha convención extintiva.²⁷¹ Por otra parte, de aceptarse que sea requisito de legitimación activa en la causa que la acción sea incoada por un contratante diligente, no cabría la posibilidad al demandado de allanarse, puesto que el rechazo devendría en necesario por la falta de legitimación del actor para obrar en la causa.

A la situación de demandas recíprocas de resolución también se ha visto enfrentada la doctrina española. Díez Picazo señala que, en casos como estos,

*“...se ha señalado con acierto que, cuando existen dos contrapuestas demandas de resolución, mantener el contrato y la relación contractual entre las partes resulta paradójico y, finalmente, contradictorio con la voluntad de las mismas, por lo que algún sector doctrinal ha propuesto que en tales casos se acepte la demanda de resolución por imposibilidad sobrevenida en la ejecución”.*²⁷²

Si bien se puede decir que la solución planteada va en sentido correcto pues acepta poner término al contrato, resulta en cierta medida artificioso recurrir a la imposibilidad sobrevenida para fundar la resolución en este caso. Una cosa es que una o ambas de las prestaciones se hayan tornado imposibles por motivos ajenos a la esfera de diligencia o control que le corresponde a las partes en virtud del contrato o la

²⁷¹ PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. *Ob. cit.* Página 321 y en Obligaciones y Responsabilidad Civil (Comentario de Jurisprudencia). Revista Chilena de Derecho Privado. Número 4: página 197, 2005; RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. *Ob. cit.* Página 125. Para las críticas, MANTILLA E., Fabricio. *Ob. cit.* y GAMBOA S., Mario. *Ob. cit.* Páginas 307 y ss.; CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Páginas 182 y 183. En primer lugar, resulta complejo aplicar el tácito disenso a contratos solemnes, toda vez que la manifestación de voluntad extintiva ha de producirse a través de las mismas formalidades exigidas para la perfección del contrato. Junto con lo anterior, muchas veces será difícil inferir la mutua voluntad de las partes de resciliar el contrato, siendo la acción judicial donde se demanda su resolución precisamente un indicio de lo contrario. Si funda su acción en el incumplimiento ello acontece precisamente porque existe una obligación que no se ha satisfecho. Ello no ocurriría si estas se hubieren extinguido por disenso. Por lo mismo, puede señalarse que, de verificarse en una situación como ésta una resiliación tácita o mutuo disenso, debiese desestimarse una eventual demanda de perjuicios, puesto que lo que habrá serán obligaciones que se extinguieron por la mutua voluntad de las partes y no obligaciones incumplidas de cuyo incumplimiento deriven perjuicios a ser indemnizados. En otras palabras, si hay mutuo disenso no hay incumplimiento mutuo, siendo lo contrario también cierto.

²⁷² DIEZ – PICAZO, Luis. *Ob. cit.* Página 721. En el mismo sentido, CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 182. Esta situación se analizará con más profundidad cuando se aborden los fundamentos de la resolución y sus consecuencias para los casos de incumplimientos recíprocos.

ley, verificándose el supuesto de imposibilidad sobrevenida. Otra situación, en la que no se verifica la hipótesis de imposibilidad sobrevenida, es que ella se funde en la mutua voluntad de las partes de no perseverar en un contrato que a ninguna de las dos beneficia o interesa. Dicha mutua voluntad no necesariamente habría de provenir de circunstancias que hacen imposible (o exigen una diligencia mayor de la pactada o regulada por la ley) el cumplimiento de sus prestaciones respectivas. De este modo, sostener que se verifica una imposibilidad de cumplimiento fundada en la sola voluntad renuente o remisa de las partes es una utilización indebidamente laxa en términos dogmáticos de los conceptos jurídicos relevantes.

En suma, las consideraciones anteriores son sólo algunas someras apreciaciones preliminares para mostrar algunas deficiencias de los argumentos. La excepción de contrato no cumplido no es en si misma apta para enervar la acción de resolución y, ante casos en que en ambas partes existe una mutua intención de desligarse del contrato, cierta doctrina ha tendido a flexibilizar su posición. Toca ahora, por tanto, comenzar a evaluar con detención la vinculación entre la mora (y la imputabilidad del incumplimiento por ella implicada) con la resolución en el marco de los incumplimientos recíprocos. El primer tema que se abordará dice relación con una de las vías de que la doctrina y jurisprudencia se han valido para evitar las complicaciones que surgen de los recíprocos incumplimientos. Ésta es la de estimar la presencia de una laguna jurídica en este tipo de hipótesis. El camino, si bien resulta útil, no es ajustado a la regulación de nuestro Código y además resulta innecesario.

(b) La existencia de una laguna normativa en el caso de los incumplimientos recíprocos.

Con respecto al artículo 1489, se ha afirmado²⁷³ que existiría una laguna normativa para los casos de incumplimiento de un contrato bilateral por ambos contratantes. Así, dicho artículo sólo regularía aquellos casos en que es uno solo el contratante que ha incumplido con sus obligaciones. Por lo tanto, la solución habría que buscarla por otro medio, ya sea recurriendo al artículo 1552 o a consideraciones de equidad o espíritu general de la legislación, lo que podría llevar a tanto a aceptar como a rechazar la aplicación del remedio. En lo que sigue se pretende señalar que tal laguna no existe. No obstante, de la negación de la existencia de una laguna no se sigue que no sea correcto no admitir la resolución ante incumplimientos recíprocos. Es posible afirmar que en esta situación procede la resolución, sea que exista o no una laguna normativa en la especie.

(i) Revisión sucinta del debate sobre las lagunas jurídicas en la teoría del derecho.²⁷⁴

Una tesis central dentro de la teoría positivista del derecho, es que la existencia de lagunas es contingente en los sistemas jurídicos y, enfrentado a una, el juez tiene discreción para resolver el caso. Esta “discreción” no es lo mismo que “arbitrariedad”, toda vez que el juez – ante la ausencia de una norma en el sistema de donde extraer la solución para el caso particular – crea una norma general en virtud de la cual resuelve el conflicto.

²⁷³ *Vid infra* páginas 198 y ss.

²⁷⁴ En esta sección se entrega un resumen muy breve (que, por lo mismo, no refleja los argumentos y debates en toda su complejidad, fineza y rigurosidad) de la discusión que se ha dado en teoría del derecho sobre la existencia y consecuencia de las lagunas jurídicas. Una revisión profunda de la cuestión excede los límites de esta memoria (o de cualquier otra no dedicada específicamente a la materia), toda vez que por ser un tema central dentro de la teoría, ha sido motivo de quizás cientos de obras especializadas. Por lo mismo, en lo que sigue simplemente se provee de algunas claves y líneas generales para situar el problema. Para estos efectos, se utiliza como referencia principal la obra LAGUNAS en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial por Fernando Atria *et. al.* Madrid, España. Editorial Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2005. También se recurre a HART, H.L.A. *Ob. cit.*; ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Argentina. Astrea. 1974 y ATRIA LEMAITRE, Fernando. *On law and legal reasoning.* Oxford. Hart Publishing. 2002.

Para comprender dicha posición es necesario entregar una definición de “laguna”, lo que los autores hacen distinguiendo diversas especies. En el sentido estricto de laguna – entendida como la constatación de la ausencia de una norma en el sistema – ella adquiere la denominación de “laguna normativa”. En términos generales, las lagunas normativas se definen como casos que no son correlacionados por ninguna de las reglas del sistema jurídico con propiedad deóntica alguna. En otras palabras, ninguna norma asigna la propiedad de “permitido”, “prohibido” u “ordenado” a la conducta descrita por el caso. Para comprender la formulación anterior, es necesario agregar algunas definiciones. Un “caso” (C) es “toda propiedad de un UP (universo de propiedades) y todo compuesto veritativo – funcional de tales propiedades – siempre que no sea tautológico ni contradictorio”. Un UP es definido como un conjunto de propiedades que pueden estar presentes o ausentes en los elementos de un UD (universo de discurso). Un UD es un conjunto de situaciones o estados de cosas en las cuales una acción perteneciente a un UA (universo de acción) es posible. Por último, un UA es un conjunto finito de acciones básicas, es decir, las otras acciones son conjuntos veritativo – funcionales de ellas.²⁷⁵ En suma, un caso es un conjunto de propiedades – que se pueden presentar en distinta combinación, y al que una norma enlaza una consecuencia normativa. Si no lo hace, hablamos de una laguna normativa, la que existe cada vez que el orden jurídico no provee de una solución conflicto de intereses por ausencia de una norma en tal sentido.²⁷⁶

Si bien esta es la clase de laguna que se tiene en mente cuando se sostiene que el caso de los incumplimientos recíprocos no se encuentra regulado por nuestro ordenamiento civil, conviene explicar otro fenómeno que también es calificado como laguna, esta vez denominada “axiológica”. En esta hipótesis el sistema jurídico provee de una propiedad deóntica para un caso determinado, pero esta es considerada injusta por el órgano de aplicación del derecho o el intérprete. Esta consideración viene dada

²⁷⁵ ATRIA *et al.* *Ob. cit.* Página 46.

²⁷⁶ “Laguna” como “conflicto de intereses” no previsto por el derecho es la manera de comprender el fenómeno que aporta Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*, el que es adoptado por Alchourrón y Bulygin en su *Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales y Jurídicas* (ATRIA *et al.* *Ob. cit.* Página 17).

por el hecho que la regla que soluciona el caso no atribuye relevancia a una propiedad presente en éste la que, a juicio del intérprete, debiera serlo y con ello la solución resultaría ser distinta.²⁷⁷ Entonces, el problema radicaría en determinar en virtud de qué criterios se atribuye relevancia a ciertas propiedades.

Sin embargo, se ha criticado la forma de caracterizar a las lagunas *normativas* porque no logra distinguir entre aquellos casos que el derecho no regula y que pretende regular y aquellos casos que el derecho no regula ni pretende regular, puesto que *a priori* siempre sería posible listar las propiedades de un caso con tal exhaustividad que permitiera distinguir el caso de aquel regulado por el derecho y sostener, entonces, la presencia de una laguna. Si se comprende como laguna todos aquellos conflictos de intereses que no son regulados por el derecho, cualquier conjunto de propiedades que se pudiere idear se podrían presentar como una laguna. De esta forma, los jueces siempre tendrían discreción.²⁷⁸

De acuerdo a Atria, esta situación proviene de una incorrecta caracterización de la función judicial en torno a la idea de resolución de conflictos, la que hace inevitable e ilimitada la presencia de lagunas y, por tanto, la discreción judicial. Hart, al introducir el concepto de “regla secundaria de adjudicación”, caracteriza a la actividad jurisdiccional, en términos simples, como aquella encargada de determinar – con decisiones dotadas de autoridad – que ciertos hechos consagrados en el supuesto de hecho de una norma se han verificado, por lo que corresponde aplicar dicha norma, ya sea sancionando o atribuyendo un estatus normativo determinado a la conducta.²⁷⁹ Así, cualquier pretensión sostenida frente a los tribunales que no corresponda con los hechos operativos de una norma ha de ser rechazada. Si el derecho no considera como relevante una propiedad adicional quiere decir, en otras palabras, que a ella no se enlaza ninguna modificación en el estatus deóntico del caso definido sin esa propiedad. En este sentido, no existe simetría entre acoger y rechazar una demanda (como lo

²⁷⁷ ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Ob. cit.* Página 158.

²⁷⁸ ATRIA *et al.* *Ob. cit.* Página 65.

²⁷⁹ ATRIA *et al.* *Ob. cit.* Página 19.

sostendría un positivista²⁸⁰ en tanto el juez tendría discreción para resolver el caso), toda vez que dada la caracterización provista de la función jurisdiccional, el juez tendría la obligación de rechazar una demanda que no se funde en hechos que hagan operar la aplicación de una norma.

Esta idea de asimetría puede explicarse con un ejemplo que provee Atria²⁸¹ en el texto. En él, se señala que no existe regla en el derecho escocés que especifique el lugar en que una pareja de recién casados ha de pasar sus vacaciones. Puede suceder que el marido quiera ir a Francia, mientras la mujer a Sudáfrica, y el conflicto de interés se verifica por cuanto ambos quieren ir juntos. El problema radica en determinar qué debe resolver el juez ante una demanda, por ejemplo, del marido donde éste pretende que el tribunal falle a su favor, imponiéndole a la mujer la obligación de ir con él a Francia. Para un positivista, según se expuso, el adjudicador no tendría ninguna obligación específica de acoger o rechazar la demanda, sino sólo la obligación de hacer una de las dos cosas (presupuesta en el sistema la presencia de la regla del *non liquet*) creando – *ex post* – una regla para ello. En cambio, siguiendo la caracterización hartiana, debe sostenerse que el juez tiene la obligación de rechazar la demanda, no en virtud de una regla general creada para el caso, sino precisamente porque no tiene ninguna regla que aplicar. Eso explica la asimetría entre acoger y rechazar la demanda. Esta asimetría se corresponde con la distinción entre declarar que no existen consecuencias jurídicas asignadas a un caso específico y declarar, en cambio, que sí existen consecuencias en tal sentido. Para formular válidamente esta última afirmación, se requiere de una regla que disponga dichos efectos, mientras que para lo primero no se precisa regla alguna.²⁸²

Por tanto, un defensor de la tesis de las lagunas debe contar con un criterio para identificar casos que el derecho no pretende regular, donde la asimetría cobra sentido, para diferenciarlos de las lagunas propiamente tales. Sólo en el caso de las lagunas, se afirma, el juez tendría discreción. Sin embargo, la obtención de dicho

²⁸⁰ ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Ob. cit.* Página 215.

