



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO Y SU INCIDENCIA EN LOS
PRINCIPALES MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL ACREEDOR
INSATISFECHO**

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

Valentina Loreto Guevara Parra

María de los Ángeles Mufdi Guerra

Profesor guía: Nicolás Rojas Covarrubias

Santiago, marzo de 2017

Índice

Índice.....	2
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES	7
I. La noción del contrato	7
1. La evolución del fundamento de la obligatoriedad del contrato	8
2. La noción de contrato	21
3. Algunas conclusiones sobre la noción de contrato.....	33
II. La noción de incumplimiento.....	35
1. El incumplimiento en el Código Civil.....	35
2. La noción de incumplimiento.....	36
III. Mecanismos ante el incumplimiento.....	41
CAPÍTULO II. MECANISMOS DE TUTELA Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO	46
I. Ejecución forzada de la obligación o cumplimiento específico	49
1. Dispersión normativa respecto al cumplimiento forzado de la obligación	50
2. Límites al cumplimiento específico	55
II. La facultad resolutoria.....	58
1. Problemas de la regulación de la resolución en el Código Civil	59
2. Requisitos establecidos por la doctrina tradicional para la procedencia de la resolución	61
III. Indemnización de perjuicios.....	72
1. La noción de responsabilidad contractual.....	73
2. Dispersión normativa en la regulación de la indemnización de perjuicios	76
3. Naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar	76
4. Finalidad y funciones de la obligación de indemnizar	78

5.	Presupuestos de procedencia de la indemnización de perjuicios	80
6.	Concurrencia del cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios	86
IV.	Conclusiones	104
CAPITULO III. EL ROL DE LA CULPA EN EL SISTEMA DE REMEDIOS.....		105
I.	Concepto y evolución de la noción de culpa.....	105
1.	La consagración de la culpa en el Código Civil	106
2.	Noción de culpa: Elementos objetivos y subjetivos dentro de la institución.....	110
II.	La culpa en el concepto de incumplimiento.....	123
1.	Introducción	123
2.	El rol de la culpa en la noción de incumplimiento	124
III.	La culpa como presupuesto de hecho de los medios de tutela del acreedor	128
1.	Introducción	128
2.	Rol de la culpa en el cumplimiento forzado.....	128
3.	Rol de la culpa en la resolución.....	129
4.	Rol de la culpa en la indemnización de perjuicios	131
IV.	Conclusión.....	149
CONCLUSIÓN		152
Jurisprudencia citada		157
Bibliografía		158

INTRODUCCIÓN

El contrato es una institución fundamental del derecho civil y una manifestación cultural inherente del ser humano en sociedad; y, como tal, responde a ciertas ideas insertas en un contexto histórico específico. Por ello, no es sorprendente que el concepto jurídico de contrato sea permeado por un sinnúmero de razones externas o extrajurídicas, las que influyen y modifican su contenido.

Los objetivos del primer capítulo se refieren a esta relación. En efecto, el primer objetivo de este capítulo es fijar el contenido de ciertas nociones esenciales en materia contractual, tales como la noción de contrato, incumplimiento y remedios contractuales. Para ello, se analizará cómo y por qué la noción de contrato evolucionó desde el *acuerdo de voluntades entre las partes generadora de obligaciones respecto del deudor* (noción tradicional del contrato) a *mecanismo de colaboración entre contratantes para satisfacer intereses mutuos, basado en la autonomía de la voluntad* (evolución del concepto de contrato).

Según veremos, los fundamentos que justifican su obligatoriedad han incidido directamente en la evolución de la noción de contrato. Esto se explicaría debido a que el contrato es en principio y esencia un mecanismo ideado por el ser humano para crear obligaciones, que el ordenamiento jurídico reconoce, otorgando al acreedor un conjunto de mecanismos para velar por su cumplimiento. Así, el antecedente básico a partir del cual se estructura esta institución consiste en el fundamento que justifica su obligatoriedad, pues es en razón de ello que el ordenamiento otorga su protección.

Sobre este punto, proponemos que la evolución de los fundamentos que justifican su obligatoriedad son determinantes a la hora de evaluar su contenido conceptual, ya que si estos fundamentos cambian, lo hace también la propia institución del contrato. Este enfoque nos permitirá rastrear - volviendo incluso por los propios pasos que esta institución ha recorrido - y proponer las razones (extrajurídicas) que a nuestro juicio han incidido en la evolución del concepto de contrato.

Asimismo, el capítulo en cuestión busca analizar la evolución del concepto de contrato desde la perspectiva de lo que la doctrina ha denominado el “nuevo derecho de los contratos”. En este análisis revisaremos los principales conceptos asociados a la noción de contrato, en especial, la idea de incumplimiento, y los remedios contractuales que surgen de dicha situación jurídica.

En virtud del tratamiento que la doctrina del “nuevo derecho de los contratos” otorga a la noción de contrato, junto con el análisis de la evolución en torno a los fundamentos de su obligatoriedad, clarificamos la noción de contrato a la cual acudiremos en el resto de nuestro trabajo. Asimismo, en virtud de dicha noción, conceptualizaremos la idea de incumplimiento de manera objetiva y expondremos las herramientas que el ordenamiento jurídico otorga a las partes contratantes para reaccionar ante los incumplimientos.

