

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS REMEDIOS
CONTRACTUALES. CASO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA
TÁCITA Y LA EXCEPCIÓN DE PAGO. UN EJEMPLO DE LA
TEORÍA DE JUEGOS.**

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

DIEGO VALENZUELA RABY

Profesora guía: María Agnes Salah Abusleme

Santiago, Chile
2008

ÍNDICE.	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	4
Cap. I: Análisis económico de los remedios contractuales.....	7
1.1 Cuestiones preliminares.....	7
1.2 Breve introducción al análisis económico de los remedios contractuales.....	9
1.3. Regla del <i>Common Law</i>	10
1.4 Un ejercicio de recepción.....	11
1.4.1 Incumplimiento eficiente.....	13
1.4.2 Daños monetarios vs. ejecución específica:	
a) <i>El riesgo de subcompensar</i>	15
b) <i>Negociaciones ex-post</i>	17
c) <i>Costos de transacción</i>	19
1.4.3 Visión crítica del debate norteamericano.....	20
1.4.4 Regla distintas para casos distintos:	
a) <i>Contratos de dar y de hacer</i>	22
b) <i>Factores adicionales de diferenciación de casos</i>	24
1.5 Propedéutica de una recepción.....	25
1.5.1 Necesidad de una recepción.....	26
1.5.2 Condición actual del debate.....	28
1.6 Conclusiones previas respecto al análisis económico de los remedios contractuales.....	31
1.7 Ideas preliminares para un análisis económico del sistema remedial chileno.....	33
1.7.1 Caracterización del sistema remedial chileno. Obligaciones de dar, hacer y no hacer. Contratos unilaterales y bilaterales.....	34
1.7.2 Reglas especiales para contratos diferentes.	35
1.7.3 Remedios especiales en virtud del bien que se trata.....	38
1.7.4. Conclusiones preliminares respecto al análisis económico del sistema de remedios chilenos en general	39
Cap. II: La condición resolutoria tácita y la excepción de pago.....	41
2.1 Introducción.....	41
2.2 La condición resolutoria tácita.....	42
2.3 Condición resolutoria tácita y excepción de pago.....	44
2.3.1 Momento en que se produce la resolución del contrato.....	45
2.3.2 Hasta cuándo se puede enervar la resolución con la excepción de pago	49
a) <i>Doctrina tradicional</i>	50
b) <i>Críticos</i>	51

c) <i>Modernos</i>	51
2.3.3 Análisis de las posturas respecto a la oportunidad de la excepción de pago.....	55
2.3.4 Toma de postura:.....	56
a) <i>Historia fidedigna</i>	56
b) <i>Art. 1879 CC</i>	59
2.3.5 Análisis económico de la condición resolutoria tácita y de la excepción de pago:.....	60
a) <i>Perspectiva desde la teoría del incumplimiento eficiente</i>	64
b) <i>Negociaciones ex-post</i>	65
c) <i>Costos de transacción</i>	68
Cap. III: Teoría de juegos	69
3.1 Breve referencia histórica.....	69
3.2 Teoría de juegos y el derecho.....	71
3.3 Buscando la forma correcta de modelar.....	71
3.3.1 Formas de representar.....	74
3.4. Modelando la condición resolutoria y la excepción de pago.....	76
3.4.1 Algunas conclusiones preliminares.....	82
3.4.2 Juego de los ascensores.....	83
3.4.3 Juego del Mazda.....	91
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFÍA	99

Introducción.

Se supone que el Derecho Civil, más específicamente, el de contratos, está llamado a proveer respuestas, o soluciones si es el caso de que alguna parte no cumpla o lo haga de mala manera, a las obligaciones pactadas en un contrato. Es la obviedad de esta afirmación lo que a veces desorienta un poco. En el contrato las partes se obligan a algo. Acuerdan, además, de que si no se respeta aquello a lo que se obligan, uno de los dos va a tener herramientas, mecanismos, o soluciones para hacer de esa obligación algo que descansa más allá de la volubilidad de cada participante. En otras palabras, el derecho de contratos supone, por una parte, individuos que desean obligarse, y por la otra, un mecanismo para que esa voluntad sea coercitivamente exigible. En la doctrina anglosajona, se suele llamar a estos mecanismos, o respuestas del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento contractual, *remedios contractuales*.

Quizá la más nutrida discusión académica que se ha dado en torno a los remedios contractuales en la doctrina anglosajona en los últimos treinta años, se enmarca dentro del movimiento conocido como análisis económico del derecho. En este debate, el énfasis está dado en dilucidar cuál remedio contractual es más eficiente como regla por defecto del sistema legal, la ejecución forzada de la prestación o el pago de una indemnización en dinero. En este debate se han esbozado una serie de argumentos para preferir una alternativa por sobre la otra, mas, la doctrina pareciera no haber todavía dado por zanjado el tema. Existen quienes propugnan por la eficiencia de uno u otro remedio, de la misma manera que hay quienes buscan alguna salida intermedia entre las dos posiciones dominantes.

El primer objetivo de esta memoria de prueba es hacer un repaso de este debate, de manera de poder obtener algunas herramientas para analizar nuestro sistema de remedios contractuales.

Por otro lado, en el segundo capítulo de esta memoria de prueba se presenta el debate presente en la doctrina nacional relativo a la condición resolutoria tácita, y más específicamente, de ésta en relación con la excepción de pago. Sobra decir que este debate tampoco parece estar acabado en nuestro medio. Dentro de esta discusión, se plantea la idea de que la condición resolutoria tácita cumple en nuestro ordenamiento una función homologable a los remedios contractuales que se presentan en el primer capítulo de esta memoria. Respecto a la discusión nacional, se identifican al menos dos posturas claras que difieren radicalmente en cuanto a sus postulados. Las consecuencias de una y otra postura se evalúan posteriormente utilizando los conceptos de análisis económico del derecho.

El segundo objetivo de esta tesis es repasar el debate nacional al que se hacía referencia a la luz de los conceptos y categorías propias del debate norteamericano de análisis económico de los remedios contractuales. De manera de poder sugerir, que, a la luz del análisis económico del derecho, una de las posturas del debate nacional –aquella según la cual se limita el ámbito de aplicación de la excepción de pago- se debiera preferir por sobre la otra –también aquí llamada tradicional- para la cual la excepción de pago se puede interponer hasta la vista de la causa en segunda instancia, aún habiendo realizado el pago dentro del procedimiento judicial.

Para finalizar, y de manera complementaria al segundo objetivo ya esbozado, en esta tesis se utiliza otra herramienta analítica asociada a la economía, la teoría de juegos, para reforzar las conclusiones anteriores. Por medio de la teoría de juegos se sugiere que la disponibilidad de uno u otro remedio contractual altera la estrategia de las partes contratantes, y que una de las interpretaciones sobre la oportunidad de pago es superior a la otra desde el punto de vista de la eficiencia.

En esta memoria de prueba se presentan en cada capítulo tesis distintas, pero a la vez complementarias. Mientras que en el primero, por medio de un trabajo de recepción de los conceptos del debate norteamericano sobre remedios contractuales, se sostiene que el sistema nacional de remedios contractuales es, a grandes rasgos, un sistema sofisticado y que se condice bastante con los criterios de eficiencia que propone el debate norteamericano, en el segundo – que analiza la condición resolutoria tácita y la excepción de pago- la tesis que se defenderá es que mientras la interpretación reinante es la única aceptable desde el punto de vista del sistema legal actual, la interpretación rival es más deseable desde el punto de vista del análisis económico del derecho. En el tercer capítulo de esta memoria de prueba se plantean principalmente dos tesis, la primera metodológica, consistente en validar la teoría de juegos como herramienta útil para la teoría legal; la segunda, propositiva, en donde se afirma que una y otra interpretación respecto a la oportunidad de la excepción de pago generan incentivos distintos en la estructura estratégica que se da lugar en la vida de un contrato.

Estas distintas tesis se encuentran en una sola consideración final, y que se reitera en esta memoria de prueba hasta quizás parecer reiterativo: la idea de que una adecuada intelección de los incentivos y efectos de la institución de la condición resolutoria tácita en conjunto con la excepción de pago, debieran hacernos preferir una de las interpretaciones rivales por sobre la otra.

I. Análisis económico de los remedios contractuales.

1.1 Cuestiones preliminares.

Si bien los remedios contractuales pueden variar de un país a otro,¹ las formas de contratar y las necesidades de intercambio son, al fin y al cabo, las mismas en todas las jurisdicciones. Bien pudiera alguien sostener que toda la doctrina que hasta el momento ha tratado el tema de los remedios contractuales, está orientada, principalmente, al análisis de una regla en particular, la del *common law*, que no es siquiera similar a la que contiene nuestro ordenamiento jurídico. Aún así, el ejercicio de recepción del análisis económico de la regla norteamericana nos permite familiarizarnos con un marco analítico que debiera servir independientemente del ordenamiento legal. El estudio del análisis económico de los remedios contractuales nos permite, al fin y al cabo, dilucidar cómo, en qué situaciones, y hasta dónde una regla determinada puede llevar a una asignación eficiente de los recursos, y, también, cuándo no.

En este sentido, este capítulo presupone una labor propia del derecho comparado: estudiar principalmente dos regulaciones referentes a los remedios contractuales, la norteamericana y la nacional, de manera que en la comprensión de las similitudes y diferencias se pueda al menos, recoger alguna de las ventajas u objetivos que el derecho comparado pareciera ofrecer. En opinión de Zweigert y Kotz,² el estudio comparado de regulaciones cumple ciertas funciones, de las cuales dos nos resultan de particular interés: como instrumento para el legislador (herramientas de *lege ferenda*), y de ayuda a la interpretación de los conceptos jurídicos nacionales.³ Otra de las directrices que se pueden tomar de la disciplina del derecho comparado es el principio metodológico de la funcionalidad. Conforme a éste, “lo único que puede compararse en

¹ Ver TREITEL, G.H. Remedies for Breach of Contract. International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen. Y.C.B. Mohr (Editor Paul Siebeck). Vol. 7. 1973.

² ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein. Introducción al Derecho Comparado. México. Oxford University Press. 2002. pp. 17 y ss.

³ *Ibid.* p. 19.

el ámbito del derecho son cosas que cumplan con una misma función”.⁴ Si bien a primera vista es evidente que los remedios contractuales cumplen, en uno y otro sistema, funciones análogas, también esta presuposición puede resultar problemática al no dar cuenta de diferencias inherentes a los sistemas que hacen de su comprensión una tarea más compleja de la que pudiera parecer a primera vista. En resumen, este capítulo sobre el análisis económico de los remedios contractuales invita a una recepción de las conclusiones provenientes de dos tipos de procesos cognitivos. Por una parte invita a recibir las distinciones propias del análisis económico, y por la otra, a extraer conclusiones derivadas de la comparación de regímenes legales distintos.

Otra consideración que conviene despejar antes de continuar este trabajo, dice relación con la pertinencia del análisis económico como herramienta argumentativa en una disciplina ajena a su esfera propia. Es decir, qué tan válido es utilizar elementos propios de la economía en la tradición argumentativa del Derecho, disciplina que tiene su propia y asentada tradición argumentativa. Esta pregunta ha sido abordada muchos autores, algunos a favor de la intromisión de la economía y otros que se muestran más cautelosos a la hora de perder la independencia hermenéutica de nuestra disciplina. Un autor que ha abordado esta pregunta en el medio nacional ha sido Enrique Barros, quien realiza una comparación de la eficiencia y la justicia como fines del derecho privado patrimonial.⁵ Barros presenta la discusión respecto a las tradiciones filosóficas en que se amparan tanto la idea de justicia y la de eficiencia como paradigmas de fines el derecho. A este respecto llega a una conclusión tanto más práctica que teórica: “La experiencia muestra, sin embargo, que la radicalidad de la disputa *filosófica* no se transmite a la

⁴ *Ibíd.* p. 38.

⁵ BARROS Bourie, Enrique. Justicia y Eficiencia como fines del Derecho Privado Patrimonial. Estudios de Derecho Civil: Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil. Santiago. Lexis Nexis. 2005. Barros complementa este artículo en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica. 2006. pp. 33 y ss. Una opinión en contra de la injerencia de la eficiencia en el ámbito del derecho se puede encontrar en: KENNEDY, Duncan. Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies. The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. 1998.

práctica *jurídica*”.⁶ Y que respecto a la pertinencia de un argumento de análisis económico del derecho en el ámbito del derecho privado “Todo indica que la justicia correctiva establece una condición de admisibilidad que debe satisfacer todo argumento en materia de derecho privado; sin embargo, con frecuencia diversas decisiones son compatibles con un criterio de justicia, lo que justifica un análisis pragmático, que atiende a las consecuencias”.⁷

En esta memoria de prueba se utilizan las categorías del análisis económico no para la argumentación jurídica en sentido estricto (no tiene por objetivo convencer a un juez en un caso en concreto), sino que se enmarca dentro de lo que podríamos denominar la “Teoría Legal”, es decir, un conjunto de postulados que hacen del Derecho su objeto de referencia. Dentro de ese marco más amplio, resulta aún más aceptable utilizar herramientas argumentativas de otras disciplinas que provean de una perspectiva diferente las instituciones legales que se estudian, para, de esta manera, lograr una comprensión más cabal, o por lo menos distinta, de la que se tenía hasta entonces. El aporte que esta tesis pueda dar se enmarca así de una perspectiva más de *lege ferenda* que de *lege lata*.

1.2 Breve introducción al análisis económico de los remedios contractuales.

Hace ya más de treinta años que en la doctrina norteamericana viene discutiéndose sobre los llamados remedios contractuales.⁸ Éstos son, en sencillas palabras, las soluciones que provee el sistema jurídico ante el incumplimiento contractual. La discusión académica que se ha generado alrededor suyo, gira, principalmente, en analizar las distintas reglas que existen en los sistemas legales desde

⁶ BARROS. 2005. p. 12. Las cursivas en el original.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Se suele reconocer a Kronman, con su *Specific Performance* (KRONMAN, Anthony. *Specific Performance*. University of Chicago Law Review, N° 45. 1977-1978), como el que dio inicio a esta discusión académica. Aún así, dicho trabajo sólo viene a retomar preguntas que estaban pendientes desde la formulación de posiciones que propugnaban el incumplimiento eficiente.

el punto de vista de la eficiencia. La pregunta es, en definitiva, cuál regla legal puede hacer que los recursos puedan terminar allí donde son más valorados.

Ya a comienzos de los años sesenta empieza a cobrar cierta fuerza dentro de la academia legal norteamericana el denominado movimiento de *Law and Economics*. Los trabajos de Coase,⁹ y Calabresi,¹⁰ suelen ser considerados como iniciadores de este movimiento. En lo que respecta a los contratos, algunos profesores dieron con el concepto de incumplimiento eficiente,¹¹ esta doctrina, que retomaba lo que ya había señalado un precursor juez de a comienzos del siglo XX, sostenía que en algunos casos, era más conveniente, siempre desde el punto de vista de la eficiencia, incumplir un contrato que cumplirlo. Esta sencilla afirmación dio pie para preguntarse qué tipo de regla lograba de mejor manera precisamente eso, que se cumplieran los contratos que eran eficientes, y que no se cumplieran, aquéllos que no lo eran. De esto se trata la discusión en torno a los así denominados, remedios contractuales.

1.3 Regla del *Common Law*.

El estudio de los remedios tuvo como punto de partida el análisis de la regla vigente en el sistema legal norteamericano, regla por la cual, la parte inocente¹², ante el incumplimiento contractual sólo tiene derecho a que se le indemnice por los daños sufridos, y que esos daños, se midan según el baremo de su expectativa.¹³

⁹ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. Vol. 3. 1960.

¹⁰ CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*. Vol. 70. 1961.

¹¹ Usualmente se identifica a POSNER, Richard A. con la articulación definitiva de la teoría del *efficient breach* en su libro: *Análisis Económico del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica. 1998. La primera edición en inglés data del año 1973.

¹² Por parte inocente (*innocent party, promisee, breachee*) la literatura pertinente ha entendido a aquella parte, acreedora de una obligación contractual, que se ve enfrentada al incumplimiento proveniente de su contraparte.

¹³ En realidad el nombre para este remedio es de *money damages*, lo que ha sido indistintamente traducido en artículos como “daños monetarios”, “indemnización de perjuicios”. Además, una cosa es que se pague en dinero, otra cosa es cómo se mide el daño, al respecto, existen, en general, tres “medidas” de los daños

Excepcionalmente, en los tribunal de equidad, sólo cuando existan razones para pensar que el pago de daños no va a ser compensatorio,¹⁴ y además se trate de un bien que tenga el carácter de único,¹⁵ el tribunal estaría dispuesto a otorgar, a la parte inocente, la ejecución específica de la prestación.¹⁶

Así, si A vende su pelota de fútbol (que valora en 80) en 100 a B (y éste la valora en 120), en caso de que A se arrepienta y decida no entregarle el balón a B, este último, bajo la regla general de pago por daños, podrá dirigirse a los tribunales para que hagan que A le pague un monto tal que lo deje totalmente indiferente entre tener la pelota o no, esto es, 120. Ahora bien, ¿qué tiene que hacer B para que el tribunal, en vez de ordenar el pago de daños por expectativas, decida obligar a A pasarle la pelota? A deberá demostrar que esa pelota no se trata de una pelota cualquiera, que no se puede encontrar fácilmente en el mercado¹⁷(podría ser el caso de una pelota firmada por toda la selección de Alemania) y que de ninguna manera la indemnización en dinero va a dejarlo igual de satisfecho.

1.4 Un ejercicio de recepción.

Para organizar un poco el debate en torno a los remedios contractuales, se puede ir sistematizando las diversas opiniones respecto a la regla del *common law*.

monetarios: *expectation*, que mide los beneficios que hubiera recibido la parte de haberse cumplido el contrato; *reliance*, que apunta a recuperar lo invertido en confianza de que el contrato se iba a cumplir; y *restitution*, en que tan sólo se devuelve lo que la parte incumplidora haya tenido en su poder gracias a la celebración del contrato. Al respecto, MAHONEY, Paul G. Contract Remedies: General. Encyclopedia of Law and Economics. p. 121. 1999.

¹⁴KRONMAN.op. cit. p. 353.

¹⁵ *Ibíd.* p. 358, (“*the uniqueness test*”).

¹⁶ En inglés: *Specific Performance*, Bullard la traduce como *Ejecución Específica*,(BULLARD, Alfredo. ¿Cuándo es bueno incumplir un Contrato? La Teoría del Incumplimiento eficiente: Ejecución forzada vs. Pago de Daños. *Ratio Juris*. N°1. Lima. 1992.

¹⁷ Lo que da el carácter de único a un objeto queda a la discreción del tribunal. En todo caso, Kronman, op. cit. sugiere un mecanismo de elasticidad cruzada para determinar si estamos en frente de un bien único. Otro criterio que suelen tomar en consideración los tribunales al momento de realizar este *uniqueness test*, es el de si se trata de un objeto del que se pueda presumir una valoración subjetiva, por ejemplo, el retrato de la difunta abuelita.

Distintos autores toman distintas perspectivas frente a ella, para algunos, fue considerada eficiente. Luego, este entusiasmo inicial se fue disipando y surgieron posiciones que criticaban la eficiencia de esta regla de aplicación general, hubo algunos que defendían la implementación del cumplimiento forzoso como regla general, otros que pretendían diferenciar si se trataba de producir bienes o transferir propiedad, y unos cuantos que utilizan marcos analíticos que no ocupan como referencia esta regla de pago por daños.

Hacer un ejercicio de recepción de este debate implica interiorizarse en los temas y soluciones propuestas. Parece ser que la manera más clara de repasar este debate es ordenarlo cronológicamente, y a la vez, este mismo criterio cronológico calza con el alejamiento paulatino de las posiciones más radicales del análisis económico del derecho, especialmente asociadas a lo que se ha llegado a conocer por incumplimiento eficiente. Esta evolución de la discusión se ve también reflejada en los distintos remedios que los autores defendían como los más eficientes. Por regla general, entre más partidario el autor del incumplimiento eficiente, más va a defender el pago de daños monetarios, y, por al contrario, entre menos le guste al autor el incumplimiento eficiente, más va a defender una regla de ejecución específica.

Junto a estos dos ejes en que se puede sistematizar la discusión respecto a los remedios contractuales, es decir, el cronológico y el acercamiento al incumplimiento eficiente, se puede sostener que existe otro que va íntimamente entrelazado con estos dos. Es la transición desde marcos analíticos más teóricos, a otros incrustados con consideraciones prácticas. De hecho, la teoría del incumplimiento eficiente, aunque teóricamente sugerente, se ve enfrentado a distintos problemas de aplicación práctica que van menguando su fuerza. A medida que pasa el tiempo, más problemas prácticos son detectados y obligan a la teoría a adecuarse. Esta actualización periódica, aunque tediosa, hace que el debate sobre los remedios contractuales se mantenga vigente hasta el día de hoy, y, que no haya en definitiva, respuesta alguna que zanje la discusión.

Con todo, parte de la doctrina que pasaremos, luego, a repasar, ha estimado que la relevancia del estudio de los remedios contractuales no solo se juzga a la luz de la pregunta de si conviene o no cumplir un contrato, sino que además, las consecuencias que se derivan de la eficiencia de una u otra regla llegan a distintos ámbitos, tales como la pregunta de contratar o no; la de qué gastos hacer en confianza de el cumplimiento y la de a qué precio contratar, entre otras.¹⁸ Incluso, el estudio de los remedios contractuales ha despertado en los últimos años, el interés de otras disciplinas complementarias a la Economía como lo son la ciencia conductual¹⁹ y la teoría de juegos.²⁰

En los párrafos siguientes se hace una breve referencia a los hitos más relevantes que ha tenido el debate norteamericano en torno al análisis económico de los remedios contractuales. Los conceptos y categorías que pasamos, en seguida, a repasar, constituyen el contenido mínimo de cualquier análisis económico de los remedios contractuales. Lo que no quiere decir que todos los trabajos al respecto se pronuncien respecto a todos y cada uno de ellos, sino que son el cúmulo de categorías relevantes que se han acuñado en más de treinta años de esta discusión.

1.4.1 Incumplimiento eficiente.

La discusión en torno a la eficiencia de los distintos remedios contractuales nace de la mano con lo que se ha venido a denominar la “Teoría del Incumplimiento Eficiente”, ésta sostiene que de cumplirse al pie de la letra todos los contratos, pudiese llevar a ineficiencias. Bullard la define de la siguiente manera: “se presenta cuando entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado

¹⁸CRASWELL, Richard. Contract Remedies, Renegotiation and the Efficient Breach Theory. South California Law Review. Vol. 61. 1987-1988. p. 641.

¹⁹KOROBKIN, Russel y ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. California Law Review. 88. 2000. pp. 1051-1144.

²⁰BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H, y PICKER, Randal C. Game Theory and the Law. Primera Ed. Harvard University Press. 1994.

cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se torne menos eficiente”.²¹ En el fondo, la noción de incumplimiento fue acuñada ante la constatación empírica de que en algunos casos (generalmente en aquellos en que el cumplimiento no calza temporalmente con el momento de la celebración), hacer que se cumpla el contrato puede llevar a resultados ineficientes.

La primera formulación de esta teoría suele atribuírsele a Robert Birmingham, quien escribió: “*Repudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance been rendered*”.²² Recibió el nombre por la cual se la conoce algunos años más tarde, por medio de la obra de Charles Goetz and Robert Scott.²³ Pero no es sin duda hasta la obra de Posner, donde esta teoría logra su articulación definitiva.²⁴

Volviendo al ejemplo anterior, suponiendo que A ya ha prometido vender la pelota a B por 100,²⁵ luego, aparece otra persona, C digamos, ofreciendo 150 por el susodicho balón. Como suele seguirse de uno de los corolarios más recurrentes de la eficiencia, una asignación eficiente de recursos debiera hacer que la pelota termine en manos de C, quien es quien la valora más. En este caso, sería eficiente que A incumpliera su contrato con B, lo indemnizara por 120, y que vendiera la pelota a C. Así, se supone, todos saldrían ganando, la sociedad en su conjunto dicen incluso los más entusiasmados.

²¹ BULLARD. op. cit. p. 170.

²² BIRMINGHAM, Robert. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. Rutgers L.Rev. 1970. p. 284.

²³ GOETZ, Charles y SCOTT, Robert. Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: A Theory of Efficient Breach. 77 Columbia Law Review. 1977. p. 554.

²⁴ POSNER. op. cit. En todo caso, para una visión más radical de esta teoría, que luego el autor fue morigerando a través de las distintas ediciones de su obra, ver POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. Boston. Little Brown. 1975.

²⁵ Recordemos que A valora el balón en 80, y B lo hace en 120.