²⁸¹ ATRIA *et al.* *Ob. cit.* Páginas 17 y 18.

²⁸² ATRIA *et al.* *Ob. cit.* Página 65.

criterio es problemática en el marco de la denominada “tesis de las fuentes”, central al positivismo y su distinción entre lo que el derecho es y lo que el derecho *debe ser* (separación entre derecho y moral). De acuerdo a dicha tesis, la identificación del derecho válido puede hacerse sin recurrir a argumentos evaluativos o normativos, sino que simplemente mediante la concurrencia de ciertos hechos sociales neutros (*v.gr.* la verificación válida del procedimiento legislativo). Empero, sostiene Atria, la única forma de distinguir aquellos casos que el derecho pretende solucionar es argumentando cuales, en una correcta comprensión del derecho, éste *debería* pretender solucionar. Si se niega la posibilidad de recurrir a este tipo de argumentos, el derecho pretende regular todos los casos y, como cualquier caso podría ser complejizado por la incorporación de una nueva propiedad como relevante, los jueces siempre tendrían discreción.²⁸³

Planteada la discusión en los términos anteriores, se puede sostener diversas posturas con respecto al problema que nos ocupa. En primer lugar, podría señalarse que nuestro sistema jurídico no provee de ninguna consecuencia normativa, en relación con la resolución del contrato, para el caso que ambos contratantes hayan incumplido sus recíprocas obligaciones. Por tanto, el juez – obligado por el *non liquet* – deberá crear una norma general que acceda o rechace la aplicación del remedio resolutorio. Para ello, puede recurrir – como se verá – a principios de equidad o al espíritu general de la legislación. Ello puede derivar en la aplicación de apreciaciones de justicia propias del juzgador, como bien un recurso a los principios que configuran e informan el sistema del Código. El problema puede resultar, también, meramente interpretativo, por lo que tampoco se presentaría la laguna. Por otra parte, puede estimarse que en realidad el caso sí se encuentra resuelto, pero dicha solución aparece a los ojos del interprete como injusta, por lo que – muchas veces a pretexto de identificar una laguna – se entrega una solución al caso diversa a la que se contempla por el ordenamiento. Algo así es lo que acontece en algunas sentencias que se comentan a continuación, por cuanto la Corte afirma que el ordenamiento jurídico impide la resolución del contrato en el caso de mutuos incumplimientos para luego sostener que el Código Civil no provee una solución para dicho caso, toda vez que la

²⁸³ ATRIA *et al.* *Ob. cit.* Página 67.

hipótesis no se encuentra contenida en los artículos relevantes. Por lo mismo, en atención a consideraciones – primordialmente de equidad – los sentenciadores acceden a la resolución. Con ello, la Corte sostiene al mismo tiempo la existencia de una laguna normativa y de una axiológica, siendo ambas conceptualmente incompatibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la solución a los incumplimientos recíprocos en relación con la resolución del contrato no viene dada por la identificación de una laguna normativa, sino más bien por una adecuada comprensión y aplicación de las normas pertinentes. A continuación se ilustrará dicha discusión y se formulará un argumento para resolver en contra de la presencia de una laguna, pero sin que ello implique rechazar la resolución por mutuos incumplimientos, sino que precisamente lo contrario. En el resto del capítulo se ofrecen razones que complementan desde otras perspectivas la justificación de la resolución del contrato bilateral frente a los incumplimientos recíprocos.

(ii) La discusión sobre las lagunas y los incumplimientos recíprocos dentro del Código Civil.

En la doctrina nacional, Elgueta Ortiz²⁸⁴ ha defendido de manera interesante la presencia de una laguna en nuestro ordenamiento, para arribar a la solución que ante incumplimientos recíprocos (y una mutua voluntad en las partes de desligarse del contrato) procede la resolución. Para ello, expone 3 posibles interpretaciones del artículo 1489 del Código Civil en lo que se refiere a la exigencia de diligencia al demandante de resolución y su influencia en caso de incumplimientos recíprocos, decidiéndose en definitiva por aquella que identifica una laguna normativa.

La primera es una interpretación *a contrario sensu*. De acuerdo a esta forma de razonar, si el supuesto de hecho de la norma consiste en que una de las partes del

²⁸⁴ ELGUETA ORTIZ, Augusto. La Resolución y el Incumplimiento Recíproco. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 1947. *passim*.

contrato bilateral no ha cumplido con sus obligaciones, en tanto la otra sí lo ha hecho, concediéndole la acción a la primera de ellas, es justamente porque se la ha negado a la parte incumplidora. Sumando además lo dispuesto por el artículo 1552 del Código Civil, parecería que es a una posición como ésta a la que adhiere la doctrina tradicional. Que el artículo 1489 no se refiera expresamente al caso de los incumplimientos recíprocos es precisamente porque su texto revela que en dichos casos no procede la acción resolutoria. La misma redacción de la norma revelaría que esta se basa en el supuesto de que sólo uno de los contratantes no ha cumplido lo pactado.²⁸⁵

La segunda es una interpretación extensiva o *sensu largo*, en virtud de la cual – si bien la letra del artículo regula el caso en que sólo una de las partes ha cumplido con su obligación – el *sentido* de la norma también cubre el caso de los incumplimientos recíprocos, por lo que también resulta aplicable a este. Para adoptar esta interpretación, resultaría necesario desentrañar dicho sentido. Ello debe hacerse mediante una interpretación sistemática en conjunto con las normas que regulan la mora y la resolución, además de elaborar sobre las funciones y fundamentos de la resolución. Se pretende demostrar a través del capítulo que, sin perjuicio que el mismo texto de la ley admite la resolución en caso de incumplimientos recíprocos, es posible sustentar una posición en esta dirección basada en los fundamentos de la resolución y una interpretación sistemática adecuada.

Sin embargo, el autor no adhiere a ninguna de estas dos maneras de interpretar la norma del artículo 1489, estimando por el contrario la existencia de una laguna o vacío legal que ha de ser colmado – según al artículo 24 del Código Civil – de acuerdo a la equidad y al fundamento del referido artículo. El autor coincide con la doctrina tradicional en que el artículo 1489 sólo regula la hipótesis de incumplimiento individual,

²⁸⁵ La jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido tradicionalmente que el artículo 1489 rige únicamente cuando una de las partes cumple y la otra no lo hace, por lo que no procede la resolución si ambas partes han incumplido: entre otras, C.A. Santiago, 16/12/1909, RDJ tomo IX, sección 1ª, página 491; C.S., 11/11/1920, RDJ tomo XX, sección 1ª, página 19; 12/11/1921, RDJ tomo XXI, sección 1ª, página 241; *Grafigna con Del Río*, C.S., 14.10.1960, RDJ 1960 Tomo LVII, 2ª parte, Sección 1ª, páginas 274 y subsiguientes.

derivando de ello, sin embargo, consecuencias opuestas. Para él, ello revela la existencia de una laguna normativa, mientras que para la referida doctrina esto es señal inequívoca de la improcedencia de la resolución ante incumplimientos recíprocos.

Según Elgueta, el fundamento de la resolución radica en que cada una de las partes ha contratado presuponiendo que el otro contratante habrá de cumplir con su obligación y así, obtener las ventajas prometidas por el contrato. De este modo, dado que dicha presuposición falla tanto en los casos de incumplimientos individuales como en los recíprocos, no existe óbice para aplicar la disposición contenida en el artículo 1489 del Código Civil.²⁸⁶ La existencia de dicho fundamento común, unido al pretendido supuesto de hecho restringido de la norma revelaría para el autor la existencia de la laguna.

Así, lo ha resuelto la jurisprudencia en dos fallos muy relevantes en la materia. En la sentencia de casación de la causa “Aravena con Lizarralde”²⁸⁷ la Corte Suprema en los considerandos 15º y 16º declaró:

“Que, atendido su tenor literal, es absolutamente claro que el artículo 1489 del Código Civil envuelve una regla dictada por el legislador para regir exclusivamente la situación que se produce en los contratos bilaterales cuando una de las partes ha cumplido o está llana a cumplir el contrato y la otra se niega a hacerlo como quiera que el inciso 1º así lo expresa de un modo inequívoco al disponer que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; y el inciso 2º corrobora este sentido del inciso 1º al otorgar al otro contratante el derecho alternativo de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sanción ésta que sería absolutamente antijurídica y por lo

²⁸⁶ Peñailillo también es de la opinión que en el caso de los incumplimientos recíprocos existe un vacío legal que debe resolverse en el sentido de admitir la resolución, agregando como argumento el *carácter temporal de la obligación*. En relación con este último punto, el autor señala que en atención a la restricción a la libertad del individuo que implica una obligación, ésta por esencia resulta en una relación *transitoria* entre los vinculados. Por esta razón, ante una renuencia mutua de las partes al cumplimiento, cualquiera puede pedir la resolución del vínculo; PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. *Ob. cit.* Páginas 76 y 77. Para Pizarro, también existiría un vacío legal, toda vez que el artículo 1489 regula la hipótesis de un solo incumplimiento: PIZARRO WILSON, Carlos. *La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. Ob. cit.* Página 326.

²⁸⁷ Corte Suprema, Casación en el Fondo, 29.07.1931, RDJ XXVIII, 2ª parte, Sección 1ª, páginas 689 y siguientes.

mismo fuera de razón si se estimase que la ley la acordaba a favor del otro contratante que también no hubiera cumplido con sus obligaciones.

Que a igual conclusión se llega en orden al verdadero y genuino alcance del precitado artículo si se recuerdan los fundamentos racionales de equidad y justicia que lo inspiran, que no son otros que el subentender o presumir la ley que en los contratos bilaterales cada una de las partes consiente en obligarse a condición de que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, que la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones;”

A continuación, la Corte alude al establecimiento que hizo el tribunal *a quo* de la verificación de incumplimiento del contrato por ambas partes, por lo que la misma Corte estima que la cuestión de derecho que se debe resolver es si el demandante que no cumplió con sus obligaciones ha podido impetrar la acción resolutoria contra el demandado que tampoco dio cumplimiento a las suyas. Con respecto a esta situación, el considerando 21º de la sentencia manifiesta lo siguiente:

“Que, para resolver esta cuestión, si bien no hay ningún precepto de ley que concretamente la contempla, está este Tribunal en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”

Asimismo, y reproduciendo la sentencia recién citada, la Corte Suprema también en fallo de casación declaró que:

“Que, aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución de la promesa de venta en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla”.²⁸⁸

²⁸⁸ C.S. 512 – 2003, FM 517, páginas 3365 y siguientes, *Servicio Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios Manuel Jesús*. En idénticos términos a estas sentencias: *Parra Riffo con Rafide Morales*, 1744 – 2008, C.S. 19.8.2009, N° Legal Publishing 42558, a la que ya se ha hecho referencia. Con respecto a ella, Pizarro observa: *“El razonamiento es seductor, pero no completo. Si bien cabe compartir la doctrina de restringir los efectos de la excepción de contrato no cumplido a restringir la indemnización de daños, dicha limitación emana del artículo 1557 y debe entenderse referida nada más a los perjuicios derivados de la mora o moratorios o por el retardo, sin que pueda alcanzar a otros perjuicios diversos a aquéllos. Además, cabe considerar que la sentencia no resolvió en forma correcta la restitución del avance del precio que constituye un efecto de la resolución y no una indemnización de perjuicios. En consecuencia, debió procederse a a restitución del pago parcial del precio no a título de indemnización de perjuicios, sino como efecto natural retroactivo de la resolución del contrato”* (PIZARRO WILSON, Carlos. *Obligaciones y Responsabilidad Civil (Comentarios de Jurisprudencia)*. *Ob. cit.* Páginas 246 y 247.

Por lo tanto, en atención a aquellas consideraciones, la Corte resuelve:

“Que, en seguida, no pugna con la índole y la naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria el de que esta se acoja en la especie de autos, porque la resolución es precisamente el medio que la legislación contempla para desatar o romper un contrato, que nació perfecto a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y, todavía porque acogiéndola se llega a la virtualidad propia de toda resolución, cual es, la de que las cosas pueden restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiere existido”.

Una posición contraria adopta Alessandri, quien estima que la situación está resuelta por la lectura armónica de los artículos 1489 y 1552 del Código Civil, los que sólo confieren la acción resolutoria al contratante diligente, tal como lo reconoce la Corte Suprema en los fallos citados. Por lo tanto, admitir la resolución en un caso de incumplimientos recíprocos vulnera directamente lo consagrado por ambos artículos.