El objetivo del segundo capítulo de este trabajo, es analizar el estado de la discusión en torno a los presupuestos o requisitos que exige el ejercicio de los tres remedios más importantes con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación contractual: la ejecución forzada, la resolución y la indemnización de perjuicios. En este desarrollo, asumiremos como punto de partida que nuestro ordenamiento jurídico no otorga un sistema unitario de remedios contractuales que permite distribuir los riesgos entre las partes contratantes, asumiendo como premisa fundamental la existencia de una dispersión normativa relativa a esta materia. Por ello, buscaremos no centrarnos únicamente en lo establecido por el Código Civil, sino que también, analizar estos remedios desde las exigencias económicas de la realidad actual, que se explican también en la evolución del concepto de contrato.

Finalmente, el tercer capítulo desarrollará el presupuesto de culpabilidad respecto a los diversos remedios contractuales, pues la evolución de la noción de contrato también ha replanteado el sistema de responsabilidad contractual aplicable al deudor. En efecto, en nuestra tradición ha primado un sistema basado en el principio de culpabilidad, el que muchas veces constituye uno de los presupuestos de procedencia de los remedios principales que nuestro ordenamiento le ofrece al acreedor para ver satisfecho su interés plasmado en el contrato. Frente a ello, presentamos una revisión crítica en torno al requisito de culpabilidad para el ejercicio de los remedios contractuales, especialmente respecto a la responsabilidad

contractual entendida en sentido estricto, bajo el paradigma de la indemnización de perjuicios. Lo anterior considerará la noción de contrato que hemos asumido, como mecanismo colaborativo, lo que incidirá en la de la prescindencia de la culpa como presupuesto de ejercicio de los mecanismos de tutela del acreedor.

CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES

Este capítulo tiene como objetivo fijar el contenido de ciertas nociones esenciales en materia de contratos, a las que se recurrirá en el desarrollo de este trabajo. En específico, analizaremos la noción de contrato, incumplimiento y remedio contractual.

I. La noción del contrato

Desde el punto de vista antropológico, la contratación es una manifestación cultural inherente a la vida del ser humano en sociedad¹. Es por ello que el contrato, institución fundamental del derecho civil, responde a ciertas ideas insertas en un contexto histórico específico, lo que debe tenerse en cuenta al momento de fijar su contenido.

En efecto, una de las principales funciones que le asignamos al contrato hoy, es la de ser una herramienta para la organización y previsión de nuestro futuro. Pero en las sociedades incapaces de abstracción conceptual, los individuos no podían dissociar el presente y el futuro, por lo que el contrato, más que un vínculo de interés principalmente económico, era una alianza total y mística; un cambio de estado, análogo al parentesco².

El contrato, como fenómeno económico, es concebido como el centro de la vida de los negocios y como una herramienta indispensable para el intercambio. Pero la aparente sencillez que envuelve a esta institución por su uso cotidiano en el tráfico económico, se diluye cuando nos aproximamos a ella desde un punto de vista exclusivamente técnico y jurídico.

Así, en la teoría del contrato existe una situación paradójica entre el fundamento del contrato y su conceptualización³. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia tanto del *common law* como del derecho continental, asumen un concepto de contrato ampliamente aceptado⁴; pero, pese a ello, los principales autores discuten y exponen una multiplicidad de aproximaciones,

¹ (Simental Franco, 2012, p. 353). En efecto, se encuentra documentada la existencia de antecedentes escritos de la celebración de contratos de compraventa de fincas y esclavos tres mil años antes de Cristo (López Santa María, 1985, p. 123).

² (López Santa María, 1985, p. 123)

³ (Benson, 2010, p. 29)

⁴ Por ejemplo, en nuestro país es unánimemente aceptado que el contrato, en los términos del artículo 1438 Código Civil (en adelante, "C.C."), es un acto jurídico bilateral que crea derechos y obligaciones.

incluso a veces irreconciliables entre sí, en torno a las razones que explican su obligatoriedad, elemento central de esta institución.

Por eso, creemos que para fijar el contenido del concepto de contrato es fundamental partir desde su noción más esencial, esto es, como mecanismo creador de obligaciones. Así, iniciaremos nuestro análisis entendiendo que el contrato es una fuente de obligaciones y, por ello es relevante responder a la interrogante de por qué éstos obligan. Estas respuestas han variado y dependido también de contextos históricos específicos. Creemos que su análisis nos permitirá aproximarnos a los diversos enfoques que ha asumido la institución del contrato.

A continuación, expondremos brevemente el desarrollo histórico del fundamento de la obligatoriedad del contrato, para luego vincularlo con la noción del contenido del contrato.

1. La evolución del fundamento de la obligatoriedad del contrato

El contrato es un mecanismo ideado por el ser humano para crear obligaciones. Por ello, consideramos que la evolución de los fundamentos que justifican su obligatoriedad es tan relevante, pues si estos cambian, también lo hace la institución del contrato.

A continuación, presentaremos tres aproximaciones que condensan las posturas de varios autores sobre los fundamentos de la obligatoriedad del contrato. La primera de ellas, que podemos llamar “aristotélica”, asume que la equivalencia objetiva de las prestaciones es constitutiva de la relación contractual. Tras ello, revisaremos la justificación “liberal”, que toma como base la voluntad de los individuos para justificar el vínculo obligatorio. Finalmente, expondremos brevemente justificaciones teleológicas que ven al contrato como un medio para la realización de un bien individual o social, como sería, por ejemplo, el bienestar de las partes o la eficiencia económica.

(i) El fundamento basado en la justicia sustantiva o aristotélica

La justicia, entendida en términos sustantivos, fue el primer principio acuñado para explicar el vínculo obligatorio que supone el