Aún más, esta teoría sostiene que sólo los contratos de cuyo cumplimiento resulte una asignación de los recursos a sus usos más valiosos tendrían que ser cumplidos. Ahí es donde la discusión acerca de los remedios contractuales comienza a cobrar sentido. El remedio contractual eficiente es aquel que incentiva a las partes a cumplir con los contratos eficientes, y, a la vez, las desincentiva a cumplir los contratos que no lo son: “*the central problem for contract remedies is the usual one: to devise a system that both avoids breaches of contracts that are worth performing and avoids performances of contracts that are not worth the cost*”.²⁶

1.4.2 Daños monetarios vs. ejecución específica.

Como se ha hecho alusión anteriormente, el debate norteamericano respecto a los remedios contractuales se basa principalmente en la comparación de las virtudes y defectos que ofrecen los dos remedios principales de su sistema: la ejecución específica y el pago por daños. Si es que se quiere rescatar algo de esta discusión, es necesario repasar los conceptos principales que se dieron en este debate, para luego poder utilizarlos en el análisis de nuestras propias instituciones. Los principales de estos conceptos son:

a) El riesgo de subcompensar.

Como se señaló más arriba, en la regla por defecto en el *Common Law*, la medida de los daños es la medida de expectativas, según esta, la parte que incumple deberá indemnizar a su contratante por un monto tal, que a este último le sea totalmente indiferente entre que se cumpla el contrato o, que se le indemnice. Siendo así, si una parte decide incumplir porque le ha llegado una nueva oferta, a la otra parte le resultará completamente indiferente mientras que se le indemnicé de acuerdo a sus expectativas.

²⁶ BISHOP, William. The Choice of Remedy for Breach of Contract. The Journal of Legal Studies. Vol.14, N° 2. Jun., 1985. p. 301.

Analíticamente resulta perfecto, otra cosa es cuando se ve enfrentado a consideraciones prácticas. Kronman fue el primero que llamó la atención sobre este punto²⁷. Sostiene este autor, que, en la práctica, los tribunales al momento de determinar el monto de los daños monetarios, corren el riesgo de subcompensar a las víctimas.²⁸

Kronman²⁹ utiliza el marco analítico de Calabresi y Melamed³⁰ para defender la eficiencia del actual sistema de remedios norteamericano, y, en especial, de la pertinencia del test de *uniqueness* que utilizan los tribunales para ver si conceden la ejecución específica o no. Kronman advierte que una regla de daños monetarios, en este sentido, protege la titularidad del derecho a la prestación con una regla de responsabilidad, es decir, una de aquellas reglas con que el sistema legal protege las titularidades donde los costos de transacción son altos, e impedirían a las partes llegar a un acuerdo privado. Empero, advierte Kronman, este no es el caso en el incumplimiento contractual, las partes ya se conocen y tienen información (más que los tribunales al menos) sobre las valoraciones que hace su contraparte. Aún así, la regla general del sistema es que se protege la titularidad del derecho contenido en el contrato con una regla de responsabilidad. Kronman sostiene que esto se debe, principalmente, al riesgo que corre el tribunal de subcompensar en el caso de bienes “únicos” sería muy alto como para ser tolerado.³¹ Este tipo de bienes, por definición, suelen tener aparejadas valoraciones subjetivas que son muy difícilmente evaluables en dinero. Además, supone Kronman, esta sería la regla escogida por las partes si es que se hubieran tomado el

²⁷ Kronman. op. cit. p. 364.

²⁸ Que se subcompense a las partes inocentes tiene un efecto a la vez, indeseado, la diferencia entre la compensación perfecta por una parte, y la efectivamente otorgada, por la otra, va a engrosar directamente el bolsillo del incumplidor, lo mismo es decir, crea un incentivo para el incumplimiento contractual, incentivo que produce a su vez, mayor número de incumplimientos contractuales de los que la eficiencia, en principio, requeriría.

²⁹ KRONMAN. op. cit. p. 361.

³⁰ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Reglas de la Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Vistazo a la Catedral. Revista Themis. N° 21. Traducción del artículo originalmente publicado en el año 1972.

³¹ Kronman sostiene que el riesgo de subcompensar es inversamente proporcional a la información de mercado que se tiene del bien. Ese es el caso, al menos, de los bienes de carácter *único*, donde cuentan con un mercado limitado de ventas esporádicas y que, generalmente, su sustituibilidad por otro bien es relativamente baja.

tiempo para negociarla *ex ante*, lo que, en consecuencia, disminuiría los costos de negociación.

Según Kronman, entonces, si es que el balón que A desea vender a B es uno común y corriente, hace sentido la regla de daños monetarios (ya que se puede saber con un grado de certeza cuanto es el valor de mercado de la pelota, y cuánto dinero requeriría B para ir a comprarse un balón de semejante características), en cambio, si es que fuera uno firmada por toda la selección, el riesgo de subcompensar es tan alto que la eficiencia ordena que el A le entregue a B el balón.

b) Negociaciones *ex post*.

Poco tiempo habría de pasar antes que Alan Schwartz³² revisara la solución ofrecida por Kronman. Para Schwartz, la sola distinción ente bienes de carácter único y los que no los son, no da cuenta de la vasta gama de intereses que pueden tener las partes. Schwartz asevera que no es tan fácil reconocer el interés de las partes *ex ante* como orientado a ejecución específica en caso de bienes únicos –el vendedor de un bien único tiene, incluso, más razones que el vendedor de un bien no único, para creer que un nueva oferta más generosa va a llegar para su producto-, asimismo, que tampoco es cierto que necesariamente haya menos información de mercado con respecto a bienes únicos –el mercado de las antigüedades es un ejemplo de ello-. En fin, Schwartz sostiene que el riesgo subcompensación no es solamente un riesgo que se corre al momento de indemnizar, sino que es casi inevitable dentro del diseño del sistema de daños monetarios. Frente a este riesgo cierto, recomienda la ejecución específica del contrato como regla general del sistema: “*specific performance is the most accurate method of*

³² SCHWARTZ, Alan. The Case for Specific Performance. Yale Law Journal. N° 89. 1979-1980.

*achieving the compensation goal of contract remedies because it gives the promisee the precise performance he purchased”.*³³

Otro punto sobre el que llama la atención este autor es sobre las denominadas negociaciones post incumplimiento (*post breach negotiations*). Los defensores del remedio de daños monetarios sostienen que, de haber ejecución específica, los costos de una nueva transacción hacia su uso más eficiente (en nuestro ejemplo, que la pelota llegue finalmente a C). Es decir, los costos de negociación en que incurre A para que B le deje vender el balón a C, son costos que en definitiva, sólo generan un efecto redistribucional y en ningún caso aumentan el bienestar de la sociedad. Frente a esta postura Schwartz sostiene que este análisis está incompleto ya que se estarían olvidando los costos en que se incurre, bajo un remedio de pago por daños, para que el tribunal evalúe la cantidad a indemnizar. Además, parte de un supuesto que no es necesariamente cierto, que A tiene mayor acceso al mercado que B. Si fuera el caso que C le ofrece directamente a B comprar el balón, los costos de negociación post incumplimiento serían, indudablemente, más bajos bajo una regla de ejecución específica.

Lo interesante del aporte de Schwartz a la discusión es llamar la atención de que al momento de analizar una determinada regla de remedios, también hay que tomar en cuenta la posibilidad de que las partes negocien entre ellas después del incumplimiento. Si lo importante es que el balón termine al final en las manos de C, ¿qué importa quién se quede con el sobreprecio que éste ofrecía? En una regla de daños, la mayor parte del sobreprecio (la diferencia entre los 150 ofrecidos por C y los 100 ofrecidos por B) queda en manos de A, pero se incurre en los costos de que el tribunal estime correctamente la valoración que tenía B. En cambio, si la regla general es ejecución específica, para que llegue la pelota a C, existen dos opciones: que A negocie

³³ *Ibíd.* p. 283.

su salida del contrato con B (le ofrece, por ejemplo 130), y que C lo compre de B directamente, y ninguna de ellas requiere de la intervención de tribunales.

No es claro si es que Schwartz defiende la implementación de un sistema remedial como el nuestro, donde se da al acreedor una opción entre la ejecución específica o el pago de daños,³⁴ o si bien, defiende un sistema como el alemán donde la regla general ante el incumplimiento contractual es la ejecución específica.³⁵

c) Costos de Transacción.

Thomas Ulen (1984) llega a una conclusión muy parecida a la del profesor Schwartz: la ejecución específica debiera ser el remedio por defecto del sistema legal si es que estamos buscando la solución más eficiente.³⁶ Llega a esta conclusión por razones similares a las que esboza Schwartz, y además, destaca el rol que desempeñan los costos de transacción. Pero esta vez, a diferencia de Kronman, Ulen recoge el análisis de Calabresi y Melamed³⁷ en un sentido más natural. Señala Ulen: *“When a contract has been breached, the question of utmost importance to the court should be the level of transaction costs facing the defaulter and innocent party. If the costs are low, then private negotiations are possible and the most efficient relief for the court to order is specific performance. If, however, transaction costs are high, the court should compel an exchange at a collectively determined value; that is, it should assess money damages against the breacher”*.³⁸

³⁴ Esa es la interpretación, al menos, de Bullard.

³⁵ Ver TREITEL. op. cit.

³⁶ Hasta el momento se analizado la conveniencia de los distintos remedios contractuales según un criterio de eficiencia. Para aquellos que sostienen que la función del contrato se no encuentra su origen en este criterio utilitarista, sino más en otras consideraciones, como por ejemplo, morales (vid. FRIED, Charles. El Contrato como Promesa. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1996), la ejecución específica es sin duda el remedio favorito, puesto que es, esencialmente, el cumplimiento de lo prometido.

³⁷ CALABRESI y MELAMED. op. cit.

³⁸ ULEN, Thomas. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. Michigan Law Review. N° 83. 1984. p. 369.

Siendo el derecho que nace de un contrato uno en que la mayoría de las veces existen bajos costos de transacción, no se ve, entonces, la razón por la cual se ha de proteger esta titularidad con una regla de responsabilidad (daños), cuando esta regla es más eficiente precisamente en el caso contrario, cuando existen costos de transacción altos.

A modo de conclusión de esta sección, se puede apreciar que, en el lapso de unos pocos años, el espectro de la discusión sobre los remedios contractuales se iba reduciendo a quienes defendían la regla de daños, y a quienes, por al contrario, defendían una regla de ejecución específica. En un debate como este no podían faltar los matices y puntos intermedios. No sólo caben dos opciones: daños o ejecución específica, sino que también se puede hacer un sistema que diferencie entre distintos tipos de casos. Este es el caso, por cierto, del sistema norteamericano con el test de *uniqueness*, este test provee de un remedio para los bienes que son considerados únicos, y otro distinto para los que no lo son.

1.4.3 Visión crítica dentro del debate norteamericano.

Como hemos visto, la relación entre un remedio que incentive el incumplimiento (daños), y la teoría del incumplimiento eficiente es directamente proporcional. En el fondo, quienes sostienen que una regla de ejecución específica es más eficiente están diciendo que los casos en que el incumplimiento es eficiente son los menos, e incluso, que quizá no los son en ninguna circunstancia.

A esta última posición arribó David Friedmann, en su comentado ensayo “*The Efficient Breach Fallacy*”.³⁹ Este autor sostiene que una adecuada apreciación de los costos involucrados en un incumplimiento contractual, lo hacen, a todas luces, mucho más ineficiente que una regla en que se privilegie la ejecución específica. Friedmann está pensando principalmente en los casos en que el vendedor original recibe mejores ofertas. El punto principal de los defensores del incumplimiento eficiente, es que una regla de daños permitiría el vendedor, ante la llegada de una segunda oferta más conveniente, ahorrarse los costos de negociación con el comprador para que éste rescindiera el contrato. Pero este no sería el caso, una regla de daños sólo hace aumentar los costos de negociación, requiere de una estimación de las expectativas de los daños, con ello, la puesta en funcionamiento de los tribunales que deben realizar una estimación de por sí, falible, y, a la vez, costosa, y luego, en una segunda operación, traspasar la cosa al segundo comprador. El caso bajo una regla de ejecución específica sería distinto, la costosa intervención de los tribunales no sería necesaria debido a que, o el segundo comprador se acerca directamente al primero, o, el vendedor negocia directamente la rescisión del contrato con el primer comprador. Negociación que, como parece obvio, es entre partes, y por lo mismo, menos costosa de una en que pudiese intervenir un tribunal.

Aún más, adherir al incumplimiento significa incurrir en costos hasta ahora no ponderados. Se suele señalar que una de las funciones económicas del contrato es incentivar a que las partes contraten, es decir, que intercambien libremente sus bienes hacia sus usos más valiosos. Sostener que un contrato puede ser incumplido a pura conveniencia de una de las partes, al fin y al cabo, reduce la confianza de las partes en la institución del contrato⁴⁰ y, a la vez, remueve los incentivos que tiene las partes para contratar.

³⁹ FRIEDMANN, Daniel. *The Efficient Breach Fallacy*. The Journal of Legal Studies. Vol. 18, N° 1. 1989.

⁴⁰ *Ibidem*. p.13: “in addition, permitting such appropriation will undermine the institutions of property and contract in general”.

1.4.4 Reglas distintas para casos distintos.

a) Contratos de dar y de hacer.

A un sistema similar al de la regla general del *Common Law*, de remedios distintos para casos distintos, es el que plantea Steven Shavell cuando defiende el sistema de remedios francés que distingue entre contratos de hacer, y contratos de dar, protegiendo a los primeros con el pago de daños, y a los segundos, con ejecución específica.⁴¹ Shavell argumenta que una de las contingencias que pueden sufrir las partes al momento de decidir entre cumplir un contrato o no, es que los costos de producción se incrementen de manera tal que resulte que las utilidades que de él se esperen sean inferiores a los costos que se tiene que padecer para producir el bien. El riesgo de que los costos de producción se eleven se da, exclusivamente, en aquellos contratos en que se tiene que hacer, construir algo. Diferente es el caso de un contrato para dar, en estos contratos sólo se transfiere la propiedad, no hay costos de producción involucrados. En estos sí pueden haber ofertas posteriores (otra de las grandes constelaciones de casos que se utiliza como clásico ejemplo para el incumplimiento eficiente) pero éstas no llevarían a una asignación ineficiente de los recursos debido a que el que vendió, en caso de recibir una oferta, siempre, puede redirigir esa oferta al comprador original, hasta por el mismo monto que le ofrece el nuevo comprador (salvo una pequeña diferencia, claro).⁴²

⁴¹ SHAVELL, Steven. Damage measures for breach of contract. *Bell J. Econ.* 1980. p. 466. Una versión más actualizada de la misma tesis se puede encontrar en: Specific Performance versus Damages for Breach of Contract, working paper No. 532, Harvard Law School, Noviembre del 2005. La versión final de este estudio se encuentra en: Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. *Texas Law Review*, Vol, 84, N° 4. Marzo de 2006.

⁴² SHAVELL. Specific Performance.. (2006). p. 841.

Sostiene Shavell que el riesgo que se corre con una regla de ejecución específica es que se cumpla los contratos más allá de lo recomendable por la eficiencia, ese riesgo, sostiene este autor, no se genera en los contratos para dar. Por ejemplo, supongamos que A (ya cansado del negocio de las pelotas) entra en un contrato con B para construirle una casa. A calcula que hacer la casa le va a costar 80. B valora la casa terminada en 120. Supongamos también que una vez ya iniciada la construcción, se encuentra un defecto no previsto en el terreno que encarece de manera tal que el costo original de 80 se dispara súbitamente a 180.⁴³ La eficiencia pareciera decir que no conviene que la casa sea construida -un buen test para graficar esta ineficiencia es suponer que A y B son personas jurídicas y deciden fusionarse. De ser ese el caso, parece obvio que la construcción no continuaría (le cuesta 180 algo que valora en 120)-, mas, si a este tipo de contrato se le concediera la ejecución específica, B podría hacer que la casa se construyera de todas maneras,⁴⁴ por eso parece más conveniente una regla de pago de daños. Otra es la situación si es que la casa ya está construida, entonces no habría posibles aumentos en los costos de producción que sufrir. No habrían, por tanto, razones para conceder sólo daños.⁴⁵

Acabamos de ver como el debate que venimos repasando considera variantes que tienden a diferenciar los casos desde lo que nosotros conocemos como objeto de la obligación. En todo caso, este primer nivel de diferenciación del análisis no es el único que busca adecuar los distintos remedios según las distintas particularidades que presentan tipos de casos distintos. A continuación se hace referencia a un mayor grado de diferenciación que presentan grupos de casos distintos, que ameritarían un tratamiento distinto desde el punto de vista de un remedio contractual eficiente.

⁴³ Hipótesis que no resulta desconocida para nosotros, así el número 2 del art. 2003 de nuestro Código Civil, se sitúa en una hipótesis similar.

⁴⁴ Pareciera ser que este argumento no tomara en cuenta la posibilidad de negociaciones ex post, en donde A negocie su salida directamente con B. El problema es que bajo la ejecución específica se genera una posición en que B tiene un poder de negociación en que puede casi “sacrificar” a A. En realidad, la pregunta en este tipo de casos es quién debe soportar el acacimiento de una contingencia no esperada.

⁴⁵ SHAVELL. *Specific Performance...* 2006. p. 856.

b) Factores adicionales de diferenciación de casos.

Afortunadamente, no todo en el debate sobre los remedios contractuales se queda en la disputa entre los partidarios de la ejecución específica y los de daños monetarios (o las versiones diferenciadas, como aquellas que dividen entre daños o ejecución según un factor discriminador: contratos de hacer o dar, test de uniqueness, etc.). William Bishop sostuvo que esta discusión pecaba de simplificar el real estado de las cosas. Decía este autor que estas posiciones son: “*all inadequate to do justice either to the economic theory or to the sophistication of the laws found in the industrialized world*”.⁴⁶ Sugería Bishop, que el sistema de remedios es una intrincada red de reglas e incentivos que se resistían a ser reducidos a un determinado grupo de casos. El sistema legal de remedios establecía muchas más diferencias de las que hasta entonces venían considerando los distintos autores “*In fact the common law uses a much more elaborate set of distinctions which has the effect, in the case of the American common law at least, of dividing the cases into not two categories but about twenty*”.⁴⁷

De hecho, el sistema del *Common Law* no sólo distingue entre bienes únicos o fungibles, sino también si se trata de un incumplimiento del comprador o del vendedor; de si la obligación recae sobre bien inmueble o no; de si hay algún tercero que haya comprado de buena fe el bien que suscitó el incumplimiento, etc. Y por lo demás, sugiere este autor, debiera de ser de esta manera. Distintos tipos de casos plantean distintos requisitos de eficiencia, someterlos todos a un mismo baremo no haría sentido.

Al igual que Bishop, Craswell⁴⁸ se aleja de la corriente mayoritaria de análisis de los remedios y critica a los autores por hacer de su estudio una práctica muy sesgada al dirigir su atención sólo a la pregunta por la decisión entre cumplir e incumplir. La elección de un remedio u otro afecta asimismo, quizá más relevantemente, la decisión de

⁴⁶ BISHOP. op. cit. p. 305.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ CRASWELL. op. cit.

contratar o no; de qué precauciones se han de tomar para el posible incumplimiento; el precio a contratar; la aversión al riesgo de los contratantes; etc.

1.5 Propedéutica de una recepción.

Hacer un ejercicio de recepción doctrinaria del análisis económico de los remedios contractuales es en extremo complejo debido a la extenuante falta de sistematización de la doctrina norteamericana respecto al tema. Los autores hablan de cosas distintas como si fueran las mismas, y viceversa. Intentos de hacer una teoría económica unificada del contrato no han faltado, pero hasta ahora ningún orden se logra establecer en la discusión. Las palabras de Treitel parecen, en este sentido, esclarecedoras: *“One reason for the difficulty is that discussions of this problem are often widely scattered in the books, with the results that very different solutions are proposed for problems which appear to be basically similar. At the same time precisely the opposite fault is to be found, in the search for uniform concepts to solve problems containing elements are significantly dissimilar. The conceptual apparatus which has been built up for these purposes is formidable and confusing”*.⁴⁹

Aún así, hay algunas decisiones metodológicas que se pueden hacer si es que se quiere sacar algún provecho de esta discusión. La primera es decidir desde qué punto de vista se va a estudiar el tema, orientado más hacia un análisis teórico u uno más orientado a la práctica. Un análisis netamente teórico, repleto de suposiciones, como costos de transacción cero, partes con igual cantidad de información, la misma aversión al riesgo, etc. despejan la vía para llegar a una conclusión económica, pero ajena a la realidad. Por el otro lado, un análisis muy orientado hacia la práctica se debe inmiscuir en el caso a caso hasta que se pierde cualquier pretensión de generalidad. Se ha de elegir

⁴⁹ TREITEL, G. H. Some Problems of Breach of Contract. The Modern Law Review, Vol.30, No.2. (Mar., 1967). p. 139.

un punto intermedio, donde la teoría económica aporte generalidad, y las distinciones basadas en casos concretos, cercanía a la realidad.

Con todo, el análisis hasta acá expuesto dista de ser inútil, ya sabemos por lo menos, algunas de las consideraciones que debemos hacer a la hora de tratar analizar nuestro sistema de remedios contractuales desde el punto de vista de la eficiencia. Parece sensato el punto planteado por Bishop de que los remedios no se juzgan a la luz de una sola regla, sino que las legislaciones actuales dividen las soluciones en decenas de situaciones distintas. El caso chileno no pareciera escapar a esta situación, no sólo se distingue entre qué tipo de bien se trata (mueble-inmueble, fungible-no fungible, etc.), también se encuentra recogida la distinción del derecho francés entre obligaciones de dar, hacer y no hacer; asimismo, se diferencia desde el punto de vista de la obligación (por ejemplo, en la compraventa, hay distinta solución para la obligación de entregar la cosa que para la de pagar el precio).

Otros elementos a rescatar a la hora de aplicar estas categorías al sistema chileno han de ser la relevancia de las negociaciones post incumplimiento, los costos de transacción,⁵⁰ el riesgo de subcompensar, y el tratamiento especial para los dos tipos paradigmáticos donde se justificaría el incumplimiento por razones de ineficiencia: cuando aumentan los costos de producción y cuando se reciben nuevas ofertas.

1.5.1 Necesidad de una recepción.

⁵⁰ Es de especial relevancia en el sistema chileno proveer de un sistema en que se desincentive la intervención de los tribunales de justicia. El tiempo, calidad, y costo de oportunidad social que su intervención implica hacen especialmente intensa esta necesidad.

Hasta la fecha, la recepción del debate norteamericano en materia de remedios contractuales brilla por su ausencia en la doctrina nacional,⁵¹ y se intuye de fértil utilidad para comprender el régimen de remedios contractuales del sistema chileno.

Si bien no propiamente el debate norteamericano, la recepción que, en nuestra doctrina ha tenido la categoría de remedios contractuales es tímido aún. Quizá el primer esfuerzo en este sentido lo realiza el profesor Fernando Fueyo Laneri,⁵² y más recientemente, el trabajo del profesor Álvaro Vidal.⁵³ Este último sostiene que el modelo que tuvo en cuenta Andrés Bello al momento de regular su teoría de las obligaciones es “el de las obligaciones unilaterales de dar un cuerpo cierto o una cosa específica”, mientras que en la actualidad el modelo de obligación predominante, dado las condiciones del tráfico y la modernidad, sería más bien la obligación de dar una cosa genérica, o también la obligación de hacer.⁵⁴ Esta inadecuación del modelo de obligación forzarían a la dogmática jurídica a hacer una “relectura de las normas relevantes que dé respuesta adecuada a las exigencias de ese tráfico”.⁵⁵ El profesor Vidal realiza esta relectura a partir de la doctrina española, y en especial las nuevas regulaciones y principios consagrados en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, los principios de derecho europeo de los contratos y los principios Unidroit.

La invitación del profesor Vidal a hacer una relectura del modelo se condice con el intento de esta tesis de dar una nueva visión, o al menos, nuevas herramientas

⁵¹ Sin contar la notable excepción de DE LA MAZA, Iñigo, y JANA, Álvaro. Una mirada al art. 1489. Revista Apuntes de Derecho Universidad Diego Portales. Número 5. 1999.

⁵² FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1992.

⁵³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1030352. 2006.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 1

⁵⁵ *Ibíd.* p. 11

interpretativas para asegurar una adecuación más armónica de las ya demasiado antiguas normas de nuestro código a las condiciones del mercado actual.

1.5.2 Condición actual del debate.

Como se señalaba anteriormente. La recepción del debate norteamericano en esta materia resulta hasta la fecha prácticamente inexistente. La única y a la vez notable excepción la constituye el trabajo de los profesores Iñigo De La Maza, y Álvaro Jana, quienes en su artículo “Una mirada al artículo 1.489”⁵⁶ dan cuenta de la relevancia de esta materia. Los profesores usan el marco analítico del análisis económico del derecho para analizar el régimen de remedios que otorga el art. 1489 del Código Civil en un contrato de transferencia de dominio de un bien no fungible. Su obra es corta, pero ilustrativa. Utilizando a grandes rasgos, el esquema de Cooter y Ulen,⁵⁷ y superponiéndolo a las categorías de titularidad de Calabresi y Melamed,⁵⁸ se preguntan qué tipo de titularidad otorga el estatuto del art. 1489: una de responsabilidad, o una de propiedad. La conclusión a la que llegan los profesores es que, si bien a primera vista la regla del art. 1489 pareciera proteger al acreedor diligente con una regla de propiedad, la aplicación práctica de esta regla, dado el “análisis de la normativa civil y procedimental”,⁵⁹ la situación es la contraria. Esta realidad, la de que un deudor puede enervar la acción resolutoria hasta la secuela del juicio mediante el pago, trae, en opinión de los autores en comento, los siguientes riesgos aparejados. Primero, se produce el problema de aumento de costo por parte de la parte diligente al tener que probar en juicio sus perjuicios. Segundo, existen perjuicios difícilmente probables por lo que se corre el riesgo de la subvaloración por parte del tribunal, y por lo tanto, un

⁵⁶ DE LA MAZA y JANA op. cit.