Comentando la sentencia, Alessandri postula,

En cambio, en *Grafigna con Del Río*, la Corte Suprema declara que la situación de los incumplimientos recíprocos se encuentra regulada por el artículo 1552 del Código Civil y no por la norma consagrada en el artículo 1489. Para la Corte Suprema en esta sentencia, es incorrecta la apreciación de los sentenciadores en *Aravena con Lizarralde* con respecto a la ausencia de precepto legal que regule la situación de los incumplimientos recíprocos, toda vez que se encuentra recogida por el artículo 1552. Por tanto, si a la fecha que debe suscribirse el contrato prometido de acuerdo a la promesa, ninguno de los contratantes estaba en condiciones de cumplir con las obligaciones que emanaban del contrato, el rechazo de la demanda de resolución interpuesta por uno de los contratantes no infringe el artículo 1489, toda vez que éste no tiene aplicación en el fallo, sino que es una adecuada aplicación del artículo 1552 del Código Civil (Casación en el Fondo, 14.10.1960, RDJ 1960 Tomo LVII, 2ª parte, Sección 1ª, páginas 274 y subsiguientes). Algo similar en: C.S., 08.08.2005, rol 5768 – 2004, *Yañez Vargas, Fernando Arturo con Bravo Castillo Alejandro Segundo*, N° Legal Publishing 32363. Como hemos visto, Elgueta Ortiz señala al respecto que el artículo 1552 trata específicamente la institución jurídica de la mora, lo que no guarda relación con la resolución por incumplimiento consagrada en el artículo 1489. Las sentencias recién aludidas, contrario a lo que se sostendrá más adelante, estiman que en virtud del artículo 1489 **no** procede la resolución en el escenario de incumplimientos recíprocos. Esta sola afirmación debiere descartar la solución de la laguna legal para esta especie de casos, la que sin embargo recogen. Con respecto a la sentencia de casación en la causa *Aravena con Lizarralde*, Alessandri es enfático: “*Si, a juicio de la Corte Suprema, no procede la acción resolutoria intentada por contratantes de un contrato que no ha sido cumplido por ninguno de ellos y quebranta el artículo 1489 del Código Civil la sentencia que, en tal caso, la admite ¿cómo puede decir, a renglón seguido, que esa situación no está contemplada concretamente por ningún precepto legal?*”. (Comentario en RDJ XXVIII, 2ª parte, Sección 1ª, 1931, página 693.

*“Esta solución (estimar la existencia de una laguna normativa y admitir la resolución por incumplimientos recíprocos) aparece como un medio ideado para mantener la decisión de los jueces sentenciadores que, si estaba reñida con la ley, se conformaba con la equidad...la cuestión sometida a casación era determinar si pudo el demandante que no cumplió con sus obligaciones, impetrar la resolución del contrato frente al demandado que tampoco dio cumplimiento a las suyas. Esta cuestión, contrariamente a lo que dice la Corte, está resuelta en forma concreta por el Código Civil en sus artículos 1489 y 1552, ya que estos, como la misma Corte lo establece...sólo confieren la acción resolutoria al contratante que cumplió o está llano a cumplir el contrato contra el otro que se niega a hacerlo. Por eso estimo quebrantado el artículo 1489 pues la sentencia recurrida admitió la acción resolutoria deducida por el contratante que no cumplió sus obligaciones contra el otro que tampoco habría cumplido las suyas”.*²⁸⁹

En oposición a lo señalado por Alessandri, Elgueta Ortiz²⁹⁰ estima que constituye una “exigencia impropia” dejar la facultad de impetrar la acción resolutoria bajo condición de haber cumplido con las propias obligaciones. Para él, sostener que la inejecución de la prestación por una parte impide a ésta exigir la prestación de la otra, equivaldría a afirmar que su derecho no nace del contrato, sino que del hecho del cumplimiento. Para él, la única limitación o argumento en contrario que se puede desprender de dicho artículo es la imposibilidad del demandante incumplidor de demandar de resolución a aquel que ha cumplido con sus obligaciones. En otras palabras, fija la legitimación pasiva en la acción.

En Colombia, Gamboa se ha mostrado partidario de la tesis de la existencia de una laguna normativa para el caso de la resolución ante incumplimientos recíprocos. Apoyándose en la sentencia chilena de Aravena con Lizarralde, señala que mantener a las partes ligadas por un vínculo jurídico que ninguna puede cumplir resulta de una interpretación rígida y absurda de los artículos relevantes. Según dicho autor, la interpretación que niega la resolución en caso de incumplimientos de ambas partes resulta inadecuada precisamente porque el artículo 1489 sólo regula los derechos del contratante cumplidor. Extraer por tanto la solución para nuestro problema del artículo 1489 implica desconocer el texto y sentido de la norma. Por ello, afirma la existencia

²⁸⁹ RDJ 1931 XXVIII, 2ª parte, Sección 1ª, página 693. Alessandri estima de todos modos que la solución que ofrece la Corte no pugna con la equidad y que el presente es de aquellos casos en que lo dispuesto por la norma legal no se condice aquello que dicta la equidad (páginas 693 y 694). En el mismo sentido: VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Ob. cit.* Página 283.

²⁹⁰ ELGUETA ORITZ, *Ob. cit.*

de una laguna que, tal como postula el fallo y el comentario favorable de Elgueta, debe colmarse recurriendo a la equidad y atendiendo al fundamento que subyace al remedio resolutorio. Por lo mismo, el autor se aventura en proponer una reforma al artículo 1546 del Código Civil colombiano, agregando un último inciso del siguiente tenor:

*“Cuando conforme con lo dispuesto en el artículo 1609, ninguna de las partes está en mora de cumplir, se resolverá el contrato a petición de cualquiera de los contratantes y se ordenará devolver lo que se hubiere dado o pagado como anticipo, arras, o a cualquier otro título”.*²⁹¹

Es posible sostener, sin embargo, que el texto y sentido del artículo 1489 soporta perfectamente una interpretación tendiente a admitir la concesión de la facultad resolutoria a cualquiera de los dos contratantes en caso de incumplimientos recíprocos. Tal como señala Elgueta Ortiz, lo único que proscribe el artículo es la demanda dirigida por parte del contratante incumplidor en contra del contratante diligente, toda vez que este último carece de legitimación pasiva. En cambio, si ambos contratantes han incumplido, se verifica sin problemas el supuesto de hecho del artículo 1489 del Código Civil, a saber: *“...no cumplirse por uno de los contratantes...el otro...”*. En otras palabras, si ambos incumplen, se verifica (y excede) el requisito de “no cumplirse por uno de los contratantes”, mientras que “el otro” será aquel que accione de resolución, no exigiendo el artículo que éste hubiere cumplido.²⁹² El artículo 1489 por si mismo no exige como requisito que el actor haya cumplido él mismo con sus obligaciones, no haciendo distinción alguna a ese respecto. El supuesto de hecho es amplio a ese respecto, y no restringido como se piensa. Ambos contratantes recíprocos

²⁹¹ GAMBOA S., Mario. *Ob. cit.* Páginas 312 y 313. El autor explícitamente hace referencia a este fallo nacional, dada la similitud que existe entre el ordenamiento colombiano y el chileno.

²⁹² En el mismo sentido: AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.* Página 26 y CAPRILE B., Bruno. *Ob. cit.* Página 28.

También lo ha admitido expresamente la Corte Suprema Colombiana, en base a los mismos textos legales, con distintas consecuencias para la indemnización de perjuicios: ver sentencia 29.11.1978 citada en: GAMBOA S., Mario. *Ob. cit.* Páginas 304 y ss.

Este argumento basado en el texto y sentido del artículo 1489 podría extenderse al tratamiento de la acción de cumplimiento forzado, de manera adicional a la posición de Alcalde Rodríguez. Como vimos, ello no es posible para el caso de la indemnización de perjuicios por no permitirlo el artículo 1552. Sin embargo, en el capítulo anterior se ha controvertido – como en este – la necesidad de la constitución en mora para demandar el cumplimiento forzado, por lo que no siendo ella necesaria, no cabría encontrar tampoco en el artículo 1489 una negativa al contratante no diligente para que demande la ejecución compulsiva de su crédito.

incumplidores son legitimados pasivos frente a una demanda de resolución. Por tanto, si existe, la necesidad de que el actor sea aquel contratante diligente ha de encontrarse en el hecho que ello es requisito para la constitución en mora en los contratos bilaterales, siendo esta última requisito para la resolución. En una interpretación adecuada del artículo 1489 no es posible encontrar razón para negar la resolución de un contrato en que se verifican incumplimientos recíprocos.²⁹³ Abordaremos en particular la mora en lo que sigue, junto con su elemento constitutivo: la culpa. Para eso corresponde, entonces, analizar los argumentos que se han ofrecido para sostener que la resolución frente a incumplimientos recíprocos no procede en razón que en estos casos ninguno de los contratantes se encontraría en mora.

²⁹³ La Corte de Apelaciones de Santiago en la causa *Aravena con Lizarralde* señaló que, constatado el mutuo incumplimiento en el que incurrieron ambas partes contratantes, “...*debe tenerse por no cumplido el contrato referido por ninguna de las partes y por producida la situación contemplada en el artículo 1489 del Código Civil y, en consecuencia, es el caso de cumplimiento de la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, por incumplimiento de los mismos, sin que pueda estimarse constituido respecto de ninguno de los contratantes el estado jurídico de mora, porque uno y otro han sido remisos en la atención de sus obligaciones recíprocas, por lo cual no procedería el pago de la multa convenida en el contrato por ninguna de las partes*”. (Considerando 3º, que la Corte Suprema (C. 18º) estimó una incorrecta aplicación del derecho que, no obstante, no influía en lo sustancial del fallo toda vez que, en atención a la laguna jurídica de los casos de incumplimientos recíprocos, procedía de todos modos dar lugar a la resolución). Así, para esta Corte de Apelaciones el artículo 1489 provee de una solución para el caso de los mutuos incumplimientos, cual es la resolución, aún cuando ambas partes sean incumplidoras.

SECCIÓN TERCERA: LA MORA Y LA IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO COMO INTEGRANTES DEL SUPUESTO DE HECHO DEL REMEDIO RESOLUTORIO.

En otra línea de argumentación, se afirma de manera directa y general que para resolver el contrato el deudor debe encontrarse en mora de cumplir su obligación. De ello se desprende que el incumplimiento ha de provenir de la culpa o dolo del demandado, no procediendo la resolución ante la eventualidad de un incumplimiento recíproco o ante un incumplimiento debido a caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que la mora exige conceptualmente un “retardo imputable”.²⁹⁴

Dicho requisito se extrae de la regulación de la resolución que hace el Código Civil. En este sentido, se apoyan en lo dispuesto por el artículo 1489 del Código en una pretendida lectura armónica y sistemática con otras disposiciones del Código, principalmente con aquellas de los artículos 1552, 1557 y 1558 del mismo.

Debe tenerse en mente que la necesidad de excluir la mora del demandado como requisito de la resolución resulta – en virtud del artículo 1552 – ineludible para poder admitir este remedio en el caso de los incumplimientos recíprocos en virtud del artículo 1552, además de la necesidad de hacer lo mismo con la culpa como presupuesto *sine qua non* del incumplimiento resolutorio viene dada en estrecha conexión con lo anterior: el concepto de mora necesariamente requiere de imputabilidad en el retraso,²⁹⁵ por lo que despejar de la resolución el requisito de la

²⁹⁴ CLARO SOLAR, Luís. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Páginas 184 y 185.

²⁹⁵ C.S., 23.04.2002, rol 3534 – 2001, *Poblete Poblete, Alejandro con Ewert San Martín, Jaime*, Legal Publishing 19334: “12) Que para la procedencia de la acción resolutoria se requiere también incumplimiento imputable de una de las partes del contrato, esto es, que se deba a su dolo o culpa, y aunque la ley no consagra expresamente este requisito, se desprende del art. 1489 del Código Civil, que establece que producido el incumplimiento, la otra parte puede pedir el cumplimiento o la resolución, y, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, y justamente uno de los requisitos para que opere la indemnización es la mora, y uno de los requisitos de la mora es el dolo o la culpa (René Ramos De Las Obligaciones, edición 1998, N° 183, pág. 139)”

Se debe recordar en este punto el concepto objetivo avanzado por Barros en Chile y por Miquel en Argentina (*vid. supra* página 102 n. 127). De seguirse esta noción objetiva, las secciones del argumento de este capítulo que pretenden negar a la culpa un lugar entre los

culpa viene en complementar los argumentos tendientes a limitar el rango de acción de la mora en la resolución de contratos por incumplimiento.

1. La concesión conjunta de las acciones de resolución e indemnización de perjuicios.

Así, el primero de los argumentos que se invocan para afirmar la necesidad de mora o culpa en el incumplimiento resolutorio es la concesión conjunta de las acciones de cumplimiento forzado o resolución con la de indemnización de perjuicios que hace el artículo 1489. Siendo requisito de la indemnización de perjuicios la constitución en mora del deudor, sería necesaria esta también para las acciones opcionales que consagra dicha norma.

Partidario de esta tesis es Claro Solar, quien afirma:

“En efecto, la indemnización de perjuicios es la pena del retardo o de la falta de cumplimiento voluntario de las obligaciones contractuales; y esta indemnización sólo se debe desde que el deudor se ha constituido en mora; pero la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios (artículos 1557 y 1558). Por consiguiente, al facultar al otro contratante para pedir la resolución con indemnización de perjuicios, se supone que la falta de cumplimiento del contrato no procede de fuerza mayor o caso fortuito sino de la culpa del contratante que ha dejado voluntariamente de cumplir lo pactado.”²⁹⁶

presupuestos de la acción resolutoria devendrían en innecesarias. Esta noción, unida a lo dispuesto por el artículo 1558 del Código Civil, restringirían el rol de la culpa a ser exclusivamente el criterio de imputación en virtud del cual se genera la obligación de pagar perjuicios. Así, mora y culpa sería conceptos diversos y sería este último el que fundamenta la obligación de indemnizar en la presencia del estado jurídico de incumplimiento o mora. Relacionado con lo anterior, en España se ha planteado la necesidad de sustituir la comprensión en virtud de la cual la culpa es el único criterio de imputación (así, caso fortuito como ausencia de culpa) por una concepción objetiva de la responsabilidad del deudor y las causas liberatorias: DIEZ – PICAZO, Luis. *Ob. cit.* Páginas 575 y ss.

²⁹⁶ CLARO SOLAR, Luis. *Ob. cit.* Tomo X, De las Obligaciones, I. Página 184. En el mismo sentido: ALESSANDRI RODRIGUEZ., Arturo. *Ob. cit.* Tomo II, Volumen I. Páginas 361 y 378; VIO VÁSQUEZ, Efraín. *Ob. cit.* Página 265; ABELIUK MANASEVICH, René. *Ob. cit.* 5ª edición actualizada. Página 518. En Argentina: RAMELLA, Anteo E. *Ob. cit.* Páginas 120 y 121; En Venezuela: MELICH – ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato. Ob. cit.* Páginas 737 y 738, donde habla de un incumplimiento “en sentido subjetivo”. El mismo argumento se ha dado en España: CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 447. Por su parte, la Corte Suprema ha afirmado que: “12) Que para la procedencia de la acción resolutoria se requiere también incumplimiento imputable de una de las partes del contrato, esto es, que se deba a su

Sin embargo, la argumentación anterior no es sólida. La exigencia de la mora del deudor para accionar de resolución no puede apoyarse en el hecho que el artículo 1489 faculte al demandante para solicitar la reparación de los perjuicios en conjunto con la resolución o el cumplimiento, máxime si para la doctrina tradicional la acción de perjuicios sería meramente complementaria o subordinada a las otras dos acciones. Por otra parte, a la pretendida comunidad de requisitos entre las distintas acciones que concede el artículo 1489, en particular en lo relativo a la imputabilidad del incumplimiento, parece subyacer la idea de la resolución como una sanción, cuestión ya abordada.

La norma no hace más que conceder al actor la facultad de, en un mismo proceso, exigir la compensación de los perjuicios provocados por el incumplimiento, en conjunto con su pretensión de resolver el contrato o su ejecución forzada. No existe razón para pensar que los requisitos son comunes para todas esas acciones. Lo más razonable es pensar que podrán demandarse según se cumplan los requisitos que le son propios a cada una. De seguirse el razonamiento que aquí se critica, no habría razón por la cual no exigir la verificación de todos los requisitos de la acción de indemnización perjuicios para autorizar la demanda de resolución. Así, en caso de no existir daños o de no constatarse una relación causal directa entre el incumplimiento y los daños sufridos por el demandante, tendríamos que afirmar – contrario a toda lógica – que no podría tampoco demandar la resolución. Es por lo anterior que la concesión conjunta de acciones no nos permite afirmar que se requiere la mora del deudor para demandar el incumplimiento. La indemnización procederá únicamente cuando se verifiquen sus requisitos particulares, por lo que no cabe sostener que ésta *siempre* acompaña a las acciones de cumplimiento o resolución. En virtud de los artículos 1555

dolo o culpa, y aunque la ley no consagra expresamente este requisito, se desprende del art. 1489 del Código Civil, que establece que producido el incumplimiento, la otra parte puede pedir el cumplimiento o la resolución, y, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, y justamente uno de los requisitos para que opere la indemnización es la mora, y uno de los requisitos de la mora es el dolo o la culpa (René Ramos De Las Obligaciones, edición 1998, N° 183, pág. 139)” (C.S., 23.04.2002, rol 3534 – 2001, Poblete Poblete, Alejandro con Ewert San Martín, Jaime, N° Legal Publishing 19334.

a 1558 del Código Civil, la indemnización de perjuicios exige la constitución en mora del contratante, la que a su vez presupone la imputabilidad del incumplimiento de acuerdo al artículo 1558 del Código. Además del hecho objetivo del incumplimiento, la doctrina añade para la procedencia de la indemnización, la necesidad de acreditar el daño (lo que se deriva del artículo 1556 del Código Civil), junto con la relación causal que debe existir entre el incumplimiento y los perjuicios que se reclaman. No existe motivo para creer que, por el sólo hecho de concederse conjuntamente, todas las acciones han de compartir los mismos requisitos. Por otro lado, resulta bastante artificioso sostener que una acción que se la ha considerado tradicionalmente con carácter de dependiente o secundaria en relación con las de cumplimiento y resolución venga a fijar los requisitos que han de tener estas para su ejercicio. En todo caso, la indemnización de perjuicios puede constituir la acción principal ante un incumplimiento, como lo es el caso del artículo 1553 del Código Civil.²⁹⁷ Además, en el supuesto que el

²⁹⁷ Con respecto a la autonomía de la acción de indemnización o la jerarquía de las acciones, tradicionalmente la indemnización de daños ha sido considerada como un remedio secundario que se supedita a la posibilidad de accionar de cumplimiento o de resolución. En apretada síntesis, se ha sostenido que – a diferencia de las obligaciones de hacer y de no hacer donde expresamente se otorga al acreedor la facultad de accionar directamente por la indemnización de perjuicios – en las obligaciones de dar no existe disposición expresa, pero existen suficientes razones para sostener que el acreedor *no* puede pedir indistintamente el cumplimiento o la indemnización. Ello encontraría sustento tanto en el interés de las partes como en los principios generales que informan a la legislación positiva.

En primer lugar se recurre al principio de la *fuerza obligatoria del contrato*, la que se vería vulnerada si el acreedor pudiera olvidarse de la prestación pactada y pudiese demandar una distinta – como lo sería una suma de dinero sustitutiva - tanto como si el deudor pudiera librarse dando un valor de reemplazo. Los artículos 1545 como 1569 del Código Civil comprobarían este aserto. Por otra parte, la obligación de dar tiene un objeto preciso que no podría sustituirse al arbitrio del acreedor por la indemnización, pues de lo contrario se arribaría a la conclusión que toda obligación de dar sería *alternativa*. Por último, se sostiene también (en una clara manifestación del principio *pro debitore*) que va en el interés de las partes otorgar a la indemnización compensatoria un carácter subsidiario, toda vez que el acreedor conserva su preferencia sobre el contenido primitivo de la convención, mientras que el deudor puede eximirse de la reparación si logra cumplir con la prestación en naturaleza, incluso mediante el procedimiento de la consignación. Esta posibilidad de eximirse de la indemnización mediante el cumplimiento en naturaleza sería incluso aplicable a las obligaciones de hacer, si bien ello debe ser matizado por consideraciones de buena fe. Vale hacer la salvedad que los autores reconocen que en las situaciones donde la prestación en naturaleza es excesivamente onerosa ha de preferirse directamente la indemnización de perjuicios, conclusión a la que se llega mediante la aplicación del principio de *buena fe en la ejecución de los contratos*. En suma, siempre debe preferirse el cumplimiento, salvo que conste que se han agotado los medios para obtenerlos y ello no se ha logrado. Para una exposición de esta postura, ver: FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Páginas 347 a 354 y GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Páginas 27 a 33.

incumplimiento no reúna, por ejemplo, los caracteres de gravedad suficientes para dar lugar a la resolución, puede de todos modos darse lugar a la indemnización de perjuicios con el objeto de reparar aquellos daños que se hayan derivado de la imperfección material de la prestación o su extemporaneidad. De este modo, no es cierto ni que la resolución o el cumplimiento procedan siempre con indemnización de perjuicios ni que esta última no proceda nunca sin demandar a su vez la resolución o cumplimiento forzado.²⁹⁸ Sostener la comunidad de requisitos resulta de este modo, implausible.²⁹⁹ Por otra parte, hemos visto como una mirada ajustada al derecho

De todas formas, si se atiende a que al acreedor se le otorga la opción en las obligaciones de hacer (artículo 1553), de no hacer (1555) y en las obligaciones con cláusula penal (1537), es difícil comprender porque la solución habría de ser la inversa en las obligaciones de dar.

La posición tradicional atiende al modelo de obligación que informa nuestro Código Civil el que, como dijimos, se corresponde con el de una obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto. Por otra parte, de la norma consagrada en el artículo 1672 del Código Civil pareciera inducirse la regla general en virtud de la cual sólo ante una imposibilidad objetiva imputable procede la sustitución del objeto de la obligación y, por tanto, demandar directamente la indemnización de los perjuicios. El artículo 1553 establece el régimen de acciones para las obligaciones de hacer, donde se reconoce expresamente la opción discrecional del acreedor para optar, ya sea por el cumplimiento en naturaleza (numerales 1 y 2) o por el equivalente pecuniario en la forma de una indemnización de perjuicios sustitutiva de la prestación (numeral 3), pudiendo agregar a todas las opciones el resarcimiento de los daños derivados del retardo. Siendo que no existe con claridad una norma relativa a las obligaciones de dar específicas (el artículo 1672 no pareciera tener como objeto establecer una jerarquía de los remedios), debería concedérsele la opción al acreedor en atención a que los remedios están establecidos como medios de satisfacción de su interés negocial. El artículo 1553 tiene el carácter de norma general y concede expresamente la opción, mientras que normas particulares como la del artículo 1537 referida a la hipótesis específica de la cláusula penal establece una preferencia por el cumplimiento en específico. Sin embargo, esta última norma hace necesaria únicamente la constitución en mora para que se abra el abanico de opciones para el acreedor, lo que sería confirmado por la norma establecida en el artículo 1557. Ésta última – también con carácter general – establece como único requisito para que esté disponible la indemnización es la verificación de la mora (y la concurrencia de culpa de acuerdo al artículo 1558). En atención a estas consideraciones, la opción del acreedor debiere constituir la regla general, pues es la única tesis coherente con un sistema de remedios puestos en favor de su interés. En este sentido: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil*. *Ob. cit.* Páginas 522 a 528).

²⁹⁸ En la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema en la causa *Cataldo Uribe Jaime con Empresa Portuaria San Antonio* (Rol 2457 – 2008, 05.01.2010, N° Legal Publishing 43037), se declara lo siguiente: “*Que la acción de indemnización de perjuicios es accesoria a la de resolución hecha valer y debe, por su naturaleza, seguir la suerte de ésta, que constituye su antecedente jurídico necesario. Excluida la procedencia de la resolución, tampoco puede prosperar la acción de reparación supletoria...*” (C. 12).

²⁹⁹ En este sentido se pronuncian, por ejemplo: BARROS BOURIE, Enrique. *Ob. cit.* Páginas 409 y 419 y, especialmente, 421; ELGUETA ANGUITA, Augusto. *Ob. cit.* Páginas 44 y ss. (exponiendo y adhiriendo a la tesis de Elgueta Ortiz); VIDAL OLIVARES, Álvaro. El

entiende que la mora no es requisito de la acción de cumplimiento forzado. Por tanto, si el acreedor puede demandar el cumplimiento del deudor que no se encuentra en mora y el artículo 1489 otorga ambas acciones, no hay razón para concluir que la mora sí sería requisito de la acción resolutoria.

A este respecto, conviene citar en extenso la opinión de Diez-Picazo, quien con respecto a la pregunta si para el ejercicio de la acción resolutoria es necesaria la puesta en mora del demandado, responde:

*“La respuesta a esta interrogante debe ser, en nuestra opinión, negativa. El sistema de la mora atiende exclusivamente a trasladar al deudor los daños y perjuicios causados por la mora y el riesgo de la imposibilidad sobrevenida fortuita, pero no constituye, per se, requisito o condición de la resolución...mora y resolución tienen su origen en momentos históricos distintos y sus respectivos regímenes se han desarrollado por separado, de manera que no resulta fácil armonizar una y otra institución. Por ello, los requisitos de la mora no deben entrecruzarse con los de la resolución, ni constituir la puesta en mora un obstáculo para el ejercicio de la acción de resolución, ni siquiera a través de mecanismos de facilitación de la mora en las obligaciones bilaterales, que establece el artículo 1100 en su párrafo final”.*³⁰⁰

Como lo menciona el autor, los orígenes históricos de las instituciones también constituyen un argumento para negar a la concesión conjunta de las acciones la aptitud de justificar la comunidad de requisitos entre resolución e indemnización. Como se sabe, la acción resolutoria es una institución de raigambre canónica, sin antecedentes directos en el derecho romano. Ésta – en la forma de una condición tácita incorporada en los contratos bilaterales – fue recogida por el artículo 1184 del *Code*, para luego pasar a Códigos como el de Bello (artículo 1489) o el español (artículo 1124). En cambio, los principios que regulan la responsabilidad por daños y perjuicios tienen

Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. *Ob. cit* Página 365; TREITEL, Guenter H. Remedies for Breach of Contract. *En*: International Encyclopedia for Comparative Law, The Hague – Paris, J.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen y Mouton, 1976, Vol. VII, Capítulo 16 (Citado en: MELICH – ORSINI. *Resolución del Contrato por Incumplimiento*. *Ob. cit*. Página 149); DELL AQUILLA, Enrico. *Ob. cit*. Página 173, n. 14 (en referencia al término “perjudicado” que utiliza el Tribunal Supremo español) y MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. *Ob. cit*. Página 470, n. 50, para quien la imputabilidad moral es intrascendente a los fines de la resolución, importando solo para la fijación de los perjuicios.

³⁰⁰ DIEZ – PICAZO, Luis. *Ob. cit*. Página 714.

origen propiamente romano, particularmente en lo que respecta a los elementos de imputabilidad y constitución en mora del deudor ante el incumplimiento.³⁰¹

Por lo tanto, ninguna consecuencia para la resolución del contrato puede derivarse que se consagre en un mismo artículo la posibilidad de demandarla conjuntamente con la indemnización de perjuicios. Lo contrario parece suceder con las normas que regulan los remedios frente al incumplimiento en el contrato de compraventa, los que constituyen serios indicios sobre el rol de la mora en el supuesto de la acción de resolución. A ello entonces se atiende a continuación.