⁵⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México. Fondo de Cultura Económica. 1997.

⁵⁸ CALABRESI y MELAMED. op. cit.

⁵⁹ DE LA MAZA y JANA. op. cit. Pareciera obvio que se están refiriendo al art. 310 CPC.

incentivo al incumplimiento ineficiente; y tercero, existe en nuestros tribunales una tendencia a subvalorar ciertos tipos de daños, como es el caso del daño moral.⁶⁰

De la tesis de estos autores se colige un corolario que resulta de notable importancia para nuestro trabajo, y que se analizará más adelante. Consiste en percibir que existen al menos dos niveles de referencia para la condición resolutoria tácita, por una parte, el consagrado textualmente en el art. 1489, y por la otra, el que se aplica en la práctica y que deriva de una ya consolidada interpretación de la normativa civil y procesal. Aún más, el trabajo de los profesores ya mencionados, parece especialmente clarividente para los propósitos de esta tesis, puesto que sugieren que, desde el punto de vista de la eficiencia, la simple lectura del art. 1489 pareciese llevar a una solución eficiente, mientras que su aplicación práctica –aquella dada por esta interpretación conjunta de las reglas civiles y procesales- no tanto.

Otro ejercicio de recepción de la discusión que se trata por medio de la presente tesis de dar cuenta, proviene no ya de la doctrina nacional, si no peruana,⁶¹ que, dada la similitud de los ordenamientos jurídicos, resulta de sencilla aplicación para nuestra dogmática nacional. El ensayo de Bullard en cuestión, al igual que la obra de De La Maza y Jana, se caracteriza por una recepción parcial del debate norteamericano. En este caso, el profesor peruano nos introduce al debate por medio del marco analítico de Cooter y Ulen, para después introducir los aportes de Kronman, en cuanto al análisis del *test de uniqueness* norteamericano, y luego el trabajo aquí ya mencionado de Schwartz, como ejercicio de defensa de la *specific performance* como la respuesta más eficiente de un sistema legal, y por lo mismo, el remedio que debiera ser considerado como regla general para el ordenamiento jurídico en general.

⁶⁰ *Ibid.* p. 11.

⁶¹ BULLARD. op. cit.

Aparte de este interesante análisis de Bullard, resulta de especial interés una valoración que realiza en las páginas finales de su artículo, en las cuales se pregunta qué regla resulta más deseable desde el punto de vista de la eficiencia: ¿la nuestra o la del sistema norteamericano?⁶² Siendo consistente con su exposición anterior, Bullard, siguiendo a Schwartz, se inclina por preferir nuestra regla, o bien dicho, la del Derecho Civil por sobre la del *Common Law*. Esto, principalmente por dos razones, la primera, consiste en sopesar el inminente riesgo de que los tribunales no aprecien adecuadamente los daños a pagar, y por lo mismo subcompensen a la parte diligente, creando un incentivo para el incumplimiento ineficiente. La segunda, pasa por sostener que los costos de transacción entre las partes, que ya se conocen, debieran ser de menor cuantía de aquellos en los que debiera incurrir el tribunal para fijar una compensación.

Como vemos, la conclusión a la que arriba el profesor Bullard se condice con parte de la doctrina a la que se hizo referencia en el primer capítulo de esta memoria de prueba. En efecto, se podría decir que Bullard adhiere a una visión post-inicial de la doctrina del incumplimiento eficiente. Recapitulando aquella discusión, vimos como, junto con el auge del análisis económico del derecho, viene la teoría del incumplimiento eficiente, para la cual el pago de daños monetarios se presenta como un paradigma incontrovertible. Posteriormente, y en lo que quizá se podría sostener, una “edad media” del análisis económico, la exaltación inicial por el incumplimiento eficiente se fue decantando, lo que fue dando paso a posiciones más moderadas o medianeras,⁶³ y, a la vez, doctrinas que propugnaban a la *Specific Performance* como solución eficiente.⁶⁴

La posición de Bullard se puede encontrar dentro de esta última bibliografía y nos brinda desde ya un punto de vista para cuando se realice el ejercicio de analizar económicamente nuestro sistema de remedios, en particular, nuestra condición resolutoria tacita.

⁶² *Ibíd.* p. 196 y ss.

⁶³ Ejemplo: SCHWARTZ. op. cit.

⁶⁴ Ejemplo: KRONMAN. op. cit. y ULEN. op. cit.

1.6 Conclusiones previas respecto al análisis económico de los remedios contractuales.

En las páginas precedentes se ha intentado hacer un repaso de los principales hitos en la discusión que se ha dado en el mundo académico sobre el análisis económico de los remedios contractuales. Como se adelantó previamente, la óptica del análisis ha cambiado durante el tiempo, pareciera ser fácil advertir, al menos, tres formas diferentes de enfrentar el problema, y, a su manera, estas tres ópticas distintas son a la vez, consecuencia la una de la otra, y por lo mismo, también podrían ser ordenadas desde un punto de vista cronológico.

En los comienzos del análisis económico propiamente tal, el paradigma del incumplimiento eficiente inclina la balanza a pensar que el remedio estándar del sistema norteamericano, o sea, el pago de daños, es la alternativa más conveniente desde la mirada económica. Como respuesta a este primer ánimo inicial, surgen consideraciones de diverso tipo que incluyen en el debate factores que quizá hasta el momento pasaban desapercibidos, y que reducen el apego irrestricto al incumplimiento eficiente. Conceptos como costo de transacción, negociaciones post incumplimiento, tendencias a subcompensar por parte de los tribunales, hacen de la respuesta a la pregunta por el remedio contractual eficiente dar un giro de ciento ochenta grados, y pasar de sostener que la regla eficiente es la de pago de daños, a la de ejecución forzosa.

Una tercera etapa, y consecuencia elocuente de las dos anteriores, es la de percibir al sistema de remedios contractuales como un conjunto armónico de reglas que proveen de respuestas diferenciadas para constelaciones de casos distintos. Esta sugerencia pasa por la comprensión del tráfico comercial humano como un vasto complejo de interacciones, a los cuales una sola regla no podría subsumir. Que ciertos grupos de casos, tienen ciertas similitudes que hacen que su remedio contractual más eficiente sea uno determinado, mientras que en otro grupo de casos, ese mismo no pudiera resultar más obsoleto.

Una vez ya dicho lo anterior, corresponde ahora preguntar cómo todo este debate, principalmente norteamericano, nos pudiera dar algunas luces sobre cómo debe ser un remedio contractual. Las opiniones entre autor y autor son encontradas, y resulta difícil encontrar un marco de referencia en común en virtud del cual se puedan hacer comparaciones útiles. Aún así, este vistazo a la doctrina extranjera y al derecho comparado nos sirve para adelantar algunas conclusiones sobre los parámetros que debiesen tenerse en cuenta al momento de determinar si cierta regla o la otra se acercan o alejan de algún óptimo de eficiencia establecido. Por último, dirá el escéptico, proveen de un marco de referencia comparativo para juzgar nuestras propias instituciones.

Ahora, se puede esperar, este repaso nos da herramientas para evaluar cuándo un remedio en particular es eficiente o no. ¿Qué debemos tener en vista al momento de analizar un remedio en particular, en un sistema jurídico determinado, y en un tiempo establecido? Sabemos ya que éstas son algunas de las respuestas:

- Un remedio en específico forma parte de un estatuto remedial. Ese remedio en específico debe complementarse con los demás remedios. Debe de ser respuesta a las complejas dinámicas de un particular grupo de casos.
- Un remedio contractual debe de orientar al cumplimiento eficiente de los contratos, es decir, debe de dar incentivos para ser cumplido cuando es eficiente que sea cumplido, y a la vez, desincentivar su cumplimiento cuando la eficiencia no lo sugiera.⁶⁵

⁶⁵ El ojo crítico podrá criticar esta proposición de circular. Como resulta obvio, el postulado no dice nada a menos que se diga cuál cumplimiento es eficiente o cuál no en cada caso en concreto. Lo que dicho sea de paso, es la controversia que da paso a buena parte de la discusión doctrinaria norteamericana en el tema en la segunda mitad del siglo XX. Este postulado en particular sólo resulta útil si se morigera en relación a los adeptos a la teoría del incumplimiento eficiente más recalcitrantes. En fin, sirve para discriminar casos de gruesa ineficiencia contractual, o sea, los más obvios.

- Un remedio eficiente para un grupo de casos debe tomar en cuenta el inminente riesgo de subcompensar a la parte acreedora.
- Asimismo, dicho remedio debiera de tomar en cuenta si en ese grupo de casos en particular son posibles las negociaciones post incumplimiento y cuán costosas pueden resultar.
- Para finalizar, un remedio eficiente debe hacerse cargo de los posibles costos de transacción que el incumplimiento puede provocar, tanto costos provenientes de negociaciones de las partes entre ellas o con un tercero, como los costos de poner en marcha el sistema judicial para satisfacer sus pretensiones.

1.7 Ideas preliminares para un análisis económico del sistema de remedios contractuales chileno.

El sistema de remedios contractuales chileno, es decir, el conjunto de normas que establece nuestro Código Civil como respuesta ante el incumplimiento contractual, dista de ser novedoso o particularmente original. Como bien es sabido, y como se explicará más adelante en esta tesis, sus reglas más básicas han experimentado una larga evolución desde hace miles de años. A grandes rasgos, todo el libro IV de nuestro código plasma una serie de normas que cuentan entre sus fuentes al derecho romano, el derecho canónico medieval, el consuetudinario francés –que fuera sistematizado por Pothier-, hasta llegar a la codificación francesa.

Es esta incesante evolución y extensa aplicación práctica la que hace a estas normas aparecer incombustibles, incólumes al paso del tiempo. De hecho, el libro IV de nuestro código es por lejos, el que menos modificaciones ha experimentado en estos ya más de 150 años de vigencia. Su actual configuración, y en particular, su sistema remedial, es fruto de siglos de sutiles modificaciones y cambios que las adecuaban a las

necesidades de la práctica, tiempo, y tráfico comercial. En un sentido evolucionario, es un meme del derecho.⁶⁶

Se podría sostener que esta larga evolución es lo que hace a estas reglas especialmente aptas para ser miradas desde el punto de vista del análisis económico. Su constante adecuación a la realidad, en un procedimiento de ensayo y error por más de dos mil años, hacen casi imposible que una regla abiertamente ineficiente no haya sido modificada en algún período u otro de la historia.

1.7.1 Caracterización del sistema remedial chileno. Obligaciones de dar, hacer y no hacer. Contratos unilaterales y bilaterales.

Nuestro sistema remedial no difiere a grandes rasgos del sistema francés. Se distinguen entre obligaciones de dar, hacer, o no hacer.⁶⁷ Mientras al primer tipo de obligación no se le reconoce ningún tipo de remedio en específico,⁶⁸ al segundo se le destina el art. 1553⁶⁹ del Código Civil, y a las obligaciones de no hacer, el art. 1555.⁷⁰ A este sistema básico de remedios contractuales, se le yuxtapone la condición resolutoria

⁶⁶Cfr. DAWKINS, Richard. *The Selfish Gene*. Oxford. Oxford University Press, 1989.

⁶⁷ En relación a los orígenes de esta distinción, se puede consultar el genial ensayo de DAWSON, John P. *Specific Performance in France and Germany*. *Michigan Law Review*, N° 57. 1958-1959. p. 495 y ss.

⁶⁸ La doctrina ha acordado que el remedio por definición de este tipo de obligación sería el estatuto general de efectos de las obligaciones, en especial la ejecución forzosa. Por todos, ver MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil, de las Obligaciones*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Novena edición. 2000. p. 177.

⁶⁹ Art. 1553: 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:

1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;

2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;

3ª Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

⁷⁰ Art. 1555: Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne.

tácita, que no distingue de qué tipo de obligación se trata, si no que discrimina en virtud de la clasificación entre contratos unilaterales y bilaterales.⁷¹ Así vemos que nuestro sistema remedial en su dimensión más básica ya funciona al menos con dos variables: tipo de obligación (dar, hacer, no hacer) y tipo de contrato (unilateral o bilateral). De esta manera la parte agraviada por incumplimiento de una obligación –digamos- de hacer, puede optar por todas las alternativas que le provee el art. 1553, y además, si esa obligación era parte de un contrato bilateral, podrá, además de las opciones que ya otorgaba dicho artículo, elegir por el estatuto que consagra el art. 1489.

De este primer nivel de análisis ya se puede arribar a dos conclusiones preliminares que nos serán de ayuda más adelante:

- Nuestro sistema remedial es un articulado sofisticado que incluye dentro de su lógica distintas variables.
- La elección del remedio en particular está principalmente en manos de la parte acreedora.

1.7.2 Reglas especiales para contratos diferentes.

Con todo, esta sofisticación inicial de nuestro sistema remedial resulta ser sólo el primer paso de una larga serie de variables que nuestro Código toma en cuenta a la hora de definir, cuál o cuáles son los remedios que podrá hacer valer la parte acreedora en un contrato en particular. Otra variable que considera nuestro sistema para ir adecuando su sistema ad hoc de remedios, es, aunque resulte de perogrullo, el tipo de contrato con el que nos encontramos en un caso en particular. Nuestro Código, desde el título XXIII al

⁷¹ Art. 1489. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

XXXIII de su Libro Cuarto, regula los principales contratos. Dentro de esta regulación, y, adicionalmente a los estatutos remediales del tipo de obligación, y del carácter de uni o bilateral del contrato que repasamos más arriba, nuestro Código introduce aún más reglas, orientadas a la particularidad de cada contrato, para proveer a la parte acreedora de alguna solución más eficiente ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones por su contraparte contraídas. El art. 2177 es un claro ejemplo en este sentido:

Art. 2177. El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase.

En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo.

Como sabemos, el comodato es un contrato gratuito, real y unilateral por el medio del cual el comodante entrega una cosa al comodatario, quien se obliga a restituirla después de terminado su uso. Como contrato unilateral, no le resulta aplicable la condición resolutoria tácita;⁷² pero sí, dado que la obligación de “usar la cosa según su uso convenido” es una de hacer, se le aplica en integridad el estatuto del art. 1553. En este sentido, y sólo bajo la regla del art. 1553, el comodante podría pedir:

- i) Que se apremie al deudor para que utilice la cosa según su objeto convenido; y,⁷³
- ii) Que el deudor le indemnice de los perjuicios causados por el uso indebido.

Bajo este esquema remedial, ninguna de las dos opciones resulta especialmente eficiente para el comodante. A falta del art. 2177, las opciones del comodante nos parecen limitadas y poco convenientes. El comodante, ante este limitado escenario, pensaría más de una vez antes de dar en comodato alguno de sus bienes. Es dentro de

⁷² Esa es al menos, la opinión mayoritaria de la doctrina. Por todos ver MEZA BARROS. op. cit. p. 79. La pregunta se plantea con mayor intensidad si el contrato unilateral deviniese en sinalagmático imperfecto.

⁷³ Obviamente, el remedio contemplado en el N 2 del art. 1553 no se aplica a este caso.

esta realidad que los remedios especiales de este tipo de contratos cobran verdadero sentido. El art. 2177 provee al comodante de la posibilidad de pedir la restitución anticipada de la cosa, más la indemnización de perjuicios, alternativa, que, repetimos, bajo el sólo estatuto del art. 1553 no tenía a su alcance.

Son las particularidades propias de este contrato, la dinámica propia de las interacciones que en él se dan, dado su calidad de gratuito y real, lo que justifican un tratamiento diferenciado desde el punto de vista de los remedios contractuales disponibles para la parte diligente. El remedio adicional que otorga al art. 2177 al comodante es uno entre numerosos ejemplos en que la regulación especial de un tipo de contrato provee a la parte acreedora de alternativas adicionales ante el incumplimiento. La compraventa, por ejemplo, es mucho más detallada y exhaustiva en otorgar más alternativas remediales a la parte acreedora. Dentro de las reglas de la compraventa que otorgan nuevas alternativas a la parte acreedora, se pueden mencionar los art. 1816, 1826, toda la regulación del saneamiento y los relativos a la lesión enorme. Por ejemplo, un comprador se da cuenta de que la cosa que recibió tiene un defecto –o vicio- oculto. Bajo el puro estatuto de la condición resolutoria tácita, de calificarse el defecto como incumplimiento, el comprador tiene la sola opción de pedir la resolución (suponemos que la cosa comprada era no fungible y única, por lo que el comprador desestimaría la ejecución forzada). A este único remedio contractual se le acopla la regulación de saneamiento de los vicios redhibitorios, propia de la compraventa. Bajo este estatuto adicional se le presentan dos alternativas adicionales: la acción redhibitoria (que coincide con la función de la acción resolutoria) y la denominada acción *quanti minoris*. Ahora el comprador tiene, por lo menos, otra opción de remedio contractual a su elección.

Como vemos, nuestro sistema remedial es más sofisticado de lo que pudiera aparecer a primera vista. Llevamos hasta este punto tres variables distintas que inciden en el estatuto remedial de un incumplimiento cualquiera. Primero, que tipo de

obligación se trata, luego, si es un contrato bilateral o no, y, por último, en la mayoría de los casos también la regulación del contrato propiamente tal comprende remedios adicionales. Con todo, esta sofisticación no se acaba ahí. Existen aún más variables que nuestro sistema toma en cuenta para adecuarse a la realidad particular de cada caso, y que busca dar con la herramienta más justa, o quizá eficiente, para cada caso en específico.

1.7.3 Remedios especiales en virtud del bien que se trata.

Otra variable que toma en cuenta la ley es el tipo de bien frente al cual las partes se encuentran en el contrato. Sabida es ya la distinta ponderación que hizo nuestro código en estimar la importancia de los distintos bienes. Es lugar común de la doctrina vincular el tratamiento especial que le dio Bello a los bienes inmuebles con la importancia económica que tenían éstos a mediados del siglo XIX. En fin, esa importancia diferenciada entre bienes muebles e inmuebles también se puede percibir en el sistema remedial. Son las diferencias no sólo de relevancia económica, sino propios a sus características diversas la que hacen requerir de un tratamiento diferenciado.

Estas diferencias se ven plasmadas en dos planos, el primero general, y el segundo, relativo a la especificidad de cada contrato en particular. Dentro del primer orden podemos nombrar como ejemplo la institución de la lesión enorme; dentro del segundo, las diferencias que se hacen en un contrato particular, como por ejemplo, el de arrendamiento.⁷⁴ En efecto, todos los párrafos quinto y sexto del título XXVI (“Del Contrato de Arrendamiento”) del Libro IV de nuestro código, contempla reglas especiales para el arrendamiento de bienes inmuebles. Su tratamiento diferenciado a los muebles obedece a las razones que enumerábamos denantes, a saber, importancia económica distinta, particularidades propias de la naturaleza de los bienes muebles e

⁷⁴ No obsta a lo anterior el hecho de que esta legislación se encuentre en desuso por la entrada en vigencia de leyes especiales.

inmuebles, y además, es especialmente ilustrativo el contrato de arrendamiento, por la importancia intensificada que se le da al inmueble en arriendo por servir de vivienda.⁷⁵

1.7.4. Conclusiones preliminares respecto al análisis económico del sistema de remedios chilenos en general.

De lo que se ha visto hasta el momento, es posible extraer algunas ideas generales respecto al sistema remedial chileno. Siguiendo a Bishop⁷⁶ y a Craswell,⁷⁷ el sistema remedial de nuestro Código Civil hace justa realidad a lo que debiera entenderse como un sistema remedial. Nuestro código provee un sistema diferenciado y sofisticado de reglas ante el incumplimiento (Bishop), y a la vez, provee de respuestas especiales para grupos de casos distintos que presentan entre ellos características en común (Craswell).

Por si fuera poco, nuestra distinción entre obligaciones de dar y hacer es para algunos académicos (Shavell), una distinción que se condice con los objetivos de eficiencia. Junto con eso, existe una verdadera yuxtaposición de estatutos de remedios contractuales distintos para situaciones distintas, en donde, en la generalidad de los casos, la preferencia por uno u otro remedio queda entregada a la parte que podría ser llamada diligente, o aquella parte que a primera vista, no le es imputable el incumplimiento.

En suma, todo pareciera indicar que nuestro sistema remedial es eficiente. Las razones de por qué lo es, pasan por una larga evolución de las reglas, que se han ido adaptando siglo tras siglo a los requerimientos de la práctica. Si bien nos resulta a primera vista eficiente, sería un exceso llamarlo perfecto. Provistos ya de esta impresión general del sistema de remedios contractuales que ofrece el ordenamiento jurídico

⁷⁵ Se ejemplifica esta diferencia a través de la oposición de los arts.1949 y 1977 del CC.

⁷⁶ BISHOP. op. cit.

⁷⁷ CRASWELL. op. cit.

nacional, corresponde ahora pasar de la generalidad a la particularidad, por medio del análisis económico |más detallado de un remedio en particular de nuestro sistema remedial. La condición resolutoria tácita, y más específicamente aún, de su relación con la denominada excepción de pago.

II. La Condición resolutoria tácita y la excepción de pago.

2.1 Introducción.

Hasta el momento se ha hecho referencia en esta memoria de prueba, principalmente, al debate norteamericano sobre los remedios contractuales desde el punto de vista del análisis económico del derecho. Corresponde ahora, si se quiere lograr algún tipo de recepción del debate antes mencionado, aplicar este marco analítico a uno de los remedios contractuales de nuestro ordenamiento jurídico: la condición resolutoria tácita. En particular, y como se anticipa en el título de esta memoria, se repasará una de las discusiones que la condición resolutoria tácita ha dado lugar, y que al parecer, todavía resiste en darse por zanjada. Esta discusión dice relación con la oportunidad para enervar la acción resolutoria por medio de la excepción de pago.

Como se advertirá más adelante, la denominada condición resolutoria tácita en relación a la excepción de pago presenta al menos, dos hipótesis interpretativas, la primera, y tradicional desde el punto de vista de la doctrina, consiste en afirmar que se puede presentar la excepción de pago durante toda la oportunidad que consagra el art. 310 del Código de Procedimiento Civil (CPC),⁷⁸ es decir, hasta la citación a oír sentencia en primera instancia, y hasta la vista de la causa, en segunda. Esta interpretación es además la sostenida por nuestra jurisprudencia. La segunda, que pasaremos a denominar interpretación moderna, advirtiendo las inconveniencias de la primera postura, ha buscado limitar la aplicación de dicha excepción. Esta materia en particular, ha sido estudiado en nuestra doctrina a propósito de la pregunta de cuándo se produce la resolución de los contratos bajo la condición resolutoria tácita, y también,

⁷⁸ Art. 310: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda.

siendo otra manera de explicar lo mismo, el análisis de las relaciones que guardan la condición resolutoria tácita con la excepción de pago.

Este capítulo repasará la discusión respecto a la condición resolutoria tácita desde el punto de vista de la dogmática civil. Principalmente se hará referencia a dos discusiones centrales de esta institución: la pregunta de cuándo se produce la resolución del contrato; y, la de hasta qué momento se puede enervar la acción resolutoria por medio de la excepción de pago. Luego, se tomará partido respecto de estas discusiones y se defenderá la idea de que, si bien la postura de la doctrina tradicional respecto a la excepción de pago es sumamente ineficiente desde el punto de vista económico, es la única aceptable bajo la legislación vigente.

2.2 La condición resolutoria tácita.

La mayoría de los manuales y tratados de obligaciones siguen una sistematización más bien similar a la hora de repasar la condición resolutoria tácita. Esto por lo menos se puede advertir desde Claro Solar⁷⁹ y Alessandri⁸⁰ en adelante. Dicha sistematización se inicia, la mayoría de las veces, haciendo una prevención sobre el momento y lugar en que se trata la condición resolutoria tácita: esta se ve, siguiendo la estructura de nuestro Código Civil, a propósito de la clasificación de las obligaciones, en especial, de las obligaciones bajo modalidad, y no bajo el efecto de las obligaciones, como quizá hubiese sido más natural. Así señala Claro Solar “Esta colocación del artículo (1489) y su redacción se deben según Capitant, a una mala reproducción de las explicaciones de Pothier, a propósito de las condiciones resolutorias”⁸¹ y más adelante, citando a Capitant “Es esta aproximación entre condición resolutoria expresa y la resolución judicial lo que ha engañado a los redactores del Código Civil. Han traducido

⁷⁹ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo X. Santiago. Ed. Nacimiento. 1937.

⁸⁰ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Compraventa i de la Promesa de Compraventa. Memoria de prueba. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Tomo II. 1917.

⁸¹ CLARO SOLAR. op. cit. p. 164.

mal el pensamiento de Pothier, quien se ha guardado bien de hablar de la condición resolutoria subentendida”.⁸² Como vemos, para Claro Solar, siguiendo a Capitant, la condición resolutoria tácita se trata a propósito de las condiciones por una equivocación de los redactores del Código Civil francés a la hora de interpretar las enseñanzas de Pothier, principal fuente doctrinal tanto del código francés, como del nuestro, en materia de obligaciones.

Abeliuk hace una prevención similar en la nota al pie 462 de su libro “De las obligaciones”,⁸³ diciendo “La condición resolutoria tácita es una modalidad en el incumplimiento del contrato bilateral más que del acto o contrato mismo. Su tratamiento lógico es, pues, en los efectos de aquél, pero hemos preferido estudiarla como es tradicional entre nosotros en la condición misma, de cuyos caracteres y efectos participa, con la salvedad de ser tácita y requerir declaración judicial”.⁸⁴ En este mismo sentido Elgueta Anguita citando a Giorgi: “Su índole es clarísima, y no se puede dudar de que en vez de colocarse entre las modificaciones accidentales de los contratos, debe incluirse entre los efectos derivados por ministerio de la ley de los contratos sinalagmáticos”.⁸⁵ Advertencia similar realiza el profesor Peñailillo.⁸⁶

Quizá de forma más novedosa, y rompiendo con la esquematización hasta entonces reinante, don Fernando Fueyo sistematiza la condición resolutoria tácita a propósito del incumplimiento de las obligaciones. En su “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”,⁸⁷ él advierte a sus lectores sobre este cambio de paradigma y explica por qué pasó de tratar la condición resolutoria tácita desde la

⁸² *Ibidem*.

⁸³ ABELIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1993. p. 411.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ ELGUETA ANGUITA, Augusto. Resolución de contratos y excepción de pago. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1981. p. 29.

⁸⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003. p. 393.

⁸⁷ FUEYO. Op. Cit.

clasificación de las obligaciones hacia el análisis del incumplimiento. En apoyo de su sistematización cita nutrida doctrina extranjera.⁸⁸

Como se puede ver, la dogmática nacional ha tratado mayoritariamente la condición resolutoria tácita dentro del marco de la clasificación de las obligaciones, más en particular, de las obligaciones condicionales y en específico, de la condición resolutoria. Este modo de sistematizar se condice con la ubicación de la condición resolutoria tácita en el Código Civil, y con la experiencia comparada de los tratadistas extranjeros. No obstante, se percibe ya desde hace bastante tiempo la idea de que esta materia sería más pertinente tratarla desde el punto de vista de los efectos de las obligaciones. En particular, de los efectos que se siguen al incumplimiento de las obligaciones contractuales. Fueyo no puede ser más insistente en este punto, y en esta tesis se comparte esa opinión.

Además, resulta del todo consistente esta sistematización de la condición resolutoria tácita con el esfuerzo que de una u otra manera pretende esta tesis impulsar para mirar a la condición resolutoria tácita, junto con otras instituciones de nuestro derecho civil, como un conjunto consistente y armónico de remedios contractuales, o mecanismos que otorga la ley a la parte diligente en un contrato que ve incumplida su pretensión de cumplimiento. Al fin y al cabo, la condición resolutoria tácita no es más que eso, una herramienta que otorga la ley para aquel contratante diligente al que le incumplieron un contrato bilateral para ver de qué manera puede hacer para que su legítima expectativa no quede del todo frustrada.

2.3 Condición resolutoria tácita y excepción de pago

Si bien la condición resolutoria tácita se dibuja como pilar fundamental dentro del sistema de remedios contractuales que consagra nuestro Código Civil, su real

⁸⁸ *Ibíd.* pp. 288. y ss.

relevancia está determinada no sólo por el articulado de dicho código, sino que además por su aplicación práctica, que, como bien es sabido, se encuentra íntimamente vinculado a la regla del art. 310 del CPC. Es en esta consideración práctica de la aplicación de la condición resolutoria tácita que la pregunta por la excepción de pago se plantea. Las relaciones entre una y otra institución –condición resolutoria y excepción de pago- moldean la aplicación de la primera como remedio contractual y condicionan su efectividad.

Las relaciones entre ambas instituciones no resultan desconocidas para nuestra doctrina. Respecto a este tema, una adecuada exposición de la materia exigiría plantear al menos, dos subpreguntas distintas. La primera ¿cuándo se produce la resolución del contrato? Y la segunda: ¿hasta cuándo se puede enervar la acción resolutoria pagando la prestación? En los párrafos siguientes se procede a abordar ambas preguntas.

2.3.1 Momento en que se produce la resolución del contrato.

Este tema pareciera haber sido controvertido en nuestra doctrina en algún punto,⁸⁹ la verdad es que ni la doctrina ni la jurisprudencia, ambas absolutamente mayoritarias, han tenido alguna duda respecto a este punto, y la responden al unísono señalando que la resolución se produce al dictar el juez la sentencia que así la declare, y ésta esté pasada con autoridad de firme y ejecutoriada. Razones históricas y de texto avalan esta interpretación.

Alessandri, en su notable memoria de prueba, se expresa en los siguientes términos: “Cuando se trata de la resolución proveniente de la condición resolutoria tácita, el contrato se resuelve a virtud de la sentencia judicial que lo declara resuelto”.⁹⁰

⁸⁹ La única voz disonante respecto a este punto ha sido atribuida por la doctrina a don Ruperto Bahamondes. Al respecto, ver ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Teoría de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica Cono Sur. 1998. p. 161; asimismo, ELGUETA ANGUITA. op. cit. p. 85.

⁹⁰ ALESSANDRI. 1917. p. 488.

Más adelante, es el primero en dar el argumento según el cual, el inciso segundo del art. 1489 del CC, al decir “Pero en tal caso”,⁹¹ lo que en realidad está haciendo es oponer los efectos de la condición resolutoria ordinaria y la tácita, mientras que la primera actúa de pleno derecho, la segunda a través de resolución judicial.⁹² Complementa este mismo autor de la siguiente manera: “El hecho de conceder dos acciones al contratante que se allana a cumplir el contrato está indicando que esa resolución no se ha operado, ya que si así sucediera, esa elección sería imposible”.⁹³

Claro Solar esboza una serie de razones para entenderlo de la misma manera que lo hiciese Alessandri, razones de las cuales poco difiere la doctrina más moderna. Primero, este autor señala que el momento de la resolución es una de las diferencias claves que tiene la condición resolutoria tácita de la ordinaria: “A diferencia de la condición resolutoria ordinaria y expresa, la condición resolutoria tácita no produce ipso facto la resolución”.⁹⁴ Luego da una serie de consideraciones prácticas que avalan dicha conclusión, en efecto, Claro Solar arguye “Por lo demás, si la resolución se produjera de pleno derecho por la sola falta de cumplimiento del contrato por una de las partes quedaría al arbitrio de este contratante la subsistencia del contrato y se impondría la resolución a la parte, a cuyo respecto no habría sido ejecutado, habiéndolo ella cumplido”.⁹⁵ Otra consideración práctica que Claro Solar hace ver es que el art. 1489 “expresa que podrá pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento; pero ¿a quién puede ese contratante pedir la resolución o el cumplimiento de un contrato que tiene celebrado y que lo liga con la fuerza de la ley al otro contratante que está violando esa

⁹¹ Art. 1489: En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

⁹² ALESSANDRI. 1917. p. 559.

⁹³ *Ibíd.* p. 560.

⁹⁴ CLARO SOLAR. op. cit. p. 176, por supuesto, este argumento es falaz. Si lo que se quiere es probar que la condición resolutoria tácita no actúa ipso facto, no sirve de nada oponerla a la condición resolutoria ordinaria, que si actúa de manera ipso facto, para dar por probada la alternativa contraria.

⁹⁵ *Ibidem.*

ley? Pedírsele a este mismo contratante será evidentemente inútil”.⁹⁶ Para abundar, este autor que venimos comentando esboza las siguientes consideraciones de texto, sacadas ya del propio art. 1489 “podrá pedir a su arbitrio”,⁹⁷ o de la conjugación de diversas normas, entre ellas los arts. 1873 y 1879.⁹⁸ En fin, por si fuera poco, Claro termina dando razones históricas derivadas del texto del art. 1184 del Código Civil francés en donde se consagra expresamente que “la resolución debe ser demandada judicialmente”.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic, son de esta misma opinión, señalan que el hecho de que la parte diligente pueda a su arbitrio elegir entre cumplimiento o resolución demuestra que el contrato no se resuelve por el solo hecho del incumplimiento “porque si así fuera, no podría demandarse el cumplimiento o la resolución de un contrato ya resuelto, extinguido”.⁹⁹ En este sentido también se expresa Meza Barros: “Además, si el contratante puede pedir el cumplimiento del contrato obviamente es porque se encuentra vigente y no ha operado su resolución por el solo incumplimiento”.¹⁰⁰

Abeliuk toma el mismo sentido literal de la norma del art. 1489, argumento que ya usase Claro Solar con anterioridad, en el sentido que la expresión “en tal caso”, del art. 1489 no tiene otro significado que de contraponer los efectos de la condición resolutoria tácita con los de la condición resolutoria normal. Además, da otro argumento señalando que, de actuar de manera ipso facto la resolución del contrato, no le queda a la parte diligente la opción de que “se pronuncie por cuál de los caminos va a tomar: si el de la resolución o del cumplimiento”.¹⁰¹ Elgueta Anguita,¹⁰² en su monografía que

⁹⁶ *Ibíd.* p. 178.

⁹⁷ *Ibíd.* p. 179, con lo cual se señala que el “podrá pedir” quiere decir que podrá pedir al juez que declare la resolución.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio. Tratado de las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. 2004. p. 274.

¹⁰⁰ MEZA BARROS. op. cit. p. 80.

¹⁰¹ ABELIUK. op. cit. p. 421

¹⁰² ELGUETA ANGUITA. op. cit.

posteriormente se discutirá en mayor detalle, también es de esta misma opinión al hacer un resumen de los argumentos recién expuestos.

Para reforzar más aún la idea de que la doctrina es unánime en este punto se puede citar al profesor Ramos Pazos, quien destaca como requisito para que opere la resolución del contrato que ésta sea declarada por resolución judicial, y no innova de la doctrina precedente cuando señala “Nos parece entonces que no admite dudas que la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho”.¹⁰³ Complementa en igual sentido don Daniel Peñailillo: “En definitiva, es la opción la que descarta la resolución de pleno derecho; si la resolución operara de pleno derecho, no habría opción”.¹⁰⁴

Para finalizar este análisis de la doctrina nacional, se puede agregar la opinión del destacado profesor Carlos Peña, quien nos dice: “El rasgo básico de la condición resolutoria tácita o implícita -que comparece bajo denominaciones diversas en todo el derecho comparado y, por lo pronto, en el artículo 1453 del Código Civil Italiano de 1942, en los artículos 325 y 326 del Código Civil Alemán, en el artículo 1124 del Código Civil Español, en el artículo 1184 del Código Civil Francés y, por cierto, en el artículo 1489 del Código Civil Chileno- es que no produce la resolución inmediata del derecho o contrato en que incide, puesto que, como lo manifiestan los textos citados, es el juez a quien compete esa facultad.”,¹⁰⁵ junto con la de Andrés Cuneo Macchiavello quien no innova al señalar que: “es esencial al mecanismo de la condición resolutoria tácita que la resolución no se produzca por el solo hecho del incumplimiento”.¹⁰⁶ Y más adelante: “El presupuesto para la resolución de un contrato es el incumplimiento. La

¹⁰³ RAMOS PAZOS, René. De las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1999. p. 171.

¹⁰⁴ PEÑAILILLO. op.cit. p. 415

¹⁰⁵ PEÑA GONZALEZ, Carlos. De la Resolución como ineficacia extrínseca de los contratos. Sin editar. disponible en <http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/Resolucion.pdf>. p. 3.

¹⁰⁶ CUNEO MACCHIAVELLO, Andrés. Informe en derecho, sobre el momento en que tiene lugar la resolución del contrato cuando se ejercita la acción establecida en el artículo 1.489 de Código Civil. Su consecuencia en cuanto a la oportunidad del pago. Revista Chilena de Derecho Privado. Vol. 3. p. 110

comprobación de este hecho no puede quedar sujeta a la pura estimación de la parte acreedora”.¹⁰⁷

Por si fuera poco, nuestra jurisprudencia es también unánime en este sentido.
108

Como vemos, poco ha cambiado el panorama respecto a este punto desde nuestros primeros e insignes civilistas. Incluso, pudiese parecer excesiva, o, quizá, artificiosa esta discusión académica habiendo tan solo un exponente de la postura contraria, don Ruperto Bahamondes.¹⁰⁹

2.3.2 Hasta cuándo se puede enervar la resolución con la excepción de pago.

Por lo adelantado ya a esta parte, parece más que segura la afirmación de que la resolución solo se produce por la declaración judicial que hace en este sentido el juez de la causa. Pregunta distinta pero relacionada es la de hasta cuándo puede el deudor enervar dicha acción por medio del pago. Las opiniones en esta materia, son un tanto más controvertidas.

De modo de ordenar las opiniones vertidas respecto a este punto por la doctrina, en esta tesis se clasifica la doctrina entre “tradicional”, “crítica” y “moderna”, siguiendo como criterio la respuesta que dan cada uno de ellos a la pregunta que da lugar a este apartado. Mientras que a la doctrina tradicional no le merece duda alguna de que se puede enervar la acción hasta la vista de la causa en segunda instancia, a los críticos les parece una solución inadecuada, mas no hacen nada al respecto. Y por

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 112.

¹⁰⁸ Gaceta de los Tribunales 1889, t. 2, pág. 300; 1895, t.3, pág. 511 y 1894, t. 1, pág. 976. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 2, sec. prim., pág. 53; t. 12, sec. prim., pág 376; t. 33, sec. prim., pág. 514; t. 35, sec. prim. pág 400; t. 38, sec. prim., pág. 318; t. 48, sec. prim., pág. 574; t. 60, sec. prim., pág. 58; t. 65, sec. prim., pág. 314; t. 77, sec. seg., pág. 777, y t. 82, sec. seg., pág 43. Fallos del Mes, N°119, pág. 217, sentencia N°5. Corte de Concepción, 28-11-1952.

¹⁰⁹ Ver nota N°89.

último, los que en esta tesis se denominan como “modernos” advierten la deficiencia de la regla tradicional, y proponen una nueva hipótesis interpretativa a este respecto.

a) Doctrina tradicional.

Siguiendo el mismo orden cronológico del apartado inmediatamente anterior, empezamos revisando la opinión de nuestros primeros civilistas. Así, don Luis Claro Solar sostenía: “Mientras la resolución del contrato no ha sido declarada por la sentencia que ha de poner término al juicio, el contrato subsiste; y por lo mismo, hallándose requerido judicialmente el demandado con la notificación de la demanda, puede evitar la resolución ejecutando la prestación de lo debido, durante la secuela del juicio”.¹¹⁰ Señala como argumentos para sustentar dicha opinión el art. 1879 de nuestro Código Civil, en el que se establece que aún habiendo las partes declarado que el contrato se resuelve de modo *ipso facto*, da derecho a enervar la acción hasta 24 horas después. Y, además, señala que es un requisito de la equidad en que se basa esta institución. Sigue su exposición señalando que “A este respecto no hay discrepancia alguna en la doctrina”,¹¹¹ y luego, citando a Larombiere “Aún después de la sentencia de primera instancia que la pronuncia, el demandado no tiene más que interponer apelación para proporcionarse los medios de ejecutar sus compromisos durante la instancia que se sustanciará ante el juez superior”¹¹² y a Laurent “podrá pagar en la segunda instancia; el contrato subsiste y mientras el contrato no se resuelve, el deudor es admitido a ejecutarlo”.¹¹³

Por su parte, Alessandri establece como consecuencia del principio que la resolución no opera de pleno derecho, que “las obligaciones contractuales pueden cumplirse hasta antes de que opere la resolución”,¹¹⁴ de la misma manera, en su

¹¹⁰ CLARO SOLAR. op. cit. p. 187.

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² *Ibid.* p. 189.

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ ALESSANDRI. 2004. p. 275

memoria de prueba repita hasta el cansancio que el deudor puede enervar la acción hasta que se dicte la resolución.¹¹⁵

Dentro de los profesores que tampoco le merece alguna duda podemos encontrar a Cuneo: “Mientras no ocurre lo anterior [dictación de la sentencia de resolución] el demandado puede enervar la acción de resolución mediante el pago declarado suficiente, incluso contra la voluntad del vendedor”.¹¹⁶

Sobra decir que nuestra jurisprudencia es de esta misma opinión.¹¹⁷

b) Críticos.

A partir de este tipo de doctrina, se advierte al menos un cierto nivel de escepticismo, que luego se volvió en franca crítica a la solución anteriormente descrita. En tal sentido Meza Barros, aún adhiriendo a la doctrina tradicional, advierte que esta opinión ha tenido algunas críticas: “ahora bien, si el demandado puede cumplir durante la secuela del juicio, ¿en qué queda el derecho de opción”.¹¹⁸ Abeliuk, por su parte, nos dice: “la verdad es que la solución es altamente inconveniente, sobre todo en los tiempos que corren, porque da al deudor la posibilidad de postergar el pago durante toda la secuela del juicio ordinario, como es el de resolución, y cumplir la obligación posteriormente, si es de dinero, con moneda desvalorizada”.¹¹⁹

c) Modernos.

¹¹⁵ ALESSANDRI. 1917. loc. cit.

¹¹⁶ CUNEO. op. cit. p. 121

¹¹⁷ Repertorio, T. 4° 2° ed., pág. 120, N° 125. RDJ, T. 60, sec 2°, pág. 106; t. 44, sec. 1°, pág. 288; t. 45, sec. 1°, pág. 597; t. 46, sec. 2°, pág 3; t. 77, sec. 2°, p. 77; t. 84, sec. 1°, pág. 149.

¹¹⁸ MEZA BARROS. op. cit. p. 84.

¹¹⁹ ABELIUK. op. cit. p. 421.

Toda la monografía de Elgueta Anguita prepara camino para su tesis, por medio de la cual critica la posibilidad del deudor de enervar la acción resolutoria por medio del pago. Este autor utiliza los conceptos de “derechos potestativos” y estado de “sujeción” para caracterizar la situación en que se ven acreedor y deudor en frente de la acción resolutoria. Mientras la parte diligente en el contrato tiene el “derecho potestativo extintivo”¹²⁰ de pedir la resolución del contrato, la contraparte se hallaría en un “estado de sujeción”,¹²¹ que es la situación correlativa a los derechos potestativos, por medio de la cual, el deudor “no puede hacer nada para impedir que tal efecto se produzca”,¹²² y señala más adelante “el demandado de resolución, precisamente, está en estado de sujeción, y como nada puede hacer para impedir la destrucción del vínculo querida por el demandante, no debe ser admitido a efectuar el pago”.¹²³ Como argumento adicional, señala que el interés protegido en las disposiciones 1489 y 1873 del Código Civil es el del acreedor, y de aceptarse la interpretación tradicional, se vulneraría esta ponderación de intereses hecha por el legislador.¹²⁴

Ramos Pazos tampoco comparte la opinión tradicional y entrega sus argumentos para pensar de manera diversa, los que no difieren en mayor manera de los que proponía Elgueta Anguita. En lo que innova es en dar una nueva alternativa interpretativa al art. 310 CPC. Para Ramos Pazos, la manera adecuada de entender dicha norma consiste en que se puede enervar la acción resolutoria, en toda la oportunidad que da el art. 310 CPC, con antecedente escrito de pago. Pero, y he aquí la diferencia, siempre y cuando este pago haya sido realizado con anterioridad a la notificación de la demanda.¹²⁵ Y a la vez, este autor reconoce un contraargumento, que él mismo

¹²⁰ ELGUETA ANGUITA. op. cit. p. 108.

¹²¹ *Ibíd.* p. 111.

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.* p. 114

¹²⁴ *Ibíd.* p. 115

¹²⁵ RAMOS PAZOS. op. cit. p. 173.

considera “serio, pero no definitivo”,¹²⁶ que es el del art. 1879 del Código Civil. Nos referiremos a este argumento más adelante.

Fernando Fueyo agrega en este mismo sentido: “La solución excesivamente tecnicista, más encima con apego a la letra de un viejo Código Procesal, nos conduciría en muchos casos –tal vez la mayoría. A soluciones injustas y por tanto deplorables (...) Además, dejar la puerta abierta para que un deudor-a veces de mala fe- pague en el transcurso del tiempo, a lo mejor cuando quiere y le conviene, es caer francamente en ingenuidad. En dos palabras, repugna al Derecho”.¹²⁷ Señala como argumento adicional a los ya esbozados, que un pago realizado de esta manera atentaría contra el principio de buena fe objetiva contemplado en el art. 1546 del Código Civil.¹²⁸

Para seguir con este tipo de doctrina, se puede citar a Daniel Peñailillo, quien sigue en esta materia a Elgueta Anguita, señalando que la correcta interpretación del art. 310 CPC, para que no repugne las normas del Código Civil, que dan el derecho a opción a la parte diligente, debe ser interpretada de la forma que ya nos señalaba Ramos Pazos, es decir, sólo puede plantearse la excepción de pago cuando está basada en un pago realizado con anterioridad a la presentación de la demanda.¹²⁹

A modo de finalizar con esta corriente que aquí se ha denominado como “modernos”, en esta tesis se plantea un argumento nuevo que se puede derivar fácilmente del trabajo del profesor Álvaro Vidal al que se hacía referencia anteriormente. Para este autor, una relectura adecuada de las normas de nuestro Código Civil implicaría cambiar a un concepto más realista de las funciones del contrato, por medio de la cual el contrato cumpliría “una función económica: la satisfacción del

¹²⁶ *Ibíd.* p. 174.

¹²⁷ FUEYO. op. cit. p. 312.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ PEÑAILILLO. op. cit. p. 418.

interés de los contratantes”¹³⁰ y la única manera que tendría el deudor para liberarse de las obligaciones que le significa el contrato es satisfaciendo el interés económico que el acreedor tenía en cuenta al momento de contratar. Para este autor, el pago es solamente liberatorio respecto de las obligaciones del deudor cuando “la identidad de la cosa o hecho [debido] viene determinada por su idoneidad para la satisfacción del interés del acreedor”.¹³¹ Este corolario aplicado a la excepción de pago dentro de la acción resolutoria es de fácil aplicación: el pago que tiene lugar por medio de la excepción del mismo nombre sólo podrá tener el carácter de liberatorio cuando satisfaga económicamente al acreedor. Lo que, es presumible, sucederá en la minoría de los casos, dado que ya se sabe que el acreedor prefirió la resolución por sobre la ejecución forzada.

La plausibilidad teórica de esta nueva interpretación contrasta con su aplicación práctica. ¿Puede el juez no dar a lugar a la excepción de pago presentado en tiempo y forma en atención a que ya no satisface al acreedor? La jurisprudencia repasada ni siquiera se ha planteado la pregunta.¹³² Con todo, la posibilidad está ahí. Abeliuk señala a propósito del pago por consignación, que el examen de suficiencia que debe realizar el tribunal no es exclusiva de ese procedimiento: “el acreedor puede iniciar cualquier acción que se funde en el incumplimiento, como ser ejecución forzosa, resolución, etc. Ante tal demanda, el deudor opondrá la excepción de pago y para aceptarla o rechazarla el tribunal deberá calificar la consignación”.¹³³ Como se ve, el juez que conoce la acción resolutoria ante la cual se intenta la excepción de pago está en la necesidad de preguntarse si el pago es suficiente o no. Hasta el momento esta pregunta se ha respondido utilizando las categorías tradicionales de identidad e integridad del pago. Una relectura de las mismas, como la planteada por Vidal, cambiaría la situación y obligaría a no aceptar la mayoría de las excepciones de pago presentadas dentro de un

¹³⁰ VIDAL. op. cit. p. 11.

¹³¹ VIDAL. op. cit. p. 18.

¹³² Ver notas de jurisprudencia

¹³³ ABELIUK. op. cit. p. 535.

juicio resolutorio cuando se fundaran en un pago realizado después de la demanda resolutoria.

2.3.3 Análisis de las posturas respecto a la oportunidad de la excepción de pago.

Como se puede apreciar de las citas expuestas previamente, la perspectiva respecto a la posibilidad de enervar la acción resolutoria por medio de la excepción de pago ha cambiado durante el tiempo. Durante una primera etapa (Claro Solar, Alessandri), la posibilidad de enervar dicha acción no merecía mayores dudas; resultaba consecuencia necesaria del hecho de que la resolución no operaba de pleno derecho. Posteriormente, la doctrina fue advirtiendo las consecuencias poco deseables que significaba mantener la opción abierta al deudor para enervar la acción resolutoria hasta tan entrado el juicio. De los que advirtieron esta inconveniencia, se clasificaron en esta tesis como “críticos”, cuando su aporte solo se limitaba a dejar constancia de esta desventaja interpretativa (Meza Barros, Abeliuk); y en, “modernos”, a quienes como Elgueta Anguita, Fueyo, Ramos Pazos y Peñailillo, no se limitaron tan solo a constatar la no tan afortunada interpretación reinante, sino que además, propusieron una alternativa distinta que limitaba la opción del deudor a enervar la acción resolutoria. La interpretación preferente de este último grupo de autores, consiste en entender que el art. 310 del CPC no se refiere a que se puede “pagar” durante el juicio, sino más bien, que se puede, durante el juicio, hacer valer la excepción de pago basada en un antecedente escrito del mismo que se haya realizado con anterioridad a la notificación de la demanda.