2. Las normas de la compraventa.

Por otra parte, y tal como fue insinuado más arriba, se recurre en apoyo de esta tesis a las disposiciones contenidas en los artículos 1826 y 1873 del Código Civil, los que exigen que el incumplimiento derive del hecho o culpa del deudor, o bien que este se encuentra en mora. El primero de ello consagra expresamente la imputabilidad, lo que unido al retardo que el artículo supone, equivale a exigir la mora en el incumplimiento, mientras que el segundo la establece expresa y directamente. Estas disposiciones serían aplicaciones de las reglas generales, las que además precisarían sus requisitos y supuesto de hecho.

Sin embargo, es razonable suponer que la regulación de la compraventa es especial con respecto a las normas generales sobre efectos de las obligaciones y no una mera reiteración o aplicación de estas. Es difícil comprender la razón por la cual el legislador establecería un requisito general de una acción en la regulación de un contrato particular y no en aquella sección destinada a los efectos de las obligaciones en general (o, en el caso del Código Civil chileno, en los distintos tipos de obligación). Una técnica legislativa racional importaría la consagración en la parte general de la regulación sobre una institución en lo relativo a sus presupuestos y requisitos,

³⁰¹ BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 307 y siguientes; DELL AQUILLA, Enrico. *Ob. cit.* Páginas 31 y ss. En este esquema, la mora tendría únicamente la función de servir de indicio para establecer la cualidad del incumplimiento, si bien no lo configura ni le atribuye de por sí el carácter de resolutorio.

quedando para el tratamiento legal de instancias particulares de dicha institución sólo normas referidas a excepciones o modificaciones respecto de las reglas generales. Así, se podría concluir que para la resolución la mora no constituye un requisito, salvo para el caso específico de la compraventa por disponerlo expresamente las disposiciones señaladas. Ello no es más que aplicación del principio de especialidad.

Lo anterior no es extraño a la regulación de la compraventa, la que tiende a ser más exigente o rigurosa con respecto a sus instituciones. Ello puede ilustrarse con dos ejemplos.

El primero es el relativo a la lesión. La lesión está establecida como causal de nulidad en el artículo 1888 del Código Civil. Sin embargo, y en oposición a la normativa general del instituto de la nulidad, se permite al contratante contra quien se pronuncia la rescisión, enervar la acción tendiente a declararla mediante la restitución por parte del vendedor de aquello que excede al doble del justo precio, o bien el pago por parte del comprador de la suma necesaria para completar la mitad del justo precio, todo ello según el artículo 1890 del Código Civil.

El otro se refiere al pacto comisorio calificado. Mediante el establecimiento del pacto comisorio calificado, las partes convienen en regir el incumplimiento mediante las reglas de la condición resolutoria ordinaria, al establecer que la extinción del contrato ante el incumplimiento se verificará *ipso iure*. Sin embargo, con respecto a la obligación de pagar el precio y su incumplimiento en la compraventa, el Código Civil establece una limitación adicional en el artículo 1879, ajena a la estructuración normativa de la condición resolutoria ordinaria, a saber: la posibilidad del comprador de enervar la resolución mediante el pago del precio dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda a tal efecto.

Así, se ve que no es del todo aventurado sostener que de ser la culpa o mora un requisito de la resolución en general, el legislador lo habría incluido en la regulación que hace de esta institución. Si se exigió particularmente en el caso de la

compraventa, probablemente la regla general es la inversa.³⁰² En la compraventa se tienden a modificar, entonces, los efectos de algunas instituciones.

Consistentemente con lo anterior, Peñaillo señala que:

*“...aunque se estime que la ausencia de culpa libera, es posible sostener que es admisible la resolución, sólo que sin indemnización de perjuicios: la facultad resolutoria surge (objetivamente) por el hecho del incumplimiento y ella no implica responsabilidad, de modo que la liberación por la ausencia de culpa consistiría precisamente en que el deudor no indemnizaría por los perjuicios que puede haber sufrido el acreedor”.*³⁰³

³⁰² En este sentido ELGUETA ANGUIA, Augusto. *Ob. cit.* Página 50 y ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral. *Ob. cit.*: página 571, año 2004. Vidal también cree que la regulación que a este respecto hace la compraventa es especial. Sin embargo, insinúa la posibilidad que, incluso en el caso de los artículos 1826 y 1873, la exigencia de imputabilidad en el incumplimiento se refiere únicamente a la indemnización de perjuicios, bastando el mero hecho objetivo del incumplimiento para la resolución o el cumplimiento forzado, de acuerdo al artículo 1489 del Código Civil (VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. *Ob. cit.* Páginas 366 y 367. Siguiendo esta idea, Mejías Alonso afirma: “Por una parte, puede entenderse que son normas especiales que, ubicadas en un contrato en particular, exigen para este caso imputabilidad subjetiva en la conducta del deudor, normas que por aplicación del principio de especialidad deben primar sobre las normas generales. Por otra parte, puede entenderse que la referencia que hacen estas disposiciones, tanto a la constitución en mora como al requisito subjetivo en la conducta del deudor, se vinculan con la indemnización de perjuicios mas no con la resolución. Nos inclinamos por esta segunda interpretación, el legislador claramente establece que la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora – artículo 1557 – y lo hace responsable en los contratos por la falta de aquella diligencia que le sea exigible según a quien le reporte beneficio – artículo 1547 - , exigencias que no se reiteran en el artículo 1489 del C.C. Por otra parte, y coherente con la interpretación que hemos dado a las normas concernidas, el artículo 1926 del CC. confiere al arrendatario el derecho a ser indemnizado de los perjuicios si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes se ha constituido en mora de entregar; si el incumplimiento proviene de un caso fortuito únicamente se le priva de la indemnización de perjuicios y no del ejercicio de la facultad resolutoria” (MEJIAS ALONSO, Claudia. Incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Construcción dogmática de la noción de incumplimiento resolutorio. Tesis para optar al grado de doctor en derecho. Valparaíso. PUC Valparaíso, Facultad de Derecho. 2010. Páginas 22 a 23). Así, de escogerse las normas de un contrato particular para justificar el establecimiento de un requisito de orden general para la resolución de los contratos bilaterales, no se ve razón por la que no habría de ser este contrato el de arrendamiento, dado que – a diferencia de la compraventa – resulta coherente con la regulación general en materia de mora e indemnización de perjuicios.

³⁰³ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. *Ob. cit.* Página 412, n. 747. En Chile, autores como FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e Incumplimiento de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1991. Páginas 331 a 336; AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.* Páginas 24 y 25, y PIZARRO WILSON, Carlos, Hacia un sistema de remedios al

En el medio español, Clemente Meoro ha sostenido algo similar,

*“El artículo 1124 deriva la posibilidad de resolver del puro y simple hecho de que el deudor no haya cumplido y no hace referencia a la constitución en mora. Más aún, en aquellos casos en que el legislador ha querido que la resolución vaya precedida de un requerimiento o intimación, los ha impuesto de una manera expresa, como en el caso del artículo 1.504 C.C. La consideración de este artículo como *lex specialis* legitima la conclusión de que la *lex generalis* no impone la especial constitución en mora”*.³⁰⁴

Profundizando el argumento que comentamos relativo a las disposiciones del título de la compraventa, Alessandri expone algunas consideraciones que vale la pena abordar.

Como se sabe, el artículo 1826 inciso 2º señala como requisito para optar por la resolución que el vendedor *por hecho o culpa suya haya retardado la entrega*. Por lo tanto, es fundamental a la hora de determinar la procedencia de la resolución, identificar el momento en el cual se puede decir que el vendedor ha incurrido en esta conducta.

La regla general en materia de exigibilidad de las obligaciones es la de las obligaciones puras, es decir, una obligación es exigible desde que no media plazo o condición para su cumplimiento. El artículo, si bien no lo dice expresamente, exige la mora, pues habla de culpabilidad y retardo.

Para el autor, una interpretación literal de dicho artículo impondría como conclusión que bastaría que el deudor no entregara la cosa inmediatamente después de perfeccionado el contrato – cuando no existe plazo fijado por las partes o por la ley – para que el acreedor pudiese ejercitar sus acciones. Empero, señala Alessandri, no bastaría el simple retardo, sino que el deudor ha de ser interpelado por el acreedor para construirlo en mora, dado que hay mora solo cuando la obligación no se realiza dentro del plazo señalado por el contrato o después de ser requerido al efecto por el

incumplimiento contractual. *Ob. cit.* Página 401, coinciden en que la culpa del deudor es indiferente para el remedio resolutorio.

³⁰⁴ CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 346.

otro contratante. Si el plazo lo dispone la ley, basta éste. En caso contrario, ha de ser requerido conforme al artículo 1551 del Código Civil. Por su parte, la reconvencción hecha por el acreedor ha de ser ejercida judicialmente, en virtud del numeral 3 de dicho artículo, toda vez que la mora no comenzaría sino cuando el comprador ha manifestado sus deseos de recibir el objeto que ha comprado. A su vez, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema, afirma que basta la misma demanda de resolución para constituir en mora al deudor.^{305 306}

Con respecto a dicho argumento, que pretende reafirmar la necesidad de mora para accionar de resolución, caben un par de apreciaciones. En primer lugar, si las partes no han fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones, lo más razonable es asumir que desean que este se produzca de manera inmediata una vez perfeccionado el contrato (salvo que de la naturaleza de la obligación se desprenda lo

³⁰⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ., Arturo. *Ob. cit.* Tomo I, Volumen II. Página 783. Giorgi también sostiene que basta la misma demanda (citado en: ELGUETA ANGUITA, Augusto. *Ob. cit.* Página 51, n. 46) y también Chabas en relación al artículo 1146 del *Code*, (*Obligations. Théorie Générale*, página 1160 citado en: CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 348). La jurisprudencia nacional lo ha afirmado desde antiguo: C.S., 04/08/1931, RDJ tomo XXVIII, sección 1ª, página 717.

³⁰⁶ También afirmando la necesidad de la mora, pero mediante una argumentación distinta (vinculada con el artículo 1.100 del Código Civil Español que contiene una norma como el del 1552 de Chile), se ha pronunciado Jordano Fraga en España. Dicho autor *considera que aunque la mora no es presupuesto legal de la resolución por incumplimiento en el caso de retardo, pues basta la no realización puntual de una de las prestaciones recíprocas, “de hecho la resolución por incumplimiento por retraso se solapa en las obligaciones recíprocas a la mora, como si la presupusiera: al sí ser necesario que el deudor cumplidor haya realizado u ofrecido el cumplimiento, en los contratos sinalagmáticos cuyas prestaciones se cumplen simultáneamente, el deudor no cumplidor habrá quedado automáticamente en mora ex artículo 1.100 CC; y en los contratos sinalagmáticos con cumplimiento diferido de prestaciones, el acreedor cumplidor, para probar la infracción de la obligación por su deudor, normalmente habrá de requerirle de pago...”* (citado en: CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 348) Meoro concluye en definitiva que la constitución en mora, más que requisito, revela la voluntad del deudor de no cumplir, lo que resulta fundamental para una jurisprudencia que ha entendido procedente la resolución, en general, sólo cuando el incumplimiento revela en el deudor una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” (Entre otros: CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 350; DIEZ - PICAZO, Luis. *Los Incumplimientos Resolutorios*. Navarra, España. Thompson – Civitas. 2005. Página 17; OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *Ob. cit.* Páginas 90 y ss.). Ogáyar y Ayllón señala que la *Cour de Cassation* francesa ha asentado ya de manera pacífica la doctrina en el sentido que la misma demanda de resolución pone al deudor demandado en mora, mientras que en Italia la Corte di Cassazione ha declarado en varias oportunidades que para formular la demanda de resolución del contrato **no** es necesaria la previa constitución en mora del deudor, bastando para ello un estado de incumplimiento que revista cierta importancia. Lo mismo en DELL AQUILLA, Enrico. *Ob. cit.* Página 177.

contrario), por lo que exigir que el acreedor vuelva a manifestar su deseo de recibir la cosa no se justifica. Dicho deseo y sus modalidades de satisfacción han de haber quedado plasmados en el contrato. De modo que, de no existir disposición especial, no cabe otra cosa que esperar el cumplimiento inmediato. Por otro lado, si la misma demanda de resolución es suficiente y necesaria para constituir en mora al deudor – como lo afirma Alessandri – la mora no podría operar como requisito de la acción ejercida por medio de esa demanda. El requisito ha de preceder necesariamente a la demanda de resolución y en este caso es ésta misma la que viene a verificar dicho requisito. El mismo hecho que la obligación se haya vuelto exigible y esta no se haya ejecutado habilita al acreedor para demandar su cumplimiento o la resolución por incumplimiento. Entonces, ¿cómo conciliar lo anterior con el artículo 1551 número 3 del Código Civil? Estimando que la mora es sólo requisito para la indemnización de perjuicios. Con la interpelación judicial – consistente en la demanda de cumplimiento o de resolución – el acreedor manifiesta que la inejecución de la obligación le produce daño, por lo que pretende su resarcimiento.³⁰⁷ Desde el momento en que se requiere judicialmente (para los casos en los que no basta la sola interpelación contractual o legal) comienzan a devengarse los perjuicios. Si la demanda judicial de resolución constituye al deudor en mora, ésta última no puede ser requisito de la primera. El efecto “moratorio” que conlleva la demanda se explica porque desde ella se comienzan a devengar los perjuicios.