Respecto a la última interpretación, aquella en parte tomada del profesor Vidal, y en parte creación original de esta tesis, padece de un singular defecto: la falta de consagración institucional. Por sensata que parezca, se apoya exclusivamente en consideraciones de doctrina y de derecho comparado que en nada vinculan a los jueces

al momento de tomar una decisión. Se presenta, de esta manera, como una petición de principios más que como un argumento vinculante para los órganos adjudicadores. Pertenece, al igual que la mayoría de las consideraciones de esta memoria de prueba, al campo de los postulados de *lege ferenda* más que los de *lege lata*.

En resumen, la dogmática civil nacional ha hecho un giro interpretativo en torno a la posibilidad de enervar la resolución por medio de la excepción de pago. Si antes se la aceptaba uniformemente, hoy se la critica fuertemente, o se plantean alternativas diferentes. La jurisprudencia por su parte, se mantiene incólume al paso de los años y sigue aceptando sin ninguna reticencia la excepción de pago hasta la oportunidad prevista en el art. 310 CPC.

2.3.4 Toma de postura.

Si bien la doctrina más reciente, y los métodos de análisis que por medio de esta tesis se defienden, estimularían a pensar que no debe aceptarse al deudor enervar la acción resolutoria hasta la vista de la causa en segunda instancia; el ordenamiento jurídico en su estado actual no permite tener otra interpretación más que la que ya defendieran profesores a principios del siglo pasado, y que la jurisprudencia tiene en hábito aplicar. Es decir, siendo que la interpretación tradicional es indeseable desde el punto de vista de la justicia, y más aún desde el punto de vista de la eficiencia, dado nuestro panorama jurídico actual, no queda otra opción que reconocer que el deudor puede pagar hasta la secuela del juicio. Esto, principalmente por las siguientes dos razones:

a) Historia fidedigna:

La gran mayoría de los manuales y tratados que dedican algunas de sus páginas al análisis de la condición resolutoria, inician el mismo por medio de una breve e

ilustrativa referencia histórica a la figura de la condición resolutoria y el pacto comisorio. De toda la bibliografía consultada no cabe duda que la referencia histórica más completa y exhaustiva es la realizada por la memoria de prueba de don Arturo Alessandri.¹³⁴

Resumiendo ésta, se podría decir que la evolución de la condición resolutoria tácita, ha pasado por lo menos por cuatro etapas. La primera etapa corresponde al derecho romano, al cual le resultaba ajena la institución de la condición resolutoria tácita. Lo que conocían, y no hasta una etapa ya más bien tardía dentro de su desarrollo jurídico, es el denominado pacto de *lex commissoria*, que, si bien similar a nuestra condición resolutoria tácita, presentaba diferencias vitales, principalmente dos interesan a esta tesis. La primera, este pacto nunca se subentendía en los contratos, o sea, siempre se necesitaba declaración expresa de las partes en este sentido,¹³⁵ y la segunda, que el pacto de la *lex commissoria* no requería declaración judicial para producir sus efectos, es decir, operaba de pleno derecho.

En este estado de cosas se encontraba el pacto *lex commissoria*, cuando fue recibido y modificado por el derecho consuetudinario francés de la edad media. Para Alessandri, este derecho introdujo dos reformas trascendentales: “La primera consistió en subentender ese pacto en los contratos bilaterales; i la segunda fué negar a él, aun cuando se estipulaba espresamente, el efecto de operar de pleno derecho”.¹³⁶ Por lo que estamos viendo, la condición resolutoria tácita como la conocemos se acerca mucho más a ésta del derecho consuetudinario francés que al siempre muy citado pacto *lex commissoria* del derecho romano.

¹³⁴ ALESSANDRI. 1917.

¹³⁵ Lo que no quiere decir que los romanos desconocieran una figura de resolución por incumplimiento en la fórmula de una condición tácita. Este tipo de condición existía en los contratos innominados (o denominados pactos *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*), en este tipo de contratos innominados se concedía una acción denominada *conditio causa data causa non secuta*, que devolvía a las partes al estado que tenían con anterioridad a la celebración del contrato. Al respecto vid Alessandri. 1917. pp. 474 y ss.

¹³⁶ Alessandri. 1917. p. 477

Ese era el panorama jurídico frente al cual se encontraron los codificadores franceses: una condición resolutoria tácita subentendida en los contratos sinalagmáticos que no operaba de pleno derecho, sino mediante resolución judicial. Es de opinión de Alessandri que los codificadores, a este respecto, nada modificaron.¹³⁷

Esta regulación francesa es la que toma nuestro Código Civil de fuente de inspiración para sus artículos 1489, 1973, 1877 y 1879, y que, en rigor, no introduce mayores modificaciones a la regulación francesa más que las siguientes:

i. Nuestro Código, a diferencia del art. 1184 del francés, no le otorga la juez la facultad de conceder un plazo al deudor para que pague la deuda; y

ii. En nuestro pacto comisorio calificado (1879), el deudor aún puede pagar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, mientras que en el francés, con la notificación de la demanda de resolución en un pacto comisorio con cláusula ipso facto, se acaba la oportunidad del deudor para pagar. Como salta a la vista, nuestro Código es más benigno que el francés, mostrando una preferencia más clara que éste por la subsistencia de la voluntad contractual.

¹³⁸

Como consecuencia natural de que no se produce la resolución de pleno derecho, sino que mediante la sentencia que así lo declara, toda la doctrina de la época aceptaba sin ningún tipo de discusión que, estando el contrato vigente hasta ese mismo momento, el deudor podía enervar la acción pagando. Alessandri, señala que esta es, además, la opinión unánime de toda la doctrina “tales como Ricci, Laurent, Planiol, Baudry Lacantinerie, Marcadé, Huc, Pothier, Larombiere, Demolombe, Aubry et Rau,

¹³⁷ *Ibid.* p 486. Eso sí, se podría decir que modificó lo que se venía aplicando hasta ese entonces en cuanto le concede al juez la facultad de determinar a su arbitrio un plazo de tiempo en el cual el deudor puede pagar, es decir, podía otorgar ese plazo o no, mientras que en el antiguo derecho, el juez siempre debía conceder ese plazo.

¹³⁸ *Ibid.* p. 489.

Delvincourt, Troplong, etc”,¹³⁹ y de la jurisprudencia nacional y francesa hasta entonces. Bello expresamente toma esta regulación y luego de los antecedentes expuestos, no nos cabe duda que don Andrés era de la misma opinión que los autores antes mencionados, permitiendo al deudor enervar la acción hasta tan tardío punto. Por muy ineficiente que nos parezca, no cabe aceptar otra conclusión.

b) Art. 1879 CC.

Ramos Pazos ya consideraba este artículo como problemático para su interpretación,¹⁴⁰ es que sin duda lo es. Una interpretación moderna del art. 310 CPC nos dice que en la condición resolutoria tácita no se podría enervar la acción pagando a menos que el pago haya sido realizado con anterioridad a la notificación de la demanda. Señala esta interpretación, que se puede interponer la excepción de pago hasta la vista de la causa en segunda instancia, pero solo cuando ese pago haya hecho sido materialmente hecho con anterioridad a la notificación.

Ahora, el problema resulta obvio: cómo condecir esta interpretación con la disposición del art. 1879 del CC que señala que aún habiendo las partes acordado que el contrato se resolverá de manera ipso facto, al deudor todavía le quedan veinticuatro horas luego de la notificación de la demanda para enervar la acción. La tesis que aquí se denominó “moderna”, sostiene, respecto a la condición resolutoria tácita (que, cabe recordar tiene, por así decirle, una intensidad resolutoria menor a la del pacto comisorio calificado), que posee un efecto resolutorio menos benigno que el del pacto comisorio calificado. En otras palabras, para los “modernos” se puede pagar hasta la notificación de la demanda (no obstante ese pago se pueda alegar vía excepción hasta la secuela del juicio), mientras que en la hipótesis intensificada de la condición resolutoria, el pacto

¹³⁹ *Ibíd.* p. 595.

¹⁴⁰ Ver nota 124.

comisorio calificado, todavía se le da al deudor un plazo de 24 hrs. para pagar. Esta interpretación es claramente inconsistente.

La respuesta estándar a esta objeción la da la especialidad del art. 1879. Dice Ramos Pazos que “la norma del art. 1879 es una norma muy especial, que sólo debe operar para el caso que fue establecida, no siendo lícito fundarse en ella para sacar conclusiones de alcance general”.¹⁴¹ Este contraargumento, resulta especialmente poco plausible. Si bien el art. 1879 es específico respecto al contrato de compraventa, y más aun, respecto a la obligación de pagar el precio; no cabe duda, tanto por razones históricas como de texto, que tiene una relación clara con la condición resolutoria tácita. El pacto comisorio calificado siempre ha sido y es, la forma más drástica de resolución por incumplimiento, y si bajo éste aún se permite enervar la acción después de notificada la demanda, aún más se puede hacer bajo el pacto comisorio simple o la condición resolutoria tácita.

2.3.5 Análisis económico de la condición resolutoria tácita y de la excepción de pago.

Como ya hemos visto, nuestro Código Civil plantea un esquema o sistema remedial complejo que, a grandes rasgos, permite ser caracterizado de eficiente o, al menos, como un sistema sofisticado que reconoce distintas variables. Dentro de este sistema remedial, la condición resolutoria tácita es de una importancia difícil de exagerar. Después de todo, se podría sostener, es la regla por defecto que otorga el sistema ante el incumplimiento contractual en los contratos bilaterales.

Como vimos en el apartado anterior, la doctrina ha problematizado la relación que tiene la condición resolutoria tácita y la excepción de pago. Parte de ella sostiene que se puede enervar la acción resolutoria hasta antes de la vista de la causa en segunda instancia, mientras la otra sostiene que el pago se puede realizar hasta antes de la

¹⁴¹ RAMOS PAZOS. op. cit. p. 174.

notificación de la demanda. Las virtudes de una y otra posición ya han sido analizadas desde el punto de vista del derecho civil. Intentaremos ahora analizarlas desde la óptica del análisis económico del derecho, y en particular, del debate que repasamos en el capítulo primero de esta tesis.

El debate norteamericano sobre los remedios contractuales pasa mayormente por el análisis de dos reglas diferentes, el cumplimiento forzado (*specific performance*) por un lado, y la indemnización por daños, por el otro. La condición resolutoria tácita plantea un problema similar pero a la vez distinto. En ésta, se le da a la parte diligente la opción de elegir entre el cumplimiento forzado o la indemnización de perjuicios, lo que indicaría, al menos, una preferencia del legislador por la parte diligente en el contrato, de manera que este decida qué solución le conviene más. Ahora, la hipótesis en la cual se alcanza a plantear la pregunta que esta tesis pretende enfrentar, es decir, que una interpretación sobre la oportunidad de la excepción de pago es más eficiente que la otra, sólo se da cuando el acreedor elija la resolución. En otras palabras, el análisis que se va a hacer a continuación sólo es pertinente para aquellos casos en se opte por la resolución.

La prevención anterior dista de ser una banal, desde el punto de vista económico ya tenemos información que nos resulta relevante: sabemos que el acreedor eligió resolución teniendo todavía disponible el cumplimiento forzoso. ¿Por qué será esto? Probablemente, el cumplimiento de la prestación ya no le resulta eficiente. Esto se puede deber ya a que no necesita la cosa o hecho debido, o también a que desconfía de la capacidad de la parte deudora para cumplir la obligación de una forma satisfactoria. Pongamos un ejemplo:

La empresa constructora Alpha se encuentra en las etapas finales de construcción de un edificio de 20 pisos por encargo de una empresa inmobiliaria. El contrato entre ellas estipula claramente que la entrega del edificio debe ser para el mes

de julio del año 2008 y que de ahí en adelante se empieza a cobrar una multa progresiva por cada día de atraso. En febrero del mismo año, Alpha contrata con la empresa Subeiabre por la compra de dos ascensores modelo XGZ-3000 que deberán ser entregados en el sitio de construcción a más tardar, en mayo de ese año. Llegada la fecha estipulada en el contrato, Subeiabre tiene la deferencia de informar a Alpha que no va a poder cumplir con su obligación debido a un atraso en sus pedidos desde el exterior. Alpha, ante la disyuntiva que le plantea el artículo 1489 del Código Civil, opta por la resolución del contrato, dado que no se puede dar el lujo de esperar a que lleguen los ascensores considerando que deben entregar el edificio en el plazo señalado. En consecuencia, Alpha se ve obligado a incurrir en mayores costos al tener que comprar un ascensor con entrega inmediata a otra empresa del rubro de los ascensores. Por otro lado, el gerente de Alpha le encomienda al fiscal de su empresa que lleve a cabo la acción resolutoria del contrato celebrada con Subeiabre. Como se desprende, la resolución es la única vía aceptable para Alpha, luego de haber adquirido otro ascensor, de nada les va a servir el cumplimiento forzoso de la obligación.

La comparación de las dos posturas del debate de la oportunidad de la excepción de pago desde el punto de vista de la eficiencia es casi innecesario. Con temor de caer en la obviedad, se puede señalar lo siguiente: para Alpha, es sin duda más conveniente la interpretación según la cual Subeiabre no puede enervar la acción dándoles el ascensor prometido, en un tiempo posterior al convenido. El plazo contemplado en el art. 310 –por la visión tradicional-, podría permitir que Alpha se quede con un par de ascensores incluso años después de terminada la obra. De no necesitar ascensores de las mismas características para una obra posterior, Alpha estaría obligado a ampliar su giro a la venta de ascensores.

Uno de los criterios adoptados por la doctrina para determinar cuando un escenario es eficiente en términos sociales, es someter la situación a la siguiente consideración hipotética, ¿qué remedio hubiesen elegido las partes antes de celebrar el

contrato de haber contado con información perfecta? Es decir, el remedio eficiente para un caso en particular es el mismo que las partes hubieran elegido entre ellas de haber tenido información perfecta.¹⁴² Si la regla por defecto del sistema legal es la misma que estimula a las partes a un cumplimiento eficiente, reduce los costos de negociación entre ellas, y por lo mismo, estimula la negociación y el tránsito de mercaderías.¹⁴³ La pregunta, entonces se reformula en este caso de la siguiente forma. ¿Cuál de las interpretaciones de la excepción de pago hubieran preferido Alpha y Subeiabre al momento de celebrar el contrato? La respuesta que hubiera dado Alpha nos resulta obvia, pero Subeiabre, ¿qué hubiese preferido? Analicemos las alternativas. Alpha, de ser conocedor de la posibilidad de incumplimiento por parte de su contraparte, y además, teniendo en cuenta la imposibilidad de elegir cumplimiento forzoso -dada su apretada agenda-, sabe que la opción que le queda ante el incumplimiento es la resolución del contrato. Si toma cuenta que ante esta resolución, Subeiabre puede enervar la acción hasta, digamos, 3 años después de interpuesta la demanda,¹⁴⁴ lo más probable es ni siquiera contrate en un principio. No, al menos, bajo esas condiciones. Subeiabre, deseoso de cerrar la venta de su ascensor, tiene incentivos para cambiar convencionalmente la regla de incumplimiento a una que no le resulte tan perjudicial para su cliente. En el fondo, Subeiabre pudiera convenir en que en caso de incumplimiento por su parte, se compromete a devolver el precio que ya ha recibido de Alpha y a resolver el contrato sin más.

¹⁴²SHAVELL. 2006. p. 832: “*The point of departure for the analysis of this question is that contracting parties should in principle agree ex ante to choose the remedy that would maximize the joint value of the contract to them- where the joint value is the value gained by the parties less any expenses, costs of bargaining, and risks associated disutility. The parties should want to maximize joint value essentially because if a proposed remedy does not lead to the highest joint value, both parties can be better off by agreeing to another remedy, generally after making a suitable price adjustment*”.

¹⁴³SHAVELL. 2006. p. 850.

¹⁴⁴ En rigor, la opción que otorga el art. 1489 se acompaña, independientemente de la elección, de la indemnización de perjuicios. Es decir, se elige la resolución del contrato o su cumplimiento forzoso, ambas junto a la indemnización de perjuicios. Si la indemnización de perjuicios fueran perfectos –cosa que no lo son-, y no se corriera el riesgo de subcompensar (Al respecto ver De la Maza y Jana. op.cit., todo el ejercicio de esta tesis sería casi fútil. Decimos casi por cuanto siempre queda la consideración de que en la apreciación de perjuicios se incurren en gastos, especialmente por parte del tribunal, que de otra manera no se incurrirían y que disminuye el bienestar conjunto de la operación.

Otra manera de decirlo es la siguiente, la interpretación tradicional de la excepción de pago le otorgaría a Subeiabre una posición dominante ante la elección de resolución por parte de Alpha. La empresa de ascensores puede revertir la decisión de Alpha, y además, alargar a su gusto el litigio judicial. Si el comprador está consciente de esta posición dominante, existen buenas razones para pensar que no va a contratar. Dado este escenario, Subeiabre tiene un incentivo para renunciar a esta posición dominante con la intención de poder concretar el negocio. Como vemos, dado el escenario bajo la interpretación clásica de la excepción de pago, ambas partes tienen incentivos para optar por una regla distinta, más similar a la interpretación que denominamos “moderna” de la excepción de pago.

Para analizar económicamente la institución de la condición resolutoria, en especial, de sus relaciones con las diversas interpretaciones de su interacción con la excepción de pago, se pueden utilizar algunos los criterios que se han dado por establecidos en el parágrafo 1.6 de esta memoria de prueba:

a) Perspectiva de la teoría del incumplimiento eficiente.

Desde esta perspectiva, corresponde analizar si las interpretaciones rivales de la excepción de pago cambian el esquema de incentivos suficientemente como para orientar al deudor a un incumplimiento ineficiente. Sabemos que uno de los “dogmas” del Law and Economics en materia de contratos es sostener que una regulación eficiente debiera incentivar a cumplir aquellos contratos cuyo cumplimiento es eficiente, y desincentivar aquellos cuales su incumplimiento lo son. La fórmula genérica que podría lograr este equilibrio, se ha sostenido, es la siguiente “*el promitente tiene incentivos eficientes para cumplir e incumplir cuando la responsabilidad por el incumplimiento se iguala al beneficio perdido por el receptor de la promesa*”.¹⁴⁵ Hay que ver ahora, cuál de las interpretaciones se acerca más a este equilibrio. Volvamos a nuestro ejemplo de

¹⁴⁵ COOTER y ULEN. op. cit. p. 245.

los ascensores. La pregunta que se plantea ahora es si Subeiabre internaliza de igual manera o no las pérdidas que sufre Alpha bajo una interpretación o la otra. Vamos viendo, bajo la interpretación clásica la parte deudora, Subeiabre, puede enervar la resolución hasta la vista de la causa en segunda instancia más la correspondiente indemnización de perjuicios. Suponiendo que la indemnización fuere perfecta, aún así este pago atrasado deja a Alpha con un par de ascensores que no necesita, y con una abultada cuenta por servicios prestados de sus abogados. Estos costos raramente se van a internalizar por el pago de la resolución y su indemnización de perjuicios, y por ende, estimula el incumplimiento ineficiente.

La interpretación opuesta, la “moderna” decíamos, evita al menos estos dos problemas. Se le quita la posibilidad a Subeiabre a enervar la acción dentro del juicio por lo que Alpha no va a recibir un par de ascensores cuando de ya nada le sirven; y por otra parte, sabiendo Subeiabre que ya no tiene la opción de enervar, no le sirve de nada prolongar el juicio, es más, tiene razones para negociar su salida lo antes posible. De alargarse, lo único que genera son mayores costos legales y tener que indemnizar perjuicios más abultados. Bajo esta hipótesis no es que Subeiabre internalice mejor los costos de su incumplimiento, pero si se reducen los costos potenciales de Alpha lo que hace que los costos que se están asumiendo, se identifiquen mejor con los costos de la contraparte, así estimulando un cumplimiento eficiente. Esta es, por cierto, la misma conclusión a que arriban los profesores De La Maza y Jana: “... *esta regla, según hemos intentado demostrar, entraña riesgos graves de subvaluación del daño de expectativa respecto del comprador, estimulando incumplimiento ineficientes*”.¹⁴⁶

b) Negociaciones ex-post.

Otra de las herramientas que el debate norteamericano sobre los remedios contractuales nos legó, y que puede ser utilizado como criterio para juzgar la eficiencia

¹⁴⁶DE LA MAZA y JANA. op. cit. p. 14.

de una u otra regla del derecho civil, es el concepto de las negociaciones ex post. De acuerdo a este concepto, un remedio es más eficiente que otro si bien, reduce las negociaciones post incumplimiento que redundan únicamente en mayores ganancias redistributivas; o que incentive negociaciones de este tipo que produzcan mayores ganancias conjuntas.¹⁴⁷ El ejemplo paradigmático de este tipo de negociaciones se da en aquella constelación de casos en la cual aparece un segundo comprador ofreciendo más que el comprador inicial, lo que motiva al vendedor a incumplir su contrato inicial para entregarle el bien a este nuevo comprador. El análisis norteamericano pasaba por estudiar bajo que regla (*Money damages o specific performance*) se producían menos negociaciones post incumplimiento, que solo tenían por objeto redistribuir la ganancia extra que el segundo comprador había incluido a la operación. Estas negociaciones son útiles para las partes, pero no para la sociedad en su conjunto puesto que tienen tan solo un efecto redistributivo.

Esta misma pregunta no puede ser planteada de igual manera en el análisis de las dos interpretaciones distintas de la excepción de pago en relación a la condición resolutoria tácita. En el caso que estudiamos, tenemos como información adicional que el comprador o parte inicial ha elegido la resolución del contrato aún teniendo disponible el cumplimiento forzoso. Es decir, la parte que ha hecho la decisión reconoce que el cumplimiento forzoso no va a satisfacer sus expectativas, sea ya porque es imposible el cumplimiento a estas alturas (ejemplo: vendió el mismo bien a un tercero que ya entró en posesión), o que ya no necesita el bien en cuestión (como en nuestro ejemplo de los ascensores); por tanto, las partes no tienen incentivo alguno para negociar redistributivamente un traspaso de ganancias provenientes de la oferta de un tercero.

Con todo, de este concepto de incumplimiento eficiente podemos extraer un corolario que nos sirva para nuestro caso: una solución es más eficiente que otra cuando

¹⁴⁷SCHWARTZ. op. cit. p. 284.

inhibe las negociaciones post incumplimiento que solo tienen un efecto redistributivo. Ahora, la pregunta se podría plantear de la siguiente manera. ¿Bajo cuál interpretación de la excepción de pago en relación con la resolución existen más posibilidades de negociaciones post incumplimiento de efectos solamente redistributivos? La pregunta puede ser simplificada tomando en cuenta que en los casos que el acreedor opta por la resolución son por las razones que ya veníamos esbozando, por lo tanto, no se da el caso en que un tercero venga ofreciendo un precio mayor por la prestación que ya fue incumplida. En otras palabras, es un presupuesto razonable para este tipo de casos que todas las negociaciones post incumplimiento sean netamente redistributivos.

Aún más, el único tipo de negociación post incumplimiento que es dable imaginar cuando ya una parte optó por la resolución, es sobre el monto, plazo y manera en que la resolución se va a producir. Bajo esta perspectiva, una interpretación sobre la excepción de pago tradicional o moderna afectan la posibilidad de este tipo de negociaciones. En la interpretación clásica, el deudor tiene un poder de negociación relativamente elevado, puede “amenazar” a su contraparte –la acreedora-, de alargar el juicio indefinidamente, y, asimismo, puede “amenazar” con el cumplimiento específico, el cual puede a estas alturas resultar perjudicial para la parte acreedora. Acorde con esta interpretación, es probable que las partes lleguen a acuerdo para finalizar el juicio en un monto inferior del daño causado a la parte acreedora, que acepta esta nueva situación para evitar un perjuicio mayor. Por otra parte, dando esta interpretación incentivos a la parte deudora para alargar el juicio, el período en que estas negociaciones post incumplimiento pueden tener lugar es mucho más extenso.

Por su lado, la interpretación que llamábamos moderna reduce las posibilidades de las negociaciones ex-post drásticamente. Primero, la parte deudora no tiene incentivos para alargar o prolongar el juicio, por lo que el período de tiempo para que éstas tengan lugar es menor. Segundo, y relacionado con la anterior, dado el esquema de incentivos que produce esta interpretación, la parte deudora, tiene incentivos para

terminar rápido el juicio, ya sea allanándose, ya comprando el desistimiento de la parte acreedora, en una negociación post incumplimiento de costos bajos, que reduce los costos de transacción en que incurren los tribunales.

c) Costos de transacción.

Como se insinuaba en el apartado anterior, otro factor para tomar en cuenta a la hora analizar económicamente estas distintas interpretaciones son los costos de transacción en que una y otra pueden incurrir. De especial relevancia, y en particular para el medio chileno, son aquellos costos de transacción relacionados con la administración de justicia. Bajo esta óptica, no hay duda de que la interpretación clásica ocasiona mayores costos, incentivando juicios largos incluso en más de una instancia. Por su parte la interpretación “moderna” elimina los incentivos que tiene la parte deudora para prolongar el juicio, reduciendo de esta manera los costos en que incurren los tribunales de justicia.

Además existe otra partida de costos de transacción que se pueden reducir por medio de la interpretación “moderna”. Si es que el análisis económico que esta tesis defiende es certero, o sea, que efectivamente la interpretación “moderna” es más eficiente que la “clásica”, sus implicancias se proyectan hacia las partes en la etapa de formación del contrato. Teniendo en cuenta las partes de un contrato que la regla por defecto del sistema legal ante incumplimiento contractual les puede traer más de un problema, tienen buenas razones para querer cambiar esa regla convencionalmente al momento de redactar el contrato. Si la regla eficiente, por otro lado, fuera la regla general en el sistema, las partes no necesitan negociar al respecto, disminuyendo, de este modo, los costos de transacción de formación del contrato.

III. Teoría de juegos.

Ya hemos visto como existen dos interpretaciones distintas respecto a la oportunidad para interponer la excepción de pago de modo que enerve la acción resolutoria por incumplimiento. En secciones anteriores de esta misma tesis se ha defendido el punto de vista según el cual, la interpretación moderna es, por sobre la tradicional, más eficiente desde el punto de vista del análisis económico del derecho, tanto como parte de un sistema de remedios en general de nuestro ordenamiento jurídico, así como en particular como respuesta al incumplimiento contractual.

En este capítulo en particular, se pretende utilizar la ayuda de la teoría de juegos para hacer más plausibles aún las conclusiones de las secciones anteriores de esta tesis. La teoría de juegos nos permite analizar las decisiones estratégicas de las partes que están contratando, y, quizá de más ayuda nos resulte aún, nos da la posibilidad de ver como una y otra alteración en el régimen de remedios contractuales –graficados en este caso, por la interpretación tradicional y moderna de la excepción de pago- afectan en esas decisiones.

Existe, sin embargo, una prevención que hacer. Este capítulo no pretende hacer las veces de una introducción formal a la teoría de juegos. Tamaña empresa escapa tanto de las aptitudes como de las intenciones de esta tesis. La plena comprensión de esta sección da por sentado la comprensión de las categorías de esta teoría. No obstante, la terminología básica y ejemplos a utilizar se mantendrán dentro de los términos más simples posibles para poder ser de alguna utilidad a los no iniciados en esta disciplina.

3.1 Breve referencia histórica.

Parece que hay cierto nivel de acuerdo dentro de la comunidad de teoría de juegos en reconocer como origen de esta disciplina la publicación, en el año 1944 de

“*The Theory of Games and Economic Behavior*”,¹⁴⁸ por Von Neumann y Morgentsen.¹⁴⁹ Aún así, se suelen mencionar como raíces de más antigua data para esta disciplina en el estudio de los duopolios de Cournot (1838),¹⁵⁰ y quizá aún, este espíritu aristocratizante de la disciplina intenta encontrar sus primeras manifestaciones a comienzos del siglo XVIII, en una carta del duque inglés Waldreave a uno de los ministros de la corona.¹⁵¹

En fin, no es sino hasta la segunda mitad del siglo XX, y quizá, desde la publicación en 1950 de los artículos de John Nash,¹⁵² cuando la disciplina comienza a dibujarse como un área nueva e independiente de la economía, ofreciendo un marco analítico para situaciones que aún se escapaban de los propios de esta disciplina.

La teoría de juegos puede ser caracterizada como el estudio de problemas de decisión multipersonales, es decir, siguiendo esa pretensión definidora tan propia de las ciencias jurídicas, básicamente la teoría de juegos es el estudio de las decisiones de las personas tomando en cuenta que existen otras personas tomando decisiones, y que los resultados de unas y otras se afectan mutuamente. Como toda disciplina propia, y especialmente, una que nace en el ámbito de las matemáticas y la economía, la teoría de juegos cuenta con un denso marco conceptual que la mayoría de las veces resulta inexpugnable para los legos en matemáticas. El entendimiento de teoría de las probabilidades, el manejo de un nivel avanzado en teoría de conjuntos, y conceptos como función de utilidad y equilibrio bayesiano perfecto hacen de su estudio una tarea ardua para los no iniciados. Con todo, existen numerosas introducciones a la materia que

¹⁴⁸ VON NEUMANN, John y MORGENSTERN, Oskar. *The Theory of Games and Economic Behavior*. New York. Wiley. 1944.

¹⁴⁹ Para una excelente biografía de John Von Neumann, que a la vez puede servir de introducción a teoría de juegos, ver POUNDSTONE, William. *The Prisoner's Dilemma*. New York. Doubleday. 1992.

¹⁵⁰ COURNOT, Agustin. *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*. New York, A. M. Kelly, 1960. Esta es la versión al inglés traducida del original, publicada originalmente en 1838.

¹⁵¹ POUNDSTONE. op. cit. p. 33.

¹⁵² NASH, John. *The Bargaining Problem*. *Econometrica*, N°18. Enero de 1950; y *Equilibrium Points in n-Person Games*. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 36. Enero de 1950.

facilitan su comprensión.¹⁵³ Escapa a los límites de esta tesis el papel de una introducción formal a la disciplina, por lo que si algunos conceptos resultan ajenos al lector, tendrá que remontarse a alguna de las introducciones arriba mencionadas.

3.2 Teoría de juegos y el derecho.

La teoría de juegos ha calado hondo en el mundo de la economía, y ésta, desde inicios de la década de los setenta, lo ha hecho a su manera en el mundo del derecho a través del denominado movimiento de Law&Economics. Mas, de esta secuencia de influencias no se puede deducir un silogismo obvio y sostener que teoría de juegos ha tenido mucho impacto en el mundo del derecho. El caso es quizá todo lo contrario: la recepción formal de la teoría de juegos en el mundo del derecho ha sido lenta, ardua y casi inexistente. Modelos de teoría de juegos básicos suelen ser utilizados en diversos contextos, casi siempre por autores de análisis económico del derecho, pero una tarea extensiva y seria de aplicación de la teoría de juegos al derecho brilla hasta el momento por su ausencia (a excepción, quizá, de la obra de Baird).¹⁵⁴ Resulta también curioso que esta desconexión entre ambas áreas del conocimiento sea unilateral, o más propiamente, asimétrica. Desde el derecho se ve poco o nada de teoría de juegos, mientras que, en teoría de juegos, las extensiones al derecho son múltiples.

3.3 Buscando la forma correcta de modelar.

La utilidad de la teoría de juegos como herramienta analítica de diversas instituciones del derecho civil es materia de soterrada controversia. Por una parte tenemos a quienes siempre han sido reacios a cualquier intromisión de la economía, u

¹⁵³ Dos muy buenas introducciones a la teoría de juegos se pueden encontrar en RASMUSEN, Eric. Juegos e Información. Primera edición en español. Ciudad de México. Fondo de Cultura Económica, 1996; y en GIBBONS, Robert. Un primer curso de teoría de juegos. Primera edición en español. Barcelona. Ed. Antoni Bosch. 1993.

¹⁵⁴ BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H, y PICKER, Randal C. Game Theory and the Law. Primera Ed. Harvard University Press. 1994.

otras disciplinas, al campo de la ciencia jurídica; y por la otra, quienes cuestionan en particular la utilidad de la teoría de juegos, y en especial, para el derecho de contratos (donde, como resulta obvio, los remedios ante el incumplimiento, se encuentran incluidos). Eric Posner, partiendo de las críticas que se hacen al supuesto de que el hombre actúa racionalmente, sostiene que la teoría de juegos falla en predecir o explicar el comportamiento o estrategias de los contratantes.¹⁵⁵ Ejemplifica este punto a través de una modificación de un juego en particular, “*The Beauty Contest*”¹⁵⁶ que es un juego bastante conocido en la literatura, que tiene por principal objetivo graficar la discrepancia entre la predicción que hace la teoría de juegos, con lo que sucede en la vida real.

En este juego se le pide a los concursantes que elijan un número del uno al cien, de manera tal que el número que elijan sea igual a dos tercios del número que resulte ser el promedio de los números elegidos por todos los concursantes. Mientras la teoría de juegos, en particular, el equilibrio de Nash,¹⁵⁷ señala que la elección adecuada es 0 (cero), en la práctica los jugadores eligen números distintos.¹⁵⁸

La crítica de Posner carece de originalidad y alcance. Ya desde varias décadas la suposición de racionalidad de los individuos ha sido criticada y analizada,¹⁵⁹ sin que por

¹⁵⁵ POSNER, Eric. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal, N° 112. 2002-2003.

¹⁵⁶ Este juego, aunque no formulado como tal, está tomado de la obra de KEYNES, John Maynard. *General Theory of Employment Interest and Money*. Macmillan. Londres. 1947, en donde realizaba una analogía entre las fluctuaciones de precios en las bolsas de valores y un concurso popular por esos días en Inglaterra en donde un periódico publicaba fotos de 100 señoritas, teniendo los concursantes que elegir, en su opinión, las 6 más bellas. Aquellos concursantes que eligiesen a las 6 más votadas, participaban en el sorteo por un premio.

¹⁵⁷ Una definición simple del equilibrio de Nash sería la combinación de estrategias que los jugadores probablemente escojan cuando a ningún jugador le pueda ir mejor eligiendo una estrategia distinta tomando en cuenta (sabiendo) la estrategia de los otros.

¹⁵⁸ En el juego en cuestión los números más elegidos fueron 34 y 23, lo que evidencia cierta lógica: 34 representa 2 tercios de 50 mientras que 23 representa los 2 tercios de 34. Es importante señalar que este juego, una vez repetido, cambia los peaks de repetición de números cada vez más cerca del 0. De hecho, si se repite 10 veces la gran mayoría ya elige el cero.

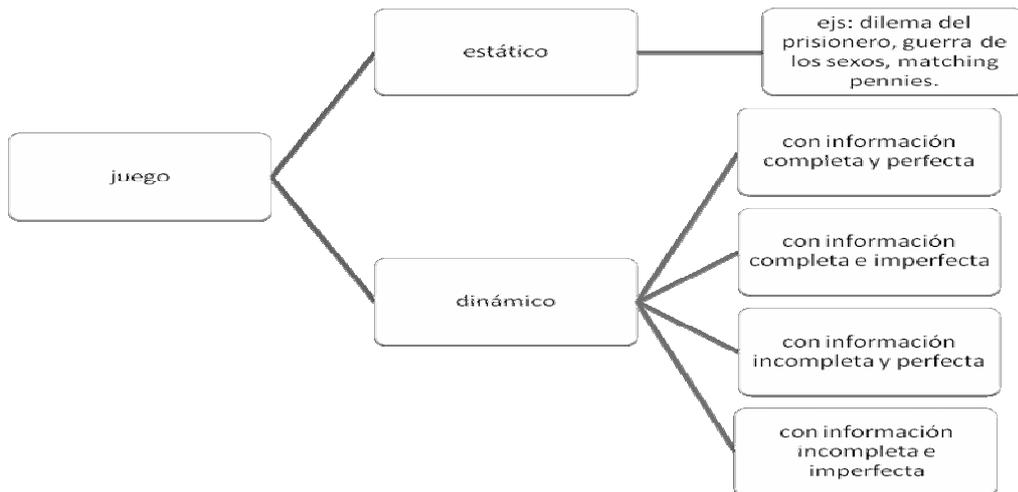
¹⁵⁹ Por todos ver THALER, Richard. *Quasi-Rational Economics*. New York, Russel Sage Foundation. 1991

eso la teoría de juegos, y en general, toda la disciplina económica haya perdido vigencia. Y en particular, radica en una sobreestimación de la teoría de juegos como herramienta analítica: Posner pareciese esperar cierto equilibrio reflexivo entre las predicciones de la teoría y lo que sucede en la vida real, lo que por cierto es, sin dudas, un objetivo deseable desde el punto de vista de la teoría económica, pero esta suerte de discordancia con la realidad no es tan crucial cuando se analiza desde el punto de vista legal. Lo que la teoría de juegos puede aportar al derecho no radica en sus consecuencias prácticas, sino más bien, en crear un marco de análisis distinto para comparar diversas instituciones legales.

Para empezar a realizar un análisis de la oportunidad de la excepción de pago dentro de la teoría de juegos tenemos que primero clasificarla dentro qué tipo de juego, esto es, determinar las características principales de la situación en la que se encuentran los sujetos a interactuar por medio de las decisiones que toman. Una primera consideración, y la más básica también, se extiende a la situación en donde se encuentran dos sujetos que toman una sola decisión, y en que cada jugador debe tomar la decisión sin saber lo que el otro jugador haya decidido. A este tipo de juegos se les denomina “juegos estáticos”, en oposición a los juegos “dinámicos”, en donde existen una o más decisiones que se van tomando luego de haber tomado otras decisiones.

Ahora bien, cada uno de estos últimos juegos -los dinámicos- pueden así mismo denominarse de información completa o incompleta, y a su vez, de información perfecta e imperfecta. El criterio para distinguir entre la completitud o no de un juego radica en la posibilidad que tiene los jugadores, al momento de tomar la decisión, de conocer los payoffs, o recompensas que va a tener cada una de sus decisiones. Por su parte, el criterio de información perfecta o imperfecta se basa en una circunstancia diferente: un

juego con información perfecta es aquel en que cada uno de los jugadores y en cada uno de los momentos en que toman decisiones, sabe toda la historia anterior de decisiones.¹⁶⁰



3.3.1 Formas de representar.

La teoría de juegos utiliza principalmente dos maneras de representar los juegos y sus resultados, la Forma Normal, y la Forma Extensiva. Ambas formas sirven para ilustrar todos los juegos, pero generalmente se prefiere utilizar una por sobre la otra dependiendo del juego en particular. Generalmente se suele utilizar la forma extensiva para los juegos dinámicos, y la forma normal, para los estáticos.

Para decidir cuál representación usar, hay que tomar en cuenta, principalmente, que se quiere mostrar con el juego que se pretende explicar. Si el objetivo de análisis está en solamente graficar las recompensas y los distintos equilibrios o soluciones de conceptos dentro de ellos, la forma normal resulta más que satisfactoria. Por otra parte,

¹⁶⁰ Esta clasificación de los juegos no tiene ninguna pretensión de exhaustividad, existen diversas más. Otras clasificaciones muy conocidas son las de juegos de suma cero y suma no cero, cooperativo y no cooperativo, simétrico y asimétrico, continuo y discreto, etc.

si el esfuerzo se hace para echar luz sobre el proceso de toma de decisiones, o el aspecto dinámico de la interacción, la forma extensiva suele ser más recomendada.

Ahora corresponde analizar de qué manera podemos modelar la situación que es motivo de esta tesis, es decir la dinámica de incumplimiento contractual, y en especial, la de resolución de contratos por incumplimiento, con la posibilidad de enervar por medio del pago, bajo las reglas generales del ordenamiento chileno. Sobra decir que puede ser graficada tanto de forma normal como extensiva, pero una de estas formas puede presentar ventajas por sobre la otra. Para partir, podemos decir sin duda que la situación que nos interesa graficar no es un juego estático, es decir, no es de aquellos juegos en que todas las decisiones se toman al mismo momento,¹⁶¹ sino más bien uno dinámico, que es aquel donde las decisiones se van escalonando en el tiempo, y que en la gran mayoría de los casos, las decisiones tomadas en una sección del juego, condicionan las ganancias de los jugadores para decisiones venideras. Este tipo de juego se suele representar de la forma extensiva, en donde se hace un acento en modelar la interacción entre las parte que toma a lugar a través del tiempo.

Por otro lado, no resulta problemático identificar este tipo de juego como uno de información perfecta, es decir, uno en que las partes al tomar una decisión, saben la historia previa de las decisiones anteriores, por ejemplo, y como se ilustrará en las figuras siguientes, cuando la parte diligente opta por tomar la resolución o la ejecución forzada, ya sabe en qué parte del juego está, ya sabe que contrató, y que la otra parte incumplió. Más problemática resulta justificar el presupuesto de información completa. En efecto, las partes no saben con exactitud las recompensas o ganancias (*payoffs*), que recibirá el otro jugador en cada jugada, pero no altera los resultados adoptar esta hipótesis: las partes contratantes tiene información sobre su contraparte y saben, dentro de cierto rango, que jugadas aumentan o reducen sus ganancias. Para efectos de

¹⁶¹ En realidad, en los juegos estáticos también pueden tomarse las decisiones en distintos momentos, a condición de que el siguiente jugador no esté en condiciones de saber si se ha tomado una decisión, o si se ha tomado, cuál ha sido.

mantener los gráficos y el análisis simples, se toma esta decisión metodológica aunque previniendo de los efectos que está pueda ocasionar. En conclusión, la manera de graficar que se utilizará en esta tesis corresponde a la forma extensiva de un juego de información perfecta y completa.

3.4. Modelando la condición resolutoria y la excepción de pago.

Modelar la condición resolutoria tácita representa una serie de dificultades técnicas que analizaremos en su momento, pero básicamente, implica modelar una matriz de árbol de decisiones binarias entre dos jugadores. Esto de la siguiente manera: existen dos jugadores: **A** y **B**, que tienen que tomar las siguientes decisiones: contratar o no, y si es que contratan, una de las partes –el jugador **B** digamos-, tiene que decidir si cumple o incumple el contrato. Si es que eligiera incumplir (o no pudiera cumplir, como sucede en la mayoría de los casos), las jugadas no se acaban, el jugador **A** –nuestro jugador diligente-, tiene que optar de entre las alternativas que ofrece nuestro entorno legal para ante el incumplimiento. Estas, como se ha repetido hasta el cansancio, nacen del tan mentado art. 1489, que, a primera vista, ofrece tan sólo dos alternativas para el jugador **A**: o perseguir la ejecución forzada, o la resolución del contrato, ambas opciones con indemnización de perjuicios. Este juego no se acaba ahí, todavía queda la opción, si el jugador **A** ha elegido la resolución del contrato, conforme al art. 1489, queda por definir si el jugador **B** enerva la resolución siguiendo al art. 310 CPC, o si se contenta con la resolución. Sobra decir que es en esta última llave donde se abre la pregunta pertinente a esta tesis. ¿Cómo las dos interpretaciones contrarias respecto a la oportunidad de la excepción de pago alteran las estrategias de las partes en una situación en particular?

En la figura 1 se puede apreciar la situación que plantea el art. 1489 del Código Civil graficada en la forma extensiva de la teoría de juegos. La figura 1 representa la interpretación tradicional de la oportunidad de enervar la acción resolutoria por medio de la excepción de pago, en donde una vez que la parte diligente ha decidido entablar la

acción resolutoria, a la contraparte, aún le resta una jugada restante, a saber, enervar o no enervar la resolución por medio de la excepción de pago. Este modelo en particular se basa en la hipótesis de un contrato por medio del cual **A** adquiere de **B** un producto o servicio.

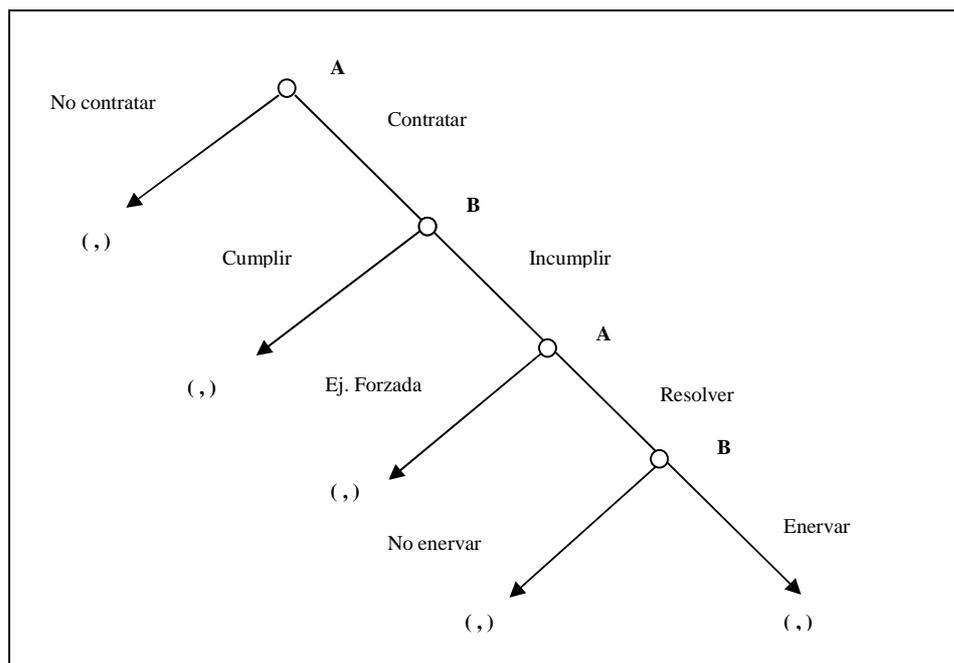


Figura 1

Por su parte, la interpretación que se ha denominado “moderna” de la excepción de pago se encuentra graficada en la figura 2. Como se puede ver, en esta figura deja de estar disponible la opción final para la parte no diligente (jugador **B**).

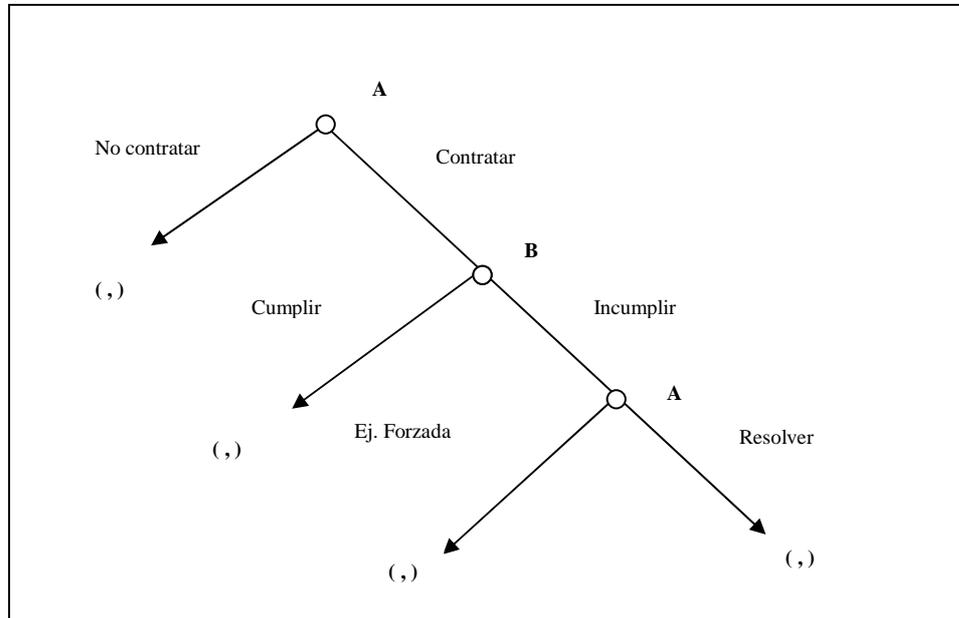


Figura 2

Esta supresión de la opción final para el jugador **B** se explica de la siguiente manera: la interpretación moderna, al sostener, de una u otra manera, que la parte deudora no puede enervar la acción resolutoria por medio del pago realizado después de la demanda de resolución elimina la última posibilidad de decisión para el jugador B. Esta interpretación no niega la posibilidad de interponer la excepción de pago, sino que sólo limita su aplicabilidad para cuando el pago haya sido hecho con anterioridad a la interposición de la demanda de resolución. En ese sentido, la opción estratégica de **B** de pagar se remonta hasta antes de la decisión de resolver de **A**, y por lo mismo, la hace indiferente para efectos de analizar su estructura estratégica.