Por tanto, puede apreciarse como algunos de los argumentos que se han ofrecido para afirmar que la mora y la imputabilidad en el cumplimiento son requisito de la acción resolutoria y que, por tanto, no procedería la aplicación de dicho remedio en hipótesis de incumplimientos recíprocos resultan insuficientes. Basta nada más entonces observar un par de argumentos adicionales que se han dado para reconocer la facultad de resolver los contratos ante incumplimientos recíprocos.

³⁰⁷ *Vid. supra* página 113. Se señaló entonces que por medio de la interpelación el acreedor comunica al deudor que su incumplimiento le genera perjuicios y no, en cambio, manifiesta su deseo de recibir la prestación.

3. Argumentos adicionales para proceder a resolución en los casos en que se ha dado o pagado parte de la obligación.

Antes de concluir con el tratamiento de la resolución frente a los incumplimientos recíprocos, resulta interesante exponer dos argumentos adicionales que se han aducido en favor de admitir la procedencia del remedio resolutorio en estos casos, especialmente cuando – si bien ninguna de las partes ha ejecutado completamente su obligación – una o ambas ya ha dado o pagado algo en razón del contrato mutuamente incumplido. Estas elaboraciones responden principalmente a razones fundadas en principios o bien a las consecuencias prácticas de la situación.

Primero, Peñailillo,³⁰⁸ al abordar las distintas funciones o fundamentos de la facultad resolutoria, menciona marginalmente un aspecto que podría resultar relevante a la hora de buscar razones de justicia adicionales para conceder la resolución en casos de incumplimientos recíprocos.

Para dicho autor, si bien no puede imputársele a la resolución como función principal el de servir de garantía para el contratante cumplidor, resulta indudable que la cumple en cierto sentido. Ello, porque gracias a dicha posibilidad, el contratante diligente se asegurará que su prestación no resultará perdida, gracias al efecto retroactivo de la resolución. Lo anterior es particularmente relevante en el caso de insolvencia del deudor incumplidor, ya que el acreedor insatisfecho podrá valerse de la opción resolutoria para obtener prontamente la restitución de lo dado o pagado y, así, evitar competir con otros acreedores (posiblemente con créditos preferentes o privilegiados de acuerdo a las reglas de la prelación de créditos) sobre el menguado patrimonio del deudor.

Siendo ello una legítima atribución de función a la resolución, resulta evidente la posibilidad de extrapolar dicha argumentación al caso de incumplimiento recíproco. Puede suceder que el incumplimiento, de una o ambas partes, no haya sido total, sino que hayan dado o pagado parte de lo que por contrato se encontraban obligadas, no

³⁰⁸ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. *Ob. cit.* Página 399.

obstante no tener esa parte aptitud liberatoria. De acuerdo a la tesis tradicional, ninguno de los dos contratantes – por no ser “diligentes” y encontrarse ambos en mora (por lo tanto, ninguno) – estarían habilitados para incoar la acción de resolución y así recuperar su prestación. Si bien el autor no lo plantea en estos términos, no se ve obstáculo para que esta función de la resolución sea ofrecida como argumento “a mayor abundamiento” para el caso en que ninguno de los contratantes quiera o pueda cumplir con el contrato que los liga, habiendo empero cumplido parcialmente con su obligación.

Sobre un supuesto de hecho similar, pero en referencia específica a los casos de incumplimiento recíproco, la profesora Rodríguez Pinto sostiene que el argumento subyacente de la jurisprudencia que admite la resolución del contrato frente a incumplimientos recíprocos en los que, no obstante, una parte ha cumplido con parte de su obligación, es la proscripción del *enriquecimiento sin causa*. Ella parece adherir a la doctrina más tradicional cuando sostiene que:

“Sólo el enriquecimiento injusto podría fundamentar la pretensión resolutoria y, por tanto, restitutoria del demandante; y sólo el principio nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento puede servir de fuente para resolver un contrato por incumplimiento recíproco. Lo hará cuando una de las partes ha dado o pagado algo en virtud del contrato que pide resolver y lo que se pretende con la resolución es una restitución que la otra parte se niega a hacer”³⁰⁹.

Para Rodríguez Pinto, la invocación a los principios generales de la legislación y la equidad natural que hacen los fallos de Servicio Médico y Dental con Verdugo y el de Aravena con Lizarralde son, específicamente, al principio de la proscripción del *enriquecimiento injusto*. Cita, para reforzar su tesis, otras sentencias que aparentemente tratan de incumplimientos recíprocos donde en las instancias o en sede de casación se rechazó la resolución. Lo hace, sin embargo, para distinguirlas de

³⁰⁹ RODRIGUEZ PINTO, María Sara, *Ob. cit.* Página 30. En el mismo sentido: GAMBOA S., Mario. *Ob. cit.* Páginas 305 y ss. También Alessandri, comentando *Aravena con Lizarralde*, estima que la Corte Suprema se vio forzada a acoger la resolución del contrato a fin de no poner a aquel contratante que ya había anticipado parte del precio en la imposibilidad de recuperarlos. Sin embargo, esta solución en equidad, que aprueba, no debiere a su juicio convertirse en una regla general, sino que debe apreciarse sólo en la concurrencia de calificadísimas circunstancias (Comentario en RDJ 1931 XXVIII, 2ª parte, Sección 1ª, páginas 693 y 694).

aquellas que usa en sustento de su argumento, toda vez que señala – de manera correcta – que en ellas no hay verdaderos incumplimientos recíprocos o bien porque en estas no existe una parte que se haya visto empobrecida y la otra enriquecida injustamente a costa de ésta.

Decimos que la autora parece adscribir a los postulados de la teoría tradicional, toda vez que el recurso al principio enunciado sería para ella el único expediente que permitiría resolver el contrato, lo que implícitamente descarta los argumentos dogmáticos esbozados por los partidarios de la resolución, y ello sólo para los casos en los que una de las partes ha dado o pagado algo en virtud del contrato, por lo que en caso contrario el contrato ha de quedar en suspenso hasta que una de las partes se avenga a cumplirlo o bien las acciones se extingan por obra de la prescripción. Por otra parte, parece ser necesario para que opere la hipótesis en que se funda la autora que el demandado retenga injustamente la prestación recibida, injusticia que se fundaría en que éste a su vez tampoco ha cumplido o estado llano a cumplir sus obligaciones, no consintiendo tampoco en restituir la prestación.

Si bien el argumento de la autora resulta valioso,³¹⁰ es algo restrictivo y marginal dado la calificadísima hipótesis en las que se sustenta. No resulta claro por qué la existencia de un enriquecimiento injusto constituye una nota o propiedad lo suficientemente relevante para admitir la resolución en un caso y denegarla en el otro. Cabe preguntarse además si efectivamente constituye enriquecimiento injusto en sentido técnico, toda vez que existe un título que lo sustenta.

³¹⁰ Es valioso en tanto permite descartar otras vías más engorrosas o de plano improcedentes. A modo ejemplar, una acción de precario se vería enfrentada a la existencia de un contrato de promesa como justificativo de la tenencia (Ver, por ejemplo: C.S. 29.11.1993 Legal Publishing 12628; C.A. La Serena 25.10.2002 Legal Publishing 30200; C.S. 26.05.09 Legal Publishing 42062; C.S. 25.09.2008 Legal Publishing 39879 y C.S. 26.05.08 Legal Publishing 39048, entre otras).

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, es posible sostener que se ha demostrado que no existe impedimento de orden legal o en materia de principios para admitir la posibilidad que cualquiera de los contratantes, ante una hipótesis de incumplimientos recíprocos, demande la resolución del contrato en virtud del artículo 1489 del Código Civil.

Hemos tenido oportunidad de ver, primero, que un examen de los fundamentos de la facultad resolutoria indica que la función de este remedio se cumple en los casos de recíproco incumplimiento de las obligaciones bilaterales. Ya sea que se funde en la causa, la teoría del sinalagma funcional o la protección del interés del acreedor, la solución es siempre la misma. Este remedio le permite al acreedor insatisfecho recuperar lo dado o pagado y recurrir al mercado para obtener la satisfacción de su interés por otros medios. Si ambas partes se encuentran ligadas por un contrato que no les ofrece beneficios para dicha satisfacción, su destino debiese estar entregado a su voluntad. Impedir que opere la resolución en los casos de recíprocos incumplimientos no hace más que pervertir su función misma.

Por otra parte, una noción objetiva de incumplimiento, desprovista de nociones culpabilísticas o relativas a la mora nos guían en igual dirección, puesto que la sola inejecución de la prestación adeudada, sin ser relevante el propio cumplimiento para constatar la lesión del crédito, hace operativo el supuesto esencial de la facultad resolutoria.

En seguida, se ha mostrado que nuestro Código Civil no contempla una laguna para el caso de los incumplimientos recíprocos, toda vez que el artículo 1489 del Código Civil se encarga de establecer las condiciones de legitimación pasiva del remedio, supuesto que se cumple sea que una o ambas partes hayan incumplido.

Por otra parte, tanto en este capítulo referido a la resolución, como en los anteriores respecto a la indemnización de perjuicios y la pretensión de cumplimiento forzado de la obligación, ha resultado claro como la mora es requisito únicamente de la

acción de perjuicios, y no así de los demás remedios que se conceden al acreedor insatisfecho en los casos de incumplimiento. A diferencia de la regulación general relativa a las acciones de cumplimiento y resolución consagrada en el artículo 1489, la mora si aparece consignada de manera expresa y clara como requisito a propósito de la indemnización de perjuicios. No corresponde entonces enlazar el artículo 1552 al 1489 para así sostener que la condición de contratante diligente – y por consiguiente la mora – es esencial en el supuesto de la resolución. Los artículos 1555 y 1557 prescriben que la indemnización se debe desde la constitución en mora del deudor o desde que se contraviene la abstención pactada.³¹¹ Por su parte, el artículo 1558 establece de manera clara que la imputabilidad del incumplimiento es requisito de la acción de perjuicios, cuestión que no se hace a propósito de los demás remedios.³¹² De manera coherente con esta forma de regulación, los artículos 1537 y 1538 disponen la necesidad de la constitución en mora sólo para hacer efectiva la cláusula penal, mientras que para la posibilidad de demandar la ejecución de la obligación principal es menester únicamente su exigibilidad.³¹³ En atención a lo anterior, el artículo 1552 no ofrecería ninguna dificultad para acoger la resolución de un contrato bilateral incumplido por ambas partes, sino solo para la indemnización de perjuicios.

Un argumento adicional consistió en que no resultando sostenible que la culpa opere como requisito de la resolución, hace imposible afirmar que la mora (al menos en su concepto tradicional) sí lo hace. Una nueva lectura de las normas pertinentes de nuestro Código Civil, en relación a la idea de incumplimiento y a los remedios contractuales, sumado a un examen de los fundamentos del remedio resolutorio y a lo acontecido en ordenamientos similares al nuestro, nos permiten afirmar con fiabilidad la procedencia de la resolución ante incumplimientos recíprocos en un contrato bilateral. La única condición para dar lugar a la resolución es la verificación de un

³¹¹ Existen diversas posturas sobre si procede o no la constitución en mora en las obligaciones de no hacer o negativas. Se puede ver al respecto: GATICA PACHECO, Sergio. *Ob. cit.* Página 419; FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 290; BARAONA GONZALEZ, Jorge. *Ob. cit.* Páginas 57 y 177; CLEMENTE WAYAR, Ernesto. *Ob. cit.* Páginas 537 y ss.

³¹² Sin perjuicio de lo señalado con respecto a los artículos 1826 y 1873 del Código Civil.

³¹³ En este sentido: AGUAD DEIK, Alejandra. *Ob. cit.* Página 16.

incumplimiento grave de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, lo que es independiente del cumplimiento por parte del demandante.³¹⁴

Hemos visto como parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales se han manifestado a favor de la procedencia de la resolución en el caso de incumplimientos recíprocos y lo mismo puede afirmarse en el derecho comparado.

Clemente Meoro, citando doctrina española y comparada, afirma que:

“Mas si un incumplimiento no es causa del otro, o si son simultáneo, lo que habrá es dos incumplimientos, y cualquiera de ambos facultará al otro contratante para resolver el contrato”.³¹⁵

Por su parte, en lo que respecta al derecho inglés, el autor señala:

“En el Derecho inglés se entiende que la mera comisión de un incumplimiento resolutorio por ambas partes no determina la extinción del contrato, sino que simplemente faculta a la otra parte contratante para optar por la resolución; de donde resulta que cuando ambas partes incumplen, ambas partes pueden resolver, cada una por el incumplimiento de la otra”.³¹⁶

Asimismo, en Colombia, la Corte Suprema ha declarado que,

“La excepción de contrato no cumplido no enerva la acción resolutoria que con fundamento en el artículo 1546 C.C. intente cualquiera de los contratantes que han incumplido recíprocamente un contrato bilateral, pues el artículo 1609 del C.C. se limita a decir que en tal caso ninguno de los contratantes está en mora, de manera que, interpretando y aplicando armónicamente los dos artículos, si se pide la resolución, esta deberá decretarse pero sin imposición de perjuicios, pues ninguno de los contratantes está en mora”.³¹⁷

Como es posible apreciar, el panorama comparado no nos inhibe de adoptar la conclusión antes expuesta. El hecho esencial que determina la facultad de resolver el

³¹⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. *Ob. cit.* Página 352.