Una vez presentado el modelo extensivo a utilizar en nuestro análisis, corresponde establecer valores a las distintas recompensas o ganancias (*payoffs*) de cada una de las jugadas. La figura 3 presenta un modelo abstracto de recompensas para la situación de la figura 1:

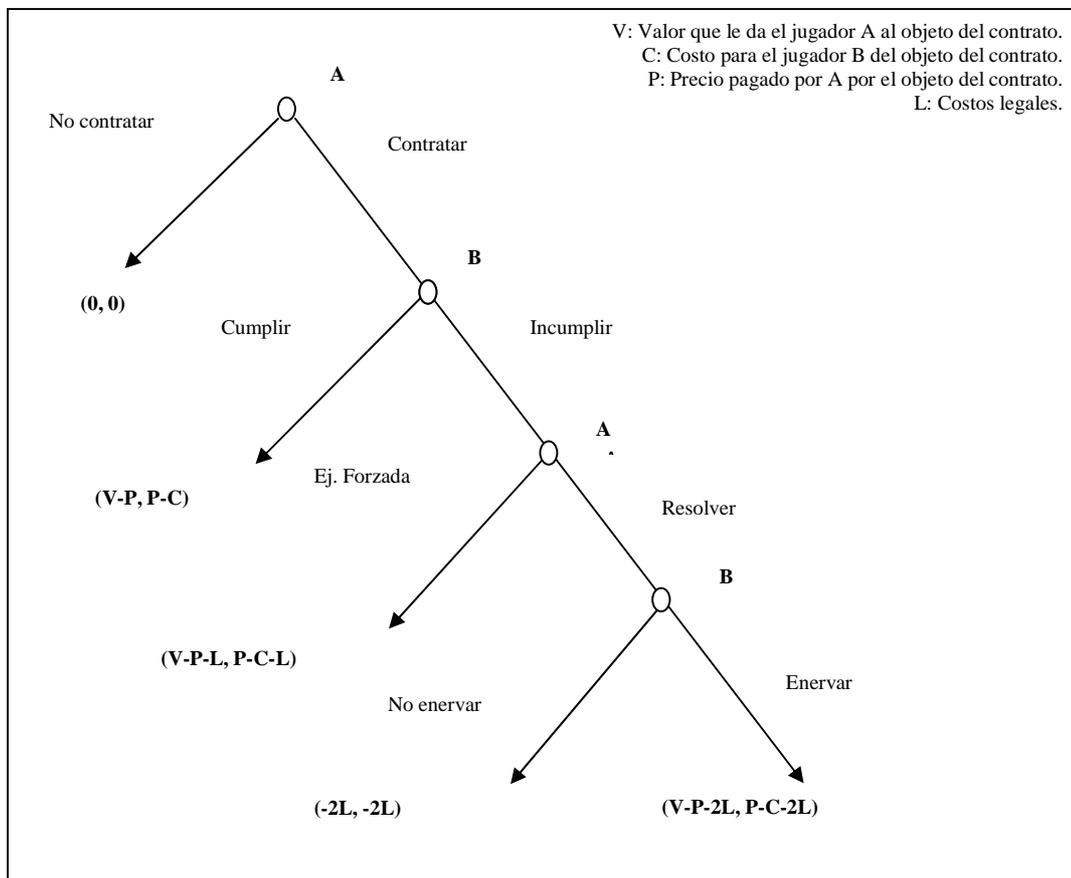


Figura 3

Como parte de los presupuestos de esta figura existe uno quizá controvertible que conviene explicitar. Las recompensas de los jugadores van incluyendo en los dos últimos nodos de decisión el valor L, asociado a los costos legales de incurrir en juicio para satisfacer las preferencias de los jugadores. Mientras que en el último nodo de A los costos se valoran en L, en el último nodo, pasan al doble. Este mecanismo puede resultar antojadizo, pero resulta sensato a la luz de dos consideraciones particulares. Primero, se dan en tiempos distintos, a mayor tiempo transcurrido de juicio, es dable aceptar que los costos legales devengados suban. Y segundo, esta diferencia de costos puede ser explicada asimismo dada la diferencia que resulta en realizar una acción

ordinaria (como lo es la de resolución), o ejecutiva (como es probable que sea la que solicita la ejecución forzada).¹⁶²

Las ganancias propuestas en la figura 3 se desglosan de la siguiente manera: la primera recompensa, es decir, aquella que resulta de la decisión del jugador **A** de no contratar, es (0,0). Nadie gana, nadie pierde (sin tomar en cuenta los gastos en que puede haber incurrido el jugador **B** en poner a disposición de **A** la oferta de contrato). La ganancia segunda ofrece al jugador **A** una recompensa equivalente a la diferencia entre el valor que le da al objeto y al precio pagado por éste. A su vez, el jugador **B** recibe la diferencia entre el precio que recibe y el costo que significa para él el objeto que pasa a disposición del jugador **A**. La tercera ganancia, es decir, aquella resultante de la estrategia contratar-incumplir-ejecución forzada, reproduce los valores del segundo esquema de ganancias, y adicionalmente, integra los costos legales que significan pasar por los tribunales de justicia. La cuarta distribución de ganancias se compone esencialmente de los costos legales acrecentados, en esta hipótesis, la resolución se lleva a efecto, **A** recupera lo que dio por el objeto, mientras que **B** recupera su objeto, las partes se encuentran al igual que antes de entrar en el contrato, salvo la diferencia de los costos legales. Por último, en el quinto esquema de ganancias se repite la estructura del tercer esquema, sólo que con el debido incremento de los costos legales.

Encontrar un equilibrio formal para este juego no es posible mientras no se asignen valores a las respectivas recompensas, pero si se puede derivar un equilibrio nominal señalando que **A** estará propenso a contratar toda vez que la diferencia entre el valor que le da al objeto menos el precio que paga por él es igual o mayor a los costos legales en que se incurren si es que **B** decide enervar la acción resolutoria, o sea, **A** contrata si y solo si $V-P \geq 2L$.

¹⁶² Esta tesis no desconoce de los mecanismos de condenación en costas que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Mas, resta decir que el criterio de “motivos plausibles para litigar” es lo suficientemente ambiguo como para poder suponer que la distribución de las costas, en los efectos prácticos, se distribuye equitativamente.

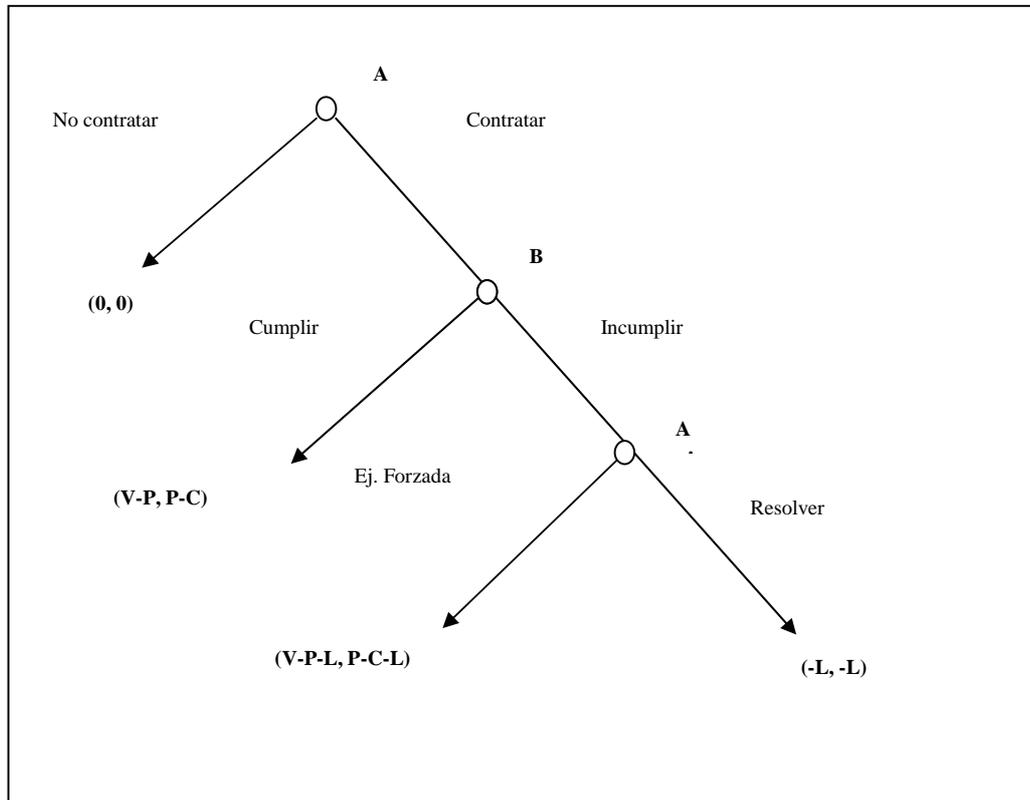


Figura 4

En la figura 4 se representa de manera extensiva con ganancias nominales la situación de la resolución por incumplimiento bajo la tesis interpretativa moderna. Otra manera de decir lo mismo es decir que, la figura 4 es a la figura 2 lo que la figura 3 es a la 1.

El desglose de los esquemas de recompensas no parecen necesarios a esta altura, sólo valga destacar que, dado los presupuestos del juego, la única variación con respecto a la figura 3 consiste en el cuarto esquema de recompensas en donde no se abre la opción para el jugador **B** de enervar la acción, y por lo mismo, la resolución produce sus

ganancias de inmediato, sin necesidad de extender el juicio innecesariamente por lo que los costos legales se mantienen reducidos.

Simétricamente con la figura 3, en este caso el equilibrio nominal viene dado por la diferencia entre el valor y el precio que se le da al objeto. A modo de resumen: **A** contratará toda vez que $V-P \geq L$.

3.4.1 Algunas conclusiones preliminares.

El propósito de esta tesis es dar argumentos para preferir una interpretación sobre la oportunidad de entablar la excepción de pago dentro de la acción resolutoria por sobre la otra. En las figuras precedentes se han graficado dos de estas interpretaciones rivales, la clásica (figuras 1 y 3), y la aquí denominada moderna (figuras 2 y 4). Una razón que podría darse desde el análisis de teoría de juegos hasta ahora adelantado es que si uno de los fines de los contratos es asegurar el traspaso de bienes a sus usos más valiosos, todo contrato en que el $V > P$ debe ser protegido por la ley. En este caso, la interpretación moderna tiene ventaja por cuanto más contratos eficientes serían celebrados bajo esta regla que la que promueve la interpretación adicional. Además, la interpretación moderna ayudaría a reducir los costos asociados a la litigación.

No obstante, esta conclusión es apresurada. El lector atento habrá observado que la única diferencia entre los equilibrios nominales de las figuras 3 y 4 radica en los costos legales asociados a una y otra alternativa. Esta diferencia está dado por los presupuestos del juego, que reconocemos altamente controvertibles, y no resultan del todo contundentes para optar por una interpretación u otra. Es necesario otorgar valores reales a las recompensas si es que se quiere apreciar las diferencias que se producen en las estrategias de los jugadores entre una y otra interpretación. Para lograr este objetivo, tomamos ahora el ejemplo de los ascensores esbozado en la sección 2.3.5 de esta memoria de prueba.

3.4.2 Juego de los ascensores.

Sabemos que en este ejemplo, existen dos empresas, Alpha (**A**) y Subiabre (**S**). Conocemos también que Alpha pagó por adelantado a Subiabre dos ascensores para el edificio que se construye y sobre el cual les pende un plazo de entrega. Para complementar, una vez producido el incumplimiento por parte de Subiabre, Alpha se ve en la obligación de comprar otros ascensores de manera inmediata para no tener que sufrir el castigo económico contemplado por la demora, estos nuevos ascensores, es de suponer, se adquieren en condiciones muchos más onerosas que los que se habían contratado con Subiabre. Aún más, una vez ya adquiridos estos segundos ascensores por Alpha, y ya en medio de la acción resolutoria, Subiabre recibe los ascensores atrasados y está dispuesta a enervar la acción resolutoria de Alpha pagando los ascensores contratados, siendo que éstos ya no revisten utilidad alguna para la empresa constructora.

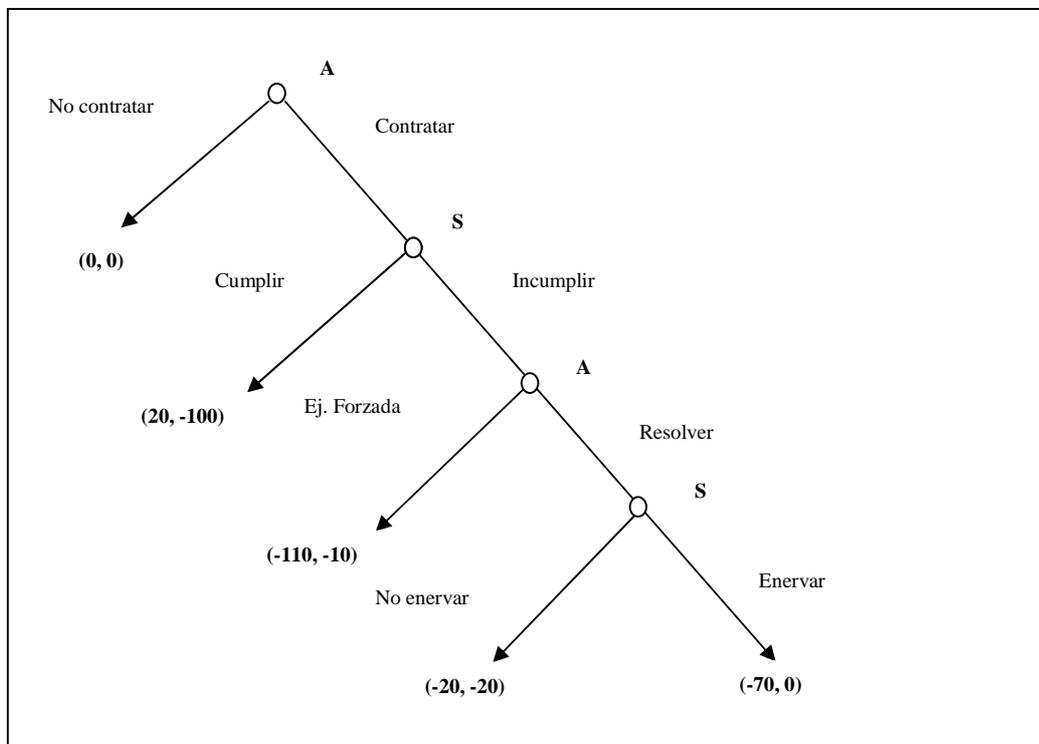


Figura 5

En esta figura se atribuyen recompensas a los jugadores **A** y **S** de acuerdo al ejemplo de los ascensores. Así tenemos que en el segundo esquema de ganancias, es decir, el correspondiente a la estrategia contratar-cumplir, Alpha se lleva 20 (la diferencia entre su valoración 120, respecto del precio 100), mientras que Subiabre recibe una pérdida de -100. Esta se explica por cuanto Subiabre no tiene disponible el ascensor contratado y le resulta imposible cumplir su parte del contrato. En teoría de juegos, cuando una acción es imposible o alejada de la realidad, se le suele atribuir un valor negativo que hace que jamás esa estrategia sea tomada. Otra manera de pensarlo sería decir que Subiabre, para cumplir a tiempo su contrato con Alpha, decide traer los ascensores desde el exterior por flete aéreo, lo que hace subir sus costos desmesuradamente. En cuanto al tercer esquema de ganancias, éste grafica la situación contraria, Alpha no puede demandar el cumplimiento en especie a Subiabre,¹⁶³ puesto que ésta no los tiene, lo que no le da la opción a Alpha de elegir esa estrategia, por lo que se le asigna un valor de -100, a lo que se le deben sumar los costos legales que se atribuyen hasta esa etapa, de -10. El cuarto esquema de ganancias viene dado por la resolución del contrato a los que se le restan a ambas partes los costos legales devengados hasta entonces ($L=10$). La quinta y última recompensa requiere de una explicación adicional. -70 surge de los siguientes valores: sabemos que, dado la descripción del caso, Alpha tuvo que adquirir otros ascensores para el edificio en construcción, por lo mismo, cuando Subiabre enerva la acción resolutoria por medio del pago con los mismos ascensores contratados, la valoración que había hecho de ellos Alpha se reduce drásticamente, digamos que de estimarlos en 120, ahora lo hace en 50, por lo dado el precio de 100 que pago por los ascensores, más los 20 devengados en gastos legales, da el resultado de -70.

¹⁶³ Otra posibilidad que se le abre a Alpha en esta rama del juego es la de solicitar el cumplimiento forzado a través de un juicio ejecutivo, en donde se cambia la prestación debida por su equivalente en dinero. No se ha tomado esa alternativa en este gráfico debido a que el ejercicio de esta tesis consiste en analizar las diferencias entre cumplimiento específico y resolución. Además, que Alpha decida perseguir el dinero a través del juicio ejecutivo parte del presupuesto de que Subiabre cuenta con los medios con que satisfacer la deuda, lo que no es correcto en todos los casos.

Por otro lado, tenemos que asignar valores a la hipótesis de la interpretación moderna de la oportunidad de interponer la excepción de pago:

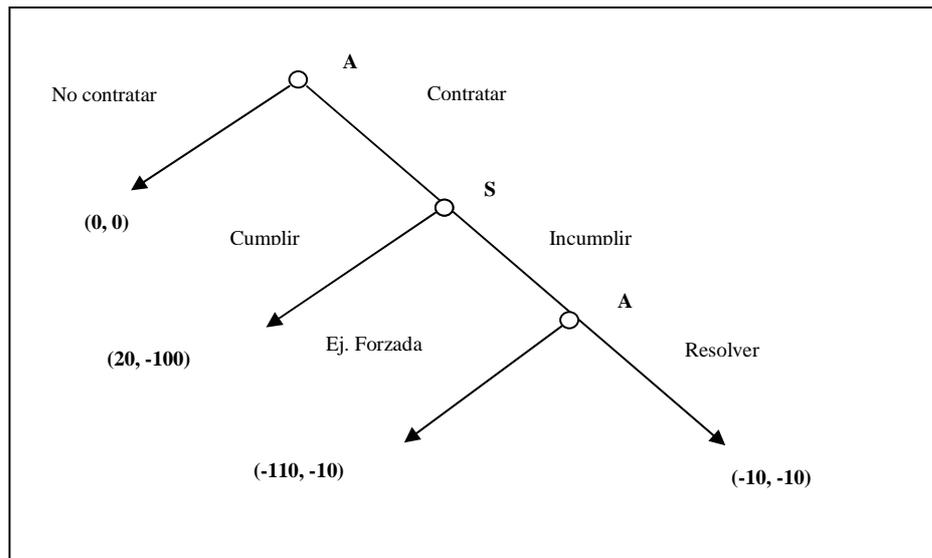


Figura 6

En esta figura tenemos prácticamente los mismos esquemas de pago que en la figura 5, con excepción del último que se explica por la diferencia de costos legales que se sigue de una y otra interpretación.

Tanto en la figura 5 como en la figura 6 se puede encontrar un solo equilibrio, y ese equilibrio se llega a través de la técnica de inducción hacia atrás, o "*backwards induction*", que es a su vez, el único equilibrio de Nash de ambos juegos. El equilibrio de ambos juegos está en la opción de Alpha de no contratar. Como resulta obvio, si ambos juegos tienen el mismo y único equilibrio no nos sirve para sacar alguna conclusión útil respecto a una y otra interpretación en comparación, lo que no quiere decir que no las existan. Estos juegos presentan resultados inverosímiles porque son una simplificación didáctica de un juego más complejo que sí capta la diferencia entre una y otra interpretación. En los juegos de las figuras 5 y 6, la decisión óptima es de no

contratar dado que el presupuesto de información completa implica el conocimiento por parte de Alpha que Subiabre no iba a poder cumplir. Se requiere una modificación del presupuesto de completitud de la información.

El caso en la realidad es distinto. Alpha, al momento de contratar, lo hace con la confianza de que Subiabre está en condiciones de cumplir el contrato, aunque también conoce que siempre hay alguna posibilidad de que ocurra algún imprevisto que torne imposible el incumplimiento. Esta incertidumbre se grafica en teoría de juegos por medio de agregar al juego ya descrito en las figuras 5 y 6, una opción adicional a cargo de un tercer jugador, denominado **N** (naturaleza), que determina si es que el cumplimiento va a ser o no posible. El valor de **N** viene dado por la probabilidad que las partes estiman de que el hecho de la naturaleza ocurra, supongamos, para efectos de simplificar el gráfico, que tanto Alpha y Subiabre estiman que un evento incierto que haga imposible el cumplimiento sucede una cada diez veces. De ahí en adelante, siendo los jugadores personas racionales y una aversión al riesgo estándar, los valores de recompensas se multiplican por 0.1, si es que siguen la rama en donde la naturaleza optó por imposibilitar el incumplimiento; y por 0.9, si es que siguen la rama contraria. Del jugador **N** se desprenden dos ramas: una de probabilidad alta (**PA**) y otra de baja (**PB**).

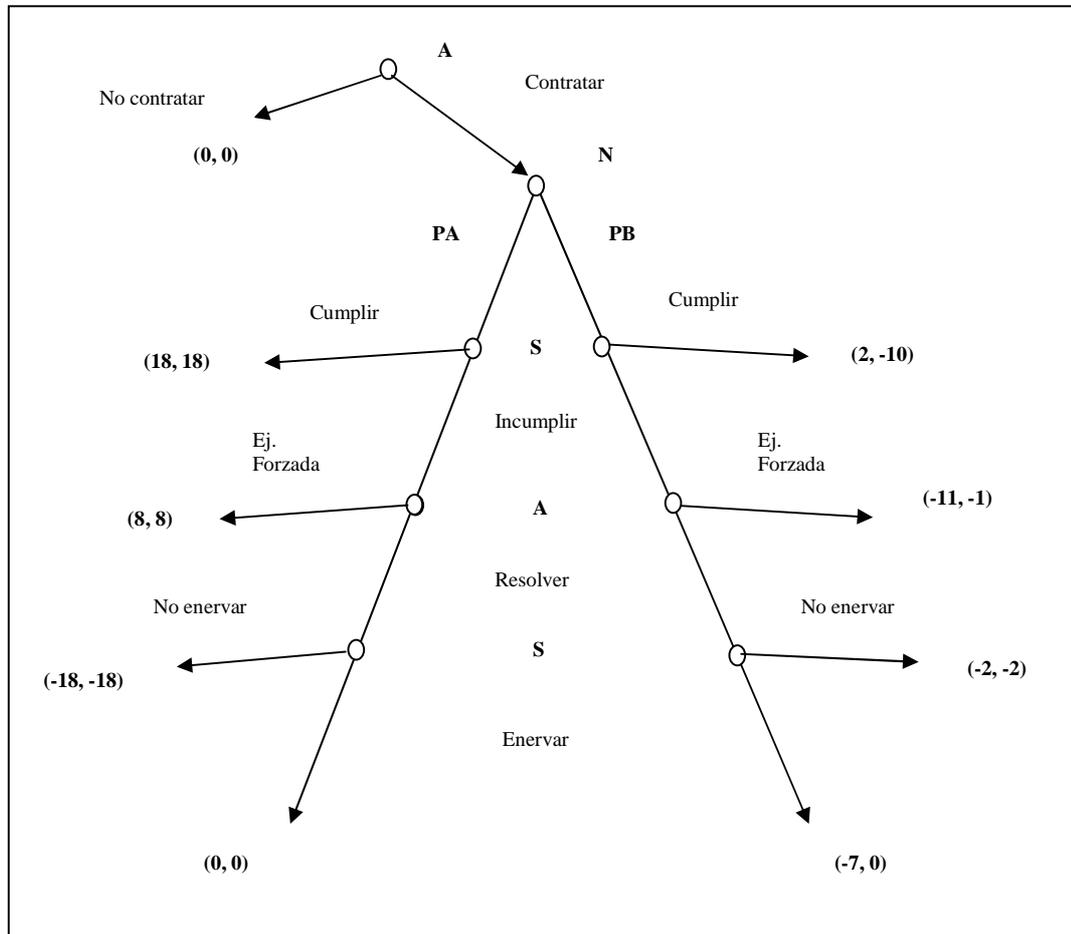


Figura 7

En la figura precedente podemos distinguir claramente las dos ramas que siguen a la intervención del juego de la naturaleza. Las recompensas de la rama que sigue el escenario de probabilidad alta deviene de multiplicar por 0.9 los payoffs de la situación donde no hay razón para incumplir por parte del jugador **S**. De esta manera, y siendo $C=80$, $V=120$, $P=100$, y $L=10$, los valores de las recompensas corresponden a (18, 18) en la estrategia de contratar-probabilidad alta-cumplir, puesto que corresponde a $0.9(120-100, 100-80)$, y así sucesivamente. Los valores asignados a las estrategias derivadas del juego de naturaleza de probabilidad baja resultan de los mismos valores expresados en la figura número 5, multiplicados por el valor 0.1.

Siendo un juego extensivo, que asumimos de información completa, la mejor manera de encontrar el o los equilibrios correspondientes sigue siendo el mecanismo de la “inducción hacia atrás”, en donde se toma la última rama de una posibilidad de estrategias y se van eliminando las derivaciones que resultan no jugadas. Utilizando ese mecanismo nos enfrentamos a que el juego de la figura 7 presenta dos equilibrios de Nash, los que consisten en cumplir por parte de **S** en la alternativa de probabilidad alta, y en la de enervar en caso de probabilidad baja.

Habiendo dos equilibrios en un juego de forma extensiva, se suele utilizar otro mecanismo de solución aparte de la inducción hacia atrás, este consiste en la denominada “perfección de sub juego”, que en las palabras simples, consiste en eliminar aquellas alternativas que no resultan creíbles a la luz de la información disponible. En el caso de la figura 7, ante la opción inicial que tiene el jugador **A** de contratar o no contratar, y dado los valores de los dos equilibrios hasta ahora presentados, siempre va a preferir contratar puesto que una ganancia de 18 supera a una pérdida de -7.

Si bien resulta algo innecesario, procedemos a realizar el mismo ejercicio de la figura 7 con la hipótesis de la interpretación moderna de la oportunidad de pago:

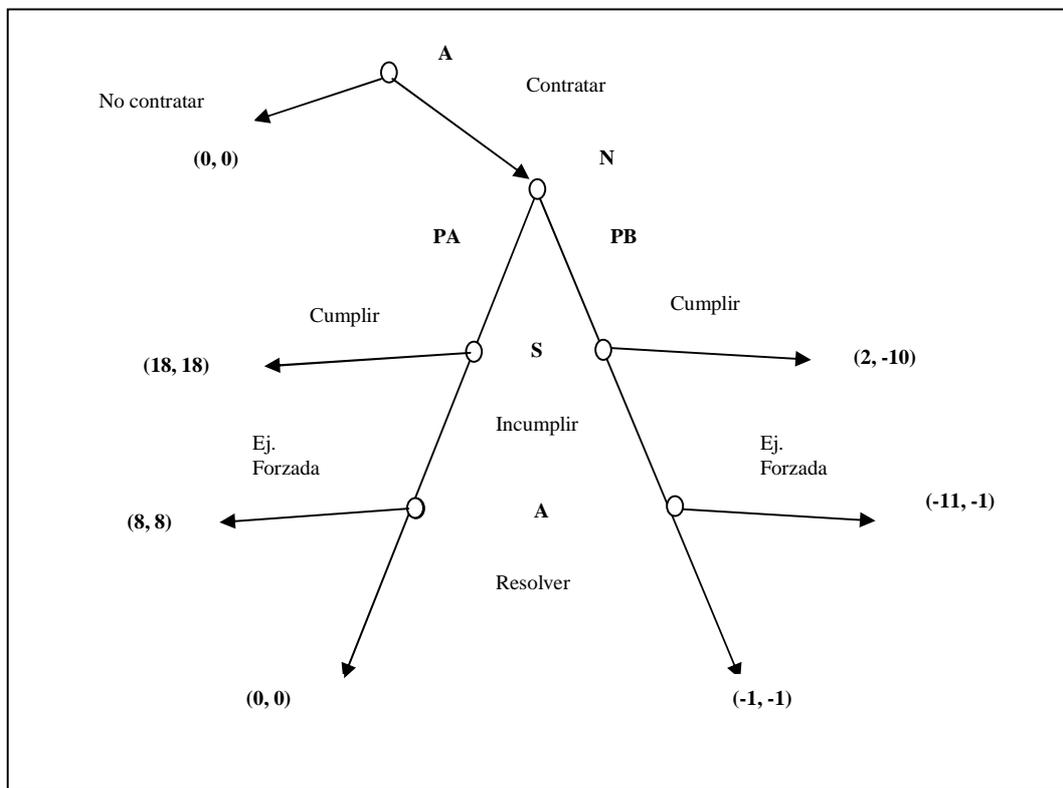


Figura 8

En esta figura se repiten los valores de la figura 7, con la excepción de la recompensa final de la variante de probabilidad baja, que dado los presupuestos del juego, disminuyen en atención a los costos legales disminuidos. De manera similar, pero no idéntica a la de la figura 7, encontramos dos equilibrios consistentes en la alternativa cumplir en la hipótesis de probabilidad alta, y la de resolver en la de baja. Siguiendo asimismo el criterio de la perfección de subjuegos se elimina el segundo equilibrio, dando como resultado del juego la decisión de contratar, y la estrategia final probabilidad alta-cumplir.

Recapitulando, en este capítulo se ha intentado presentar la teoría de juegos para graficar las dos hipótesis de interpretación de la oportunidad de la excepción de pago en

relación con la resolución por incumplimiento. Hemos dicho que la mejor manera de graficar las estrategias de las partes en una situación como la que nos reúne es la forma extensiva de graficar los juegos (figuras 1 y 2). A esta altura, se ha concluido que la manera de graficar la hipótesis que hemos denominada moderna, implica eliminar la posibilidad del jugador no diligente de enervar después de que la parte diligente elija la resolución. Posteriormente (figuras 3 y 4) se han dado valores nominales para las dos interpretaciones rivales, el equilibrio de entonces, dependía de los costos legales a una y otra posibilidad. En las figuras siguientes (5 y 6), se grafica en el esquema construido anteriormente el ejemplo de los ascensores que ya habíamos mencionado con anterioridad en esta tesis. El equilibrio resultante de ambas figuras consistía en no contratar por parte del jugador **A**, pero este resultado era poco plausible y se producía por una exageración en el presupuesto en que las partes poseían información completa. Para corregir este defecto del modelo se procedió a incorporar un tercer jugador, **N**, que determina las posibilidades de que el jugador **S** pueda cumplir o no (figuras 7 y 8). De esta manera, estos juegos mostraron múltiples equilibrios que fueron reducidos a través del mecanismo de solución de perfección de subjuegos a tan sólo uno por juego. En ambos **A** contrata, eso sí la diferencia radica de qué elija el jugador **N**, de elegir **PA**, el equilibrio se da en cumplir, mientras que en **PB**, el equilibrio se da en enervar para la interpretación tradicional, y en resolver para la moderna.

De la comparación de los equilibrios logrados en las figuras 7 y 8 se pueden derivar algunas conclusiones para los efectos de esta tesis. Primero, en la interpretación moderna, la última jugada corresponde siempre a la parte no diligente. Es de especial relevancia en la rama de probabilidades baja, que es donde el problema se plantea. En teoría de juegos, el jugador que elige la última jugada tiende a ejercer una posición dominante por sobre el otro jugador. Por su parte, en la interpretación moderna, esta última elección corresponde a la parte diligente, lo que le implica menores posibilidades de pérdida. Esta diferencia es clave para el primer jugador al momento de contratar o no. Esta posibilidad, en ciertas asignaciones de recompensas, puede ser suficiente para que

la primera jugada sea no contratar, y jamás viceversa (es decir, esta diferencia de posiciones nunca va a cambiar la posición de A de no contratar a contratar). Es importante tomar en cuenta que las partes, al momento de contratar, tienen en cuenta los remedios que le otorga la ley en caso de que se incumpla el contrato. Katz señala “... *the contract’s ultimate enforceability and the availability of remedies for breach will influence the earlier negotiations*”.¹⁶⁴

Además en este caso en cuestión se produce un efecto numérico que es importante rescatar. La diferencia que se produce entre los dos equilibrios –y que es la que induce a el jugador inicial a contratar-, es diferente en cada figura. Mientras que en la figura 7 corresponde a 9 (18 -7), en la figura 8 es de 17 (18-1). Por lo que es válido decir que bajo la interpretación moderna hay mayor margen de contratación eficiente que en la tradicional. Con todo, y como se advirtió más arriba, esta diferencia de valores viene dado por la suposición de costos legales diferenciados, lo que debilita la fuerza de este argumento.

De manera de hacer más plausibles las conclusiones que por este método se intentan demostrar, necesitamos construir un juego diferente, uno en que podamos prescindir de la valoración de los costos legales, y que muestre de mejor manera el efecto en que incide una y otra interpretación a la hora de determinar el equilibrio del juego.

3.4.3 Juego del Mazda.

X es dueño de un Mazda 929 del año 70, auto que si bien no es único, se podría considerar raro en el mercado. **X** valora este auto en 80, mientras que **Y**, el comprador,

¹⁶⁴ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. 89 Michigan Law Review. 1990-1991. p. 246.

en 120. **X** e **Y** pactan un precio de 100. **X** le entrega el auto a **Y**, quien tiene un plazo de dos meses para pagar. Antes de dicho plazo, **Y** le ocurre una desgracia financiera por lo que no va a tener posibilidad de pagar el precio a **X**. Una vez, ya producido el incumplimiento, aparece un tercer jugador, **Z**, que ofrece 150 por el automóvil.

Para simplificar el gráfico de este juego, se va a ilustrar solamente la hipótesis de incumplimiento en ambas interpretaciones, dado que, como se demostró en las figuras 7 y 8, la inclusión de un juego de la naturaleza resuelve el tema de la exagerada suposición de la información completa. Este juego queda ilustrado por las figuras 9 y 10:

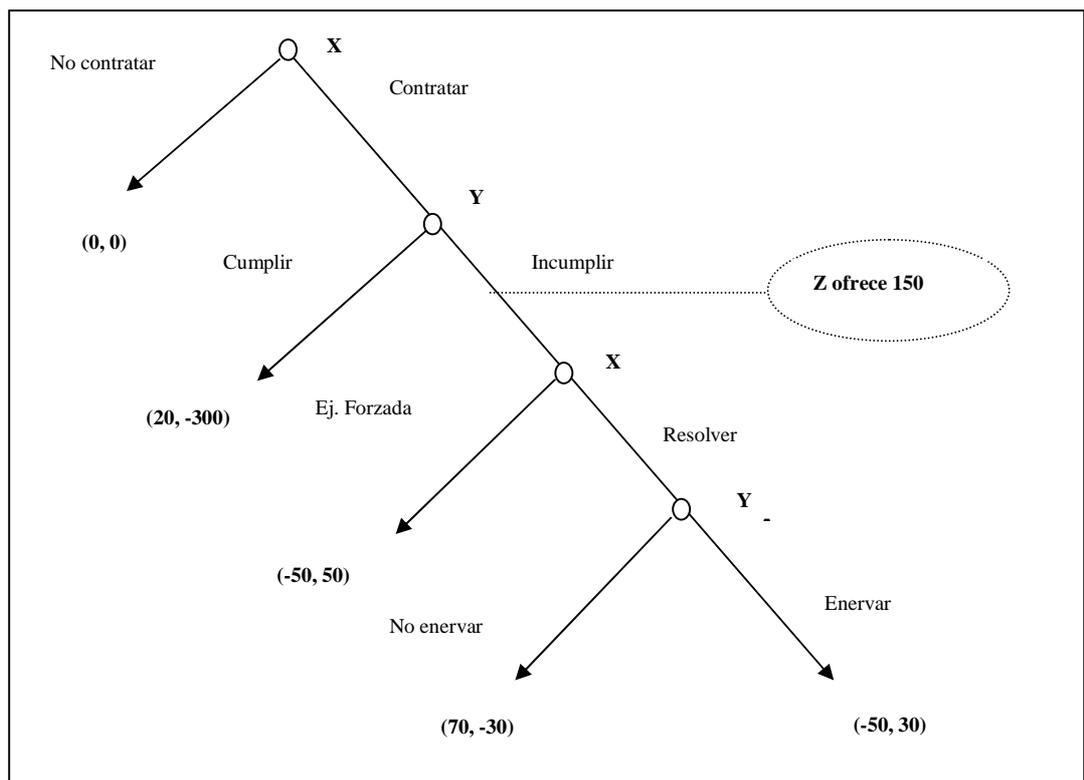


Figura 9

La primera recompensa de esta figura no merece explicación, la segunda, y siguiendo un orden descendente, grafica 20, en el sentido de P-C, y -300, que es una

manera aleatoria de graficar una posibilidad cuando es intomable (por la descripción del caso, sabemos que **Y** cayó en alguna desgracia financiera por lo que le resulta imposible pagar el precio estipulado a **X**). A partir de la tercera recompensa o ganancia hay que introducir la modificación que representa una la nueva oferta presentada por **Z**. La manera de hacer esto adecuadamente es cambiar los valores de **V** y de **C** a 150, ya que esa es la nueva valoración, objetiva e idéntica para ambos jugadores. Tomando en cuenta lo anterior, tenemos que el tercer cuadro de recompensas tiene -50, dado que **X** recupera el dinero que se la adeudaba, es decir 100, a lo que se le resta el nuevo valor que para él significa su auto, o sea, 150. Para **Y** el caso es simétricamente opuesto, debe pagar 100, por algo que estima en 150, por lo que su ganancia asciende a 50. La cuarta ganancia, es decir, la correspondiente a la estrategia contrata-incumple-resuelve-no enerva estipula una ganancia de 70 para **X** (lo que corresponde a la diferencia entre 150 y 80), mientras que **Y** se lleva una pérdida de 30, equivalente a la diferencia entre su antigua y nueva valoración del flamante Mazda. Por último, el último cuadro de ganancias refleja una pérdida de 50 para **X**, equivalente a la diferencia entre 100 (el precio que recibe de **Y**), y 150 (el nuevo costo que tenía para él el auto); mientras que una recompensa de 30 para **Y** (150-120).

En esta hipótesis simplificada de juego bajo la interpretación tradicional de la oportunidad de la excepción de pago, existe un solo equilibrio y resulta decidor, la única respuesta que nos proporciona la inducción hacia atrás es el equilibrio consistente en la decisión de **X** de no contratar. En cualquiera otra situación, está bajo una posición dominante por parte de **Y**. Lo que interesa resaltar aquí es que el equilibrio que se logra en el mismo juego bajo la interpretación moderna es distinto, como ilustra la siguiente figura:

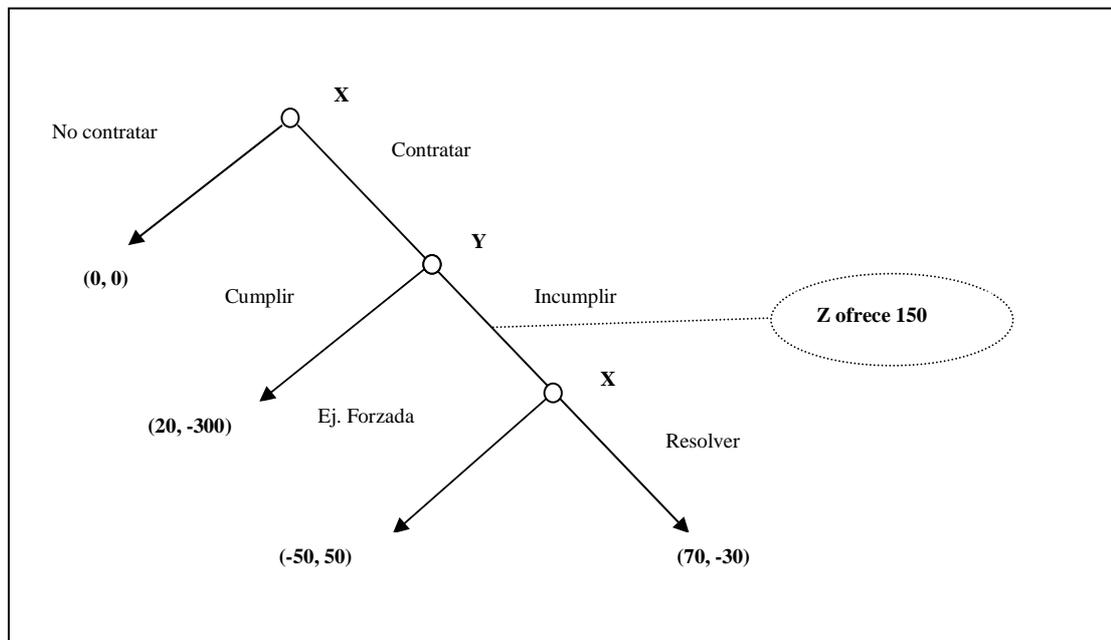


Figura 10

De esta figura, el único esquema de recompensas que pudiese requerir explicación expresa, vendría a ser el último en orden descendente, que equivale al último, a su vez, de la figura predecesora. La opción de resolver implica que las partes vuelven a su estado inicial, es decir, **X** recupera el Mazda, mientras que **Y** no pagó nada por él, pero tampoco se lo queda. Los valores, entonces, sólo se explican por la diferencia que se produjo entre el valor del Mazda en un principio, y luego de la generosa oferta del jugador **Z**.

También resulta diáfano el equilibrio que aquí se llega, y corresponde a contratar-incumplir-resolver, lo que plasma una diferencia radical con el equilibrio logrado en la figura anterior. Dado el mismo caso, bajo la interpretación tradicional se llega al equilibrio de no contratar, mientras que en la interpretación moderna, se contrata.

En fin, y en conclusión, este capítulo ha tratado de demostrar cómo una y otra interpretación de la oportunidad de pago repercute en la dinámica estratégica de negociación entre las partes. Las partes al contratar toman en cuenta las posibles alternativas que les da la ley en caso de que las cosas no vayan precisamente como ellas hubiesen querido, en esta diferencia interpretativa la cosa no es distinta. Mientras que la tradicional le otorga un poder preferente a la parte incumplidora, la moderna le otorga la última decisión estratégica a la parte diligente, la diferencia no puede resultar más clara. Pero esta afirmación de por sí, no tiene por qué implicar que una alternativa es mejor que la otra. Esa valoración sólo se puede lograr a través de un criterio diferenciador; nosotros, y aún sospechando que coincidimos con los criterios de justicia, trabajamos en esta tesis con el criterio de la eficiencia. Uno de las articulaciones más antigua y clara de este criterio, viene dado por la regla de que se deben estimular los contratos eficientes, siendo estos aquellos en el existe una diferencia positiva entre el valor y el costo del bien que se trate. A través de los distintos juegos graficados precedentemente –en especial los 9 y 10-, se demuestra que la interpretación moderna es más proclive para garantizar ese norte. Asimismo, dado que la interpretación tradicional implica una carga para la parte diligente del contrato, las partes tienen incentivos para, buscando que se contrate, cambien convencionalmente de un remedio a otro. Esa negociación implica costos de transacción, los cuales pueden ser evitados por medio de la adopción de la interpretación moderna como regla por defecto del sistema legal.

Yendo aún más lejos, existen otro tipo de variaciones de los juegos anteriormente graficados que puede incluso ser más ilustrativos que éstos. Bajo la interpretación tradicional, una vez elegida la resolución por parte del jugador diligente, al otro jugador se le concede un monopolio sobre la última estrategia, y más peligroso aún, un plazo desmesuradamente largo para hacerla valer. Es de pensar que un jugador no diligente, pudiendo enervar hasta la vista de la causa en segunda instancia pudiese negociar con el otro jugador para que no se vea sometido a un juicio tan largo como el

jugador no diligente desee, y lo que es aún más dramático, que en muchas ocasiones al jugador diligente le convenga económicamente pagar por una salida del juicio a la parte no diligente. Estas como otras variaciones del juego sólo muestran el poder estratégico desmesurado que otorga a la parte incumplidora la interpretación tradicional. Esperamos haber dado por demostrado que la interpretación moderna es superior desde el punto de vista de la eficiencia.

Conclusiones.

Por medio de esta memoria de prueba se han tratado de abordar temas distintos pero a la vez relacionados. En la primera sección se hizo referencia al debate norteamericano de los remedios contractuales desde el punto de vista del análisis económico del derecho. De esta discusión se rescataron conceptos suficientes para realizar un primer análisis del sistema de remedios contractual chileno en general. Las conclusiones principales de esta sección pasan por describir nuestro sistema de remedios contractuales como una estructura compleja y sofisticada, que, a través de una larga evolución, va incorporando distintas variables para dar con un remedio adecuado ante un determinado incumplimiento contractual.

La segunda sección de esta memoria de prueba da cuenta de un debate íntimamente relacionado con uno de los principales remedios contractuales de nuestro ordenamiento jurídico, la condición resolutoria tácita. Esta disputa dice relación con la oportunidad para enervar la acción resolutoria por medio de la excepción de pago. Respecto a este problema, se identificaron, principalmente, dos posturas. La primera, y denominada aquí “tradicional”, y la segunda, que recibió el nombre de “moderna”. El análisis de la dogmática civil hizo llevar a la conclusión de que si bien, la interpretación moderna es más deseable desde el punto de vista de la eficiencia, la interpretación tradicional es la única aceptable dado el estado actual de la legislación vigente.

En la tercera y última sección de esta tesis, se tomó la idea que ya se había mencionado con anterioridad, de que la interpretación moderna es más eficiente que la tradicional, y se modeló, utilizando la teoría de juegos, la situación de ambas, dando por resultado que la moderna es claramente más eficiente. Esta conclusión sirve para avalar, a la vez, la pertinencia metodológica de la disciplina de teoría de juegos como herramienta complementaria al análisis económico del derecho. Una u otra

interpretación legal generan estructuras estratégicas distintas que, dado un caso en particular, pueden llevar a contratar o no hacerlo dependiendo de cuál sea la interpretación reinante.

De esta manera, y a modo de finalizar esta memoria de prueba, se presentan herramientas nuevas con las que trabajar la teoría legal, y, poder sugerir, con algún grado de evidencia, la conveniencia de la interpretación moderna por sobre la tradicional. Asimismo, y como en algún lugar de esta tesis se sugirió, los postulados que por medio de este trabajo se presentan sirven de enunciados de *lege ferenda* a la hora de analizar cualquier modificación legal o jurisprudencial. Y en qué mejor momento que este, ya que existen proyectos de reforma para nuestro Código de Procedimiento Civil. Es de esperar que los legisladores tengan en cuenta conclusiones como las planteadas por medio de esta tesis a la hora de revisar la tan problemática excepción de pago.

Bibliografía.

- ABELIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1993.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa i de la Promesa de Compraventa. Memoria de prueba. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Tomo II. 1917; Teoría de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica Cono Sur. 1998.
- ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio. Tratado de las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. 2004.
- BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H, y PICKER, Randal C. Game Theory and the Law. Primera Ed. Harvard University Press. 1994.
- BARROS BOURIE, Enrique. Justicia y Eficiencia como fines del Derecho Privado Patrimonial. Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el Sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Santiago. Lexis Nexis. 2005; Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica. 2006.
- BIRMINGHAM, Robert. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. Rutgers L.Rev. N° 273: 271-342, 1970.
- BULLARD, Alfredo. ¿Cuándo es bueno incumplir un Contrato? La Teoría del Incumplimiento eficiente: Ejecución forzada vs. Pago de Daños. Ratio Iuris. N°1. Lima. 1992.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Yale Law Journal. Vol.70. 1961.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Reglas de la Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Vistazo a la Catedral. Revista Themis. N°21: 63-86, 1992.

- CRASWELL, Richard. Contract Remedies, Renegotiation and the Efficient Breach Theory. South California Law Review. Vol. 61: 629-670, 1987-1988.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics. Vol. 3:1-28, 1960.
- COURNOT, Agustin. Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth. New York, A. M. Kelly, 1960.
- CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo X. Santiago. Ed. Nacimiento. 1937.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México. Fondo de Cultura Económica. 1997.
- CUNEO MACCHIAVELLO, Andrés. Informe en derecho, sobre el momento en que tiene lugar la resolución del contrato cuando se ejercita la acción establecida en el artículo 1.489 de Código Civil. Su consecuencia en cuanto a la oportunidad del pago. Revista Chilena de Derecho Privado. Vol. 3: 107-122, 2004.
- DAWKINS, Richard. The Selfish Gene. Oxford University Press. 1989.
- DAWSON, John P. Specific Performance in France and Germany. Michigan Law Review. N° 57: 495-528, 1958-1959.
- DE LA MAZA, Iñigo, y JANA, Álvaro. Una mirada al art. 1489. Revista Apuntes de Derecho Universidad Diego Portales. N° 5. 1999.
- ELGUETA ANGUITA, Augusto. Resolución de contratos y excepción de pago. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1981.
- FRIED, Charles. El Contrato como Promesa. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1996.
- FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. The Journal of Legal Studies. Vol. 18. N°. 1: 1-24, 1989.
- FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1992.
- GIBBONS, Robert. Un primer curso de teoría de juegos. Primera edición en español. Barcelona. Ed. Antoni Bosch. 1993.

- GOETZ, Charles y SCOTT, Robert. Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: A Theory of Efficient Breach. Columbia Law Review. N° 77: 554-594, 1977.
- KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. Michigan Law Review. N° 89: 215-295, 1990-1991.
- KENNEDY, Duncan. Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies. The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. 1998.
- KEYNES, John Maynard. General Theory of Employment Interest and Money. Macmillan. Londres. 1947.
- KOROBKIN, Russell y ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. California Law Review. N° 88: 1051-1144, 2000.
- KRONMAN, Anthony. Specific Performance. University of Chicago Law Review. N° 45: 351-382, 1977-1978.
- MAHONEY, Paul G. Contract Remedies: General. Encyclopedia of Law and Economics: 117-140, 1999.
- MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil, de las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Novena edición. 2000.
- NASH, John. The Bargaining Problem. Econometrica, N° 18: 155-162, enero de 1950; Equilibrium Points in n-Person Games. Proceedings of the National Academy of Sciences, N° 36: 48-49, enero de 1950.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. De la Resolución como ineficacia extrínseca de los contratos. Sin editar.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
- POSNER, Eric. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal. N°. 112: 829-880, 2002-2003.

- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown. 1975; *Análisis Económico del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica. 1998.
- POUNDSTONE, William. *The Prisoner's Dilemma*. New York. Doubleday. 1992.
- RAMOS PAZOS, René. *De las Obligaciones*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1999.
- RASMUSEN, Eric. *Juegos e Información*. Primera edición en español. Ciudad de México. Fondo de Cultura Económica. 1996.
- SCHWARTZ, Alan. The Case for Specific Performance. Yale Law Journal. N° 89: 271-307, 1979-1980.
- SHAVELL, Steven. Damage measures for breach of contract. Bell J. Econ: 466-490, 1980; Specific Performance versus Damages for Breach of Contract, working paper No. 532, Harvard Law School. 2005; Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. Texas Law Review. Vol. 84, N°. 4: 831-876, 2006.
- THALER, Richard. *Quasi-Rational Economics*. New York. Russel Sage Foundation. 1991.
- TREITEL, G. H. Some Problems of Breach of Contract. The Modern Law Review, Vol.30, N°.2: 139-165, 1967; Remedies for Breach of Contract. International Encyclopedia of Comparative Law, Tubingen. Y.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Vol. 7. 1973.
- ULEN, Thomas. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. Michigan Law Review. N° 83: 341-401, 1984.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1030352. 2006.
- VON NEUMANN, John y MORGENSTERN, Oskar. *The Theory of Games and Economic Behavior*. New York, Wiley. 1944.

- ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein. Introducción al Derecho Comparado. México. Oxford University Press. 2002.