³¹⁵ CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.* Página 181.

³¹⁶ *Ob. cit.* Página 184.

³¹⁷ Sentencia 7.12.82, citada en: GAMBOA S., Mario. *Ob. cit.* Página 309.

contrato es el incumplimiento, la no prestación de lo pactado, sin otra clase de consideraciones. El remedio está puesto al servicio del acreedor y se puede valer de éste si su interés comercial resulta, en una medida relevante, insatisfecho. Dicha insatisfacción no viene condicionada por la imputabilidad o la mora del deudor ni por el cumplimiento que este mismo acreedor haya dado a sus propias obligaciones. Así, la resolución ante los incumplimientos recíprocos no ofrece mayores inconvenientes y no encuentra obstáculos en nuestro ordenamiento civil.

CONCLUSIONES

1) No todo caso de incumplimiento de un contrato bilateral por ambas partes es un efectivo y auténtico caso de incumplimiento recíproco y, por tanto, problemático. Existen diversos criterios que permiten calificar a uno de ambos incumplimientos como preeminente a la hora de decidir la suerte de una acción de indemnización de perjuicios, de cumplimiento forzado y, especialmente, de resolución de contrato intentada por las partes. Así, si un incumplimiento es previo, causa o de mayor entidad que otro, no corresponde calificar a ambos de recíprocos.

2) La interposición de la *exceptio* en el proceso supone un efectivo caso de incumplimiento recíproco (y, por tanto, coetáneo), donde uno de los contratantes remisos en el cumplimiento decide demandar el cumplimiento del contrato sin allanarse por su parte a cumplir. Por su puesto, la abstención de cumplir frente a un requerimiento extrajudicial fundado en la falta de diligencia en el cumplimiento del acreedor supone que existió, de su parte, un incumplimiento previo y relevante en los términos del contrato. Dicho ejercicio extrajudicial de la excepción de contrato no cumplido será siempre susceptible de evaluarse en el marco de un procedimiento judicial.

3) La excepción de contrato no cumplido, en tanto tal, es sólo coherente en contraposición a una pretensión de cumplimiento forzado de la obligación. Argumentos de orden dogmático e histórico comprueban tal aserto. En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, el recíproco incumplimiento de las partes – por el tiempo que haya mantenido o mantenga esa calidad – efectivamente impide que prospere la pretensión de reparación interpuesta por alguno de los contratantes. No obstante, dicho efecto no proviene de la interposición de la excepción de incumplimiento contractual, sino que es simplemente una aplicación de lo dispuesto por las normas que regulan la indemnización de perjuicios en el Código Civil, especialmente los artículos 1557 y 1552 del Código Civil en relación a la mora en los contratos bilaterales. En lo que se refiere a la resolución de contratos, al no ser la mora (retardo imputable)

un elemento integrante de su supuesto de hecho, el incumplimiento recíproco del contrato bilateral no ofrece ningún obstáculo para resolver un contrato que ninguna de las partes se aviene a cumplir.

4) La excepción de contrato no cumplido no se encuentra recogida en sus propios términos y con carácter general en nuestro ordenamiento. El artículo 1552 del Código Civil tiene un objeto claro, definido y diferente al establecimiento de la *exceptio*, cual es el tratamiento de la mora en los contratos bilaterales, además que dicho cuerpo legal contiene aplicaciones de la institución de manera muy restringida si se le compara con otros ordenamientos que tampoco cuentan con una norma que contenga la excepción de contrato no cumplido. De todos modos, en dichos sistemas jurídicos no ha sido particularmente difícil justificar la aplicación de la institución con carácter general, inspirado en consideraciones de equidad, buena fe contractual y la naturaleza recíproca e interdependiente de las obligaciones propias de un contrato bilateral, lo que se traduce en el reconocimiento de un principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones. Lo mismo se puede decir sobre Chile, si se entiende que la *exceptio* comparte su principio subyacente con la norma establecida en el artículo 1552 del Código Civil.

5) Con respecto a la indemnización de perjuicios, el incumplimiento recíproco de los contratantes efectivamente impide que triunfe una pretensión judicial de dicha naturaleza, precisamente en razón de la falta de mora consagrada en el artículo 1552 del Código Civil y su carácter esencial en virtud del artículo 1557 del Código Civil. En otras latitudes se ha admitido la compensación de indemnizaciones, cuestión que no parece probable en Chile dado lo imperativo de los términos en que se expresan los dos artículos recién mencionados. Sin embargo, debe precisarse que dicha compensación – atendida la diferente entidad de los daños – puede tener dos consecuencias con efectos distintos. Si dicha diferencia de magnitud determina la mayor entidad de un incumplimiento, en virtud del criterio de proporcionalidad se deberá resolver que los incumplimientos no son efectivamente recíprocos, por lo que corresponderá dar lugar a la pretensión indemnizatoria. En cambio, si la naturaleza del incumplimiento – en el marco de la economía del contrato – es similar, la ausencia de

mora deviene en consecuencia necesaria, y por lo mismo la imposibilidad de acoger una pretensión indemnizatoria.

6) En lo que se refiere a la pretensión de cumplimiento, se ha señalado que – en principio – resultaría operativa la excepción de contrato no cumplido. Ello no es resultado de la ausencia de mora prescrita por el artículo 1552, dado que el supuesto del remedio se encuentra integrado únicamente por la exigibilidad de la obligación y su posibilidad objetiva de ejecución. Sin embargo, se ha postulado con bastante plausibilidad que en estos casos lo que corresponde es que el deudor demandado de cumplimiento por un acreedor que no ha dado ejecución a sus obligaciones, interponga una demanda reconvenzional de cumplimiento, de modo que no quede paralizado el contrato.

7) El problema más agudo se presenta en los casos de recíprocas demandas de resolución con la constatación de incumplimiento por ambas partes. En estos, ha de procederse a un examen comparativo de ambos incumplimientos de acuerdo a los criterios de proporcionalidad, temporalidad y causalidad.³¹⁸ Si en virtud de este examen, uno de los incumplimientos resulta prevalente, será aquel el que justifique la declaración de resolución y la consiguiente indemnización de perjuicios. En caso contrario, debe accederse de todos modos a la resolución, pero el recíproco incumplimiento salvará a ambas partes del deber de pagar perjuicios, si bien la afirmación ha sido matizada, especialmente a nivel comparado.

Por último, previo a terminar, cabría hacer mención a un supuesto complejo, compuesto por demandas cruzadas de distinto contenido, es decir, resolución versus

³¹⁸ “Desde luego deberá observarse si alguno de los incumplimientos no ha tenido origen en la culpa de la otra parte, como sería el caso de la falta de colaboración debida por el acreedor, o si aparece justificado por una atribución legal, como ocurriría si se hubiese hecho valer, con razón, la excepción de incumplimiento...puesto que en tales hipótesis si bien estaríamos frente al incumplimiento material de ambas partes, no existiría la culpa recíproca que presupone...un incumplimiento recíproco jurídicamente relevante. De ahí que se haya dicho que en el caso de incumplimiento recíproco el juez debe apreciar la entidad o la importancia de dichos incumplimientos para decidir si entre las violaciones contractuales de uno y otro contratante existe el nexo de causalidad y la relación de proporcionalidad necesarios para la resolución del contrato, a cargo de una o de otra parte” (RAMELLA, Anteo E. *Ob. cit.* Páginas 203 y 204.

cumplimiento o *vice – versa*. En primer lugar, el caso de una demanda principal de cumplimiento forzado enfrentada a una reconvencción de resolución parece no ser un verdadero problema de auténticos incumplimientos recíprocos, toda vez que se supone que el demandante de cumplimiento (ya sea por vía principal o reconvenccional) se encuentra llano a cumplir. Dicho elemento impide que la situación sea analizada bajo la perspectiva de los incumplimientos recíprocos. Si el demandante no se encontrara llano a cumplir, la solución no sería problemática toda vez que el demandado de cumplimiento podría oponer la excepción de contrato no cumplido. Por otra parte, para admitir la eficacia de una demanda *reconvenccional* de cumplimiento forzado frente a una acción principal de resolución habría que admitir a su vez la eficacia “enervadora” del pago una vez notificada la demanda de resolución, lo que no es pacífico y altamente complejo dentro del sistema de remedios contractuales. De esta forma, si se acepta la eficacia “enervadora” del pago la demanda de cumplimiento forzado deberá triunfar sobre la pretensión resolutoria. En cambio, si no se acepta la eficacia de dicho pago, el supuesto se torna más complejo. Si la demanda principal es de resolución y la reconvencción de cumplimiento, la primera debe primar porque con su notificación precluyó para el deudor la posibilidad de pagar, por lo que tampoco podría demandar el cumplimiento a su turno. En cambio, si por vía principal se acciona de cumplimiento y el demandado interpone como reconvencción una acción de resolución se debe precisar. Si la resolución requiere de la mora del deudor para operar, ésta no se verifica en el presente caso por cuanto se supone que el actor se encuentra llano a pagar (si no es así, se puede oponer la *exceptio* a su pretensión). Por el contrario, si basta el mero incumplimiento para que opere la resolución, resulta complejo escoger entre una y otra acción, pues se enfrenta la pretensión del actor a quien aún interesa el cumplimiento contra la del demandante reconvenccional a quien ya no. Si la mora resulta indiferente, quizás analizando ambos incumplimientos en lo que se refiere a su entidad y conexión causal se puede llegar a soluciones caso a caso.³¹⁹

³¹⁹ Con respecto a la posibilidad de enervar la acción de resolución mediante el pago efectivo durante el juicio, Fueyo agrega que también cabría a este respecto la *reconvencción de cumplimiento* junto con la contestación de la demanda. Sobre esta posibilidad, señala: “*En tal caso el juez debe, a mi juicio, dar lugar a la reconvencción en cuanto se pide el cumplimiento, por ser buena norma mantener el vínculo contractual y evitar su resolución; sobre todo en aquellos casos en que las circunstancias evidencien que el incumplimiento no responde a una deliberada voluntad rebelde a la ejecución de lo convenido*”, afirmación, está última, que hace

inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y a lo que agrega, sin embargo, ciertas aprehensiones sobre los potenciales abusos de conceder esta opción al deudor demandado (FUEYO LANERI, Fernando. *Ob. cit.* Página 352. De manera muy reciente la Corte Suprema se ha manifestado en favor de la posibilidad del demandado de enervar la acción de resolución de contrato cumpliendo con su obligación dentro de las oportunidades que prescribe el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, que contempla la excepción perentoria de pago de deuda fundada en antecedente escrito (Corte Suprema, *Canales Lavín Carmen con Riveros Bianchi Gerardo*, Rol 3614 – 2008, 31.03.2010, N° Legal Publishing 43602).

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. 3ª edición. Santiago. Editorial Jurídica. 1993.
- 2) ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. 4ª edición actualizada y aumentada. Santiago. Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile. 2001.
- 3) ALBADALEJO, Derecho Civil. Tomo II, Volumen I. Barcelona. 1994.
- 4) ALBIEZ D. Klaus J. Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB. Anuario de Derecho Civil. Volumen 55 (Nº 3).
- 5) AGUAD DEIK, Alejandra. Algunas Reflexiones sobre los Efectos del Incumplimiento Recíproco Frente a la Acción Resolutoria. Revista Chilena de Derecho Privado. Número 6, 2006.
- 6) ALCALDE R., Enrique. Distinción entre obligaciones principales y secundarias y consecuencias de tal distinción en relación con la resolución de un contrato bilateral. Revista Chilena de Derecho. Volumen 30, 2003.
- 7) ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Acción Resolutoria y Excepción de Contrato No cumplido. Algunas Precisiones Fundamentales Respecto de su Ámbito de Aplicación. Revista Actualidad Jurídica. Volumen 4 (Nº 8). 2003
- 8) ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral. Revista Chilena de Derecho. Volumen 31 (Nº 3). 2004.
- 9) ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Argentina. Astrea. 1974.
- 10) ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Comentario a Aravena con Lizarralde. RDJ XXVIII, 2ª parte, Sección 1ª, 1931
- 11) ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Compraventa y la Promesa de Venta. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
- 12) ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. Tratado de las Obligaciones. Segunda Edición Ampliada y Actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001.
- 13) ALVAREZ VIGARAY, Rafael. La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento. 3ª edición. Granda, España. Comares. 2003.

- 14) ATRIA LEMAITRE, Fernando. On law and legal reasoning. Oxford. Hart Publishing. 2002.
- 15) ATRIA LEMAITRE, Fernando, *et. al.* Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2005.
- 16) BADOSA COLL, Ferrán. La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. Bolonia: Real Colegio de España. 1987.
- 17) BARAONA GONZALEZ, Jorge. Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. Revista Chilena de Derecho. Volumen 24 (N° 1). 1997.
- 18) BARAONA, GONZALEZ, Jorge. La exigibilidad de las obligaciones: noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración). Revista Chilena de Derecho, Vol. 24 (N° 3). 1997.
- 19) BARAONA GONZÁLEZ., Jorge. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Madrid, España. Dyckinson, S.L. 1998.
- 20) BARROS BOURIE, Enrique. Finalidad y Alcance de las Acciones y los Remedios Contractuales. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (V, 2007, Valparaíso). Estudios de Derecho Civil III. Santiago. Guzmán Brito, Alejandro (ed. cient.). PUC VALPO. Legal Publishing. 2008.
- 21) BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil: obligaciones. 5ª edición. Buenos Aires, Argentina. Perrot. 1983.
- 22) BRANTT ZUMARÁN, María Graciela. Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: La delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (V, 2007, Valparaíso). Estudios de Derecho Civil III. Santiago. PUC Valparaíso, Guzmán Brito, Alejandro (ed. cient.). Legal Publishing. 2008.
- 23) BRICEÑO, Ildemaro. Temas de Derecho. Caracas. Grafos. 1966.
- 24) CAPITANT, Henri. De la causa de las obligaciones. Madrid, España. Góngora. 1927.
- 25) CAPITANT, Henri. De la cause des obligations. Troisième Édition. Paris, France. Librairie Dalloz.
- 26) CAPRILE B., Bruno. La excepción de contrato no cumplido: algunos problemas y, en especial, su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes. Legal Publishing. 2011. **(texto en prensa)**.

- 27) CARBONNIER, Jean. Les Obligations. Paris, Francia. PUF. 22ª edición. 2000.
- 28) CASSIN, René. De l'exception tiree de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus). Paris, Francia. Librairie de la Société du Recueil Sirey. 1914.
- 29) CLARO SOLAR, Luís. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago. Nacimiento. 1936. Tomo X, De las Obligaciones.
- 30) CLEMENTE MEORO, Mario. La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 2008.
- 31) CLEMENTE WAYAR, Ernesto. Tratado de la mora. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1981.
- 32) CRUZ MORENO María. La Exceptio Non Adimpleti Contractus. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 2004.
- 33) DELL AQUILLA, Enrico. Resolución del Contrato Bilateral. Salamanca. 1981.
- 34) DIEZ DUARTE, Raul. Estructura civil y procesal del contrato. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.
- 35) DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema. La Mora y la Responsabilidad Contractual. Madrid, España. Editorial Civitas S.A. 1996.
- 36) DIEZ - PICAZO, Luís. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. 5ª edición. Madrid, España. Civitas. 1996. (y 6ª edición).
- 37) DIEZ - PICAZO, Luis. Los Incumplimientos Resolutorios. Navarra, España. Thompson – Civitas. 2005.
- 38) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. 8ª edición. Madrid, España. Tecnos. 2000 (reimpresión). (y 9ª edición).
- 39) ELGUETA ANGUITA, Augusto. Resolución de contratos y excepción de pago. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1981.
- 40) ELGUETA ORTIZ, Augusto. La Resolución y el Incumplimiento Recíproco. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 1947.
- 41) ESPIN CANOVAS, Diego. La Excepción de Incumplimiento Contractual. Anuario de Derecho Civil. Tomo XVII (Fascículo III): páginas 543 y ss., Julio – Septiembre, 1964.

- 42) FARNSWORTH, E. Allan. Contracts. 4ª edición. Nueva York, Estados Unidos. Aspen Publishers. 2004.
- 43) FERNANDEZ GONZALEZ-REGUERAL., M. De los Ángeles. La Resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales. Madrid, España. La Ley-Actualidad S.A. 1998.
- 44) FRIED, Charles. La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile (Traducción Pablo Ruiz – Tagle Vial). 1996.
- 45) FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. 3ª edición (actualizada por Gonzalo Figueroa Y.). Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 2004.
- 46) GAMBOA S, Mario. La Condición Resolutoria Tácita y la Excepción de Contrato No Cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro Código Civil y en la Jurisprudencia Comparada. En: TAMAYO J., Javier (coord.). Tendencias Modernas del Derecho Civil. Propuesta de Reforma a la Legislación Civil. Bogotá, Colombia. Temis. 1989.
- 47) GATICA PACHECO, Sergio. Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1959.
- 48) HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. 3ª edición. Buenos Aires, Argentina. Abeledo – Perrot (Traducción de Genaro R. Carrió). 2009.
- 49) LAMARCA M., Albert. La modernización del derecho alemán de las obligaciones: Reforma BGB. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. N° 2. 2001.
- 50) LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1958.
- 51) LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Granada, España. Editorial Comares S.L. 2002.
- 52) LARRAIN RIOS, Hernán. Teoría General de las Obligaciones. Santiago. Lexis Nexis – Conosur. 2002.
- 53) LÓPEZ SANTA – MARIA, Jorge. Comentario de jurisprudencia civil. Revista de Derecho (1), 2004.
- 54) LÓPEZ SANTA - MARIA, Jorge. Los Contratos. 4ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

- 55) MANTILLA E., Fabricio. La Excepción de Inejecución. En: MANTILLA E., Fabricio y TERNERA B., Francisco. Los Contratos en el Derecho Privado. Colombia. Legis. 2007.
- 56) MANTILLA E., Fabricio y TERNERA B., Francisco. La resolución de los contratos en el derecho colombiano. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 5. Páginas 43 a 51, 2005.
- 57) MANTILLA E., Fabricio y TERNERA B., Francisco. La resolución. En: MANTILLA E., Fabricio y TERNERA B., Francisco. Los Contratos en el Derecho Privado. Colombia. Legis. 2007.
- 58) MASNATTA, Hector. Excepción de Incumplimiento Contractual. Buenos Aires, Argentina. Abeledo – Perrot. 1967.
- 59) MEJIAS A, Claudia. El Incumplimiento Contractual y sus modalidades. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (V, 2007, Valparaíso). Estudios de Derecho Civil III. Santiago. PUC Valparaíso, Guzmán Brito, Alejandro (ed. cient.). Legal Publishing. 2008.
- 60) MEJIAS ALONSO, Claudia. Incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Construcción dogmática de la noción de incumplimiento resolutorio. Tesis para optar al grado de doctor en derecho. Valparaíso. PUC Valparaíso, Facultad de Derecho. 2010.
- 61) MELICH - ORSINI, José. La Resolución del Contrato por Incumplimiento. Bogotá – Caracas. Editorial Temis Librería. 1979.
- 62) MELICH – ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. 3ª edición. Caracas, Venezuela. Jurídica Venezolana. 1997.
- 63) MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa – América (traducción: R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra). 1952.
- 64) MIQUEL, Juan Luis. Resolución de Contratos por Incumplimiento. 2ª edición actualizada. Buenos Aires. Depalma. 1986.
- 65) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. 2ª edición. ORBIR. 1976.
- 66) MORALES MORENO, Antonio Manuel. Pretensión de Cumplimiento y Pretensión Indemnizatoria. En su: La Modernización del Derecho de Obligaciones. Madrid, España. Thomson Civitas. 2006.
- 67) MORALES MORENO, Antonio Manuel. Evolución del concepto de obligación en el derecho español. En su: La Modernización del Derecho de Obligaciones. Madrid, España. Thomson Civitas. 2006.

- 68) MORALES MORENO, Antonio Manuel. El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro. En su: La Modernización del Derecho de Obligaciones. Madrid, España. Thomson Civitas. 2006.
- 69) MOSCO, Luigi. La Resolución de los Contratos por incumplimiento. Barcelona, España. Dux Ediciones y Publicaciones. [19--]
- 70) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Teoría General del Contrato. 2ª edición. ORBIR. 1976.
- 71) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Medios Compulsivos en Derecho Privado. Buenos Aires, Argentina. EDIAR. 1978.
- 72) OGAYAR Y AYLLON, Tomás. Efectos que produce la obligación bilateral. Pamplona, España. Aranzadi. 1983.
- 73) PADILLA, René A. La mora en las obligaciones. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1983.
- 74) PANTALEON P., Fernando. El sistema de responsabilidad contractual. Anuario de Derecho Civil. N° 44. 1991.
- 75) PANTALEON P., Fernando. Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. Anuario de Derecho Civil. N° 46. 1993.
- 76) PASCUAL ESTEVILL, Luis. La Responsabilidad Contractual. 1ª edición. Tomo II, Volumen I, parte especial. Barcelona, España. Bosch. 1982.
- 77) PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2006.
- 78) PERSICO, Giovanni. L' eccezione d' inadempimento. Milano. Dott. A. Giuffrè. 1955.
- 79) PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad contractual en el derecho chileno. [recurso electrónico] <<http://www.fundacionfueyo.udp.cl/investigacion.htm>>.
- 80) PIZARRO WILSON, Carlos. Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Número II (Colección de Derecho Privado). 2005.
- 81) PIZARRO WILSON, Carlos. La Excepción por Incumplimiento Contractual en el Derecho Civil Chileno. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (III, 2005, Valdivia). Estudios de Derecho Civil I. VARAS B., Juan Andrés y TURNER S., Susan (coord.). Legal Publishing. Santiago, Chile. 2006.

- 82) PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad contractual en el derecho chileno. En: MANTILLA E., Fabricio y TERNERA B., Francisco. Los Contratos en el Derecho Privado. Colombia. Legis. 2007.
- 83) PIZARRO WILSON, Carlos. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento. En: JORNADAS CHILENAS DE DERECHO CIVIL (V, Valparaíso, 2007). Estudios de Derecho Civil III. Santiago de Chile. PUC Valparaíso, Guzmán Brito, Alejandro (ed. cient.). Legal Publishing. 2008.
- 84) PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XXXI: 2008, Semestre II.
- 85) PIZARRO WILSON, Carlos. El derecho de retención. Una garantía bajo sospecha. Ius et Praxis. Año 15 (N° 1).
- 86) PIZARRO WILSON, Carlos y AGUAD DEIK, Alejandra. Obligaciones y Responsabilidad Civil. Comentario de Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 4. 2005.
- 87) PIZARRO WILSON, Carlos. Y AGUAD DEIK, Alejandra. Obligaciones y Responsabilidad Civil (Comentario de Jurisprudencia). Revista Chilena de Derecho Privado. N° 13. Diciembre 2009.
- 88) RAMELLA, Anteo E. La Resolución por Incumplimiento. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1975.
- 89) RAMELLA, Anteo E., Resolución del Contrato. En: TRIGO, Felix y STIGLITZ, Rubén (dir.). Contratos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones LaRocca. 1989.
- 90) RAMOS PAZOS, René. De las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1999.
- 91) RIOSECO, Emilio. Precisiones sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. Revista de Actualidad Jurídica. Volumen 5 (N° 10). 2004.
- 92) RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Acción Resolutoria y Excepción de Contrato no cumplido. Revista de Actualidad Jurídica. Volumen 4 (N° 8). 2003.
- 93) RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Excepción de Contrato No Cumplido. Actualidad Jurídica. Volumen 5 (N° 9). 2004.
- 94) RODRIGUEZ GREZ, Pablo. A propósito de la excepción del contrato no cumplido. Revista de Actualidad Jurídica. Volumen 5 (N° 10). 2004.
- 95) RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Extinción no convencional de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica. 2008.

- 96) RODRIGUEZ PINTO, María Sara. El principio “nadie debe hacerse más rico en detrimento del otro” (D. 12, 6, 14) en la resolución de un contrato de promesa por incumplimientos recíprocos. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (IV, 2006, Olmué). Estudios de Derecho Civil II. Santiago. Lexis Nexis. 2007.
- 97) SÁNCHEZ LÓPEZ, Nicolás. Excepción de contrato no cumplido y la ejecución forzada de la obligación en el Código Civil chileno. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2005.
- 98) SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. Resolución del Contrato por Incumplimiento y Modalidades de su ejercicio. Madrid, España. Fundación Beneficentia et Pantie Iuris. 2004.
- 99) SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia. 2ª edición actualizada por Ramón Domínguez Benavente. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1984.
- 100) TARANTO, Hugo. Excepción de Incumplimiento. En: TRIGO R., Félix y STIGLITZ, Rubén (dir.). Contratos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones La Rocca. 1989.
- 101) VERDERA SERVER, Rafael. El cumplimiento forzoso de las obligaciones. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia. 1995.
- 102) VIDAL OLIVARES., Álvaro. Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena. Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile). Volumen XVIII (Nº 1): Páginas 55 a 88, Julio 2005.
- 103) VIDAL OLIVARES, Álvaro. La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (IV, 2006, Olmué). Estudios de Derecho Civil II. Santiago. Universidad de los Andes. CORRAL T., Hernán y RODRIGUEZ P., María Sara (coord.). Lexis Nexis. 2006.
- 104) VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. En: GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed. cient.). El Código Civil de Chile (1855 – 2005). Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007.
- 105) VIDAL OLIVARES, Álvaro. Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista. Revista Chilena de Derecho. Volumen 34 (Nº 1). Enero – abril 2007.

- 106) VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil (VI, 2008, Olmué). Estudios de Derecho Civil IV. Santiago, Chile. Pizarro W., Carlos (coord.). Legal Publishing. 2009.
- 107) VIO VÁSQUEZ, Efraín. Las Obligaciones Condicionales. Concepción. Escuela Tipográfica Salesiana. 1945.
- 108) VIVES MONTERO, María Luisa. Traducción de la Reforma 2002 del BGB. Anuario de Derecho Civil. Tomo LV (Fasc. III): Junio – Septiembre 2002.
- 109) VON TUHR, Andreas. Teoría general del derecho civil alemán. Buenos Aires, Argentina. Editorial DePalma. 1946.
- 110) WILLISTON, Samuel. Dependency of mutual promises in the Civil Law. Harvard Law Review. Volumen 13 (Nº2). Páginas 80 – 109, Junio 1899.
- 111) ZIMMERMANN, Reinhard. Estudios de Derecho Privado Europeo. Madrid, España. Civitas. 2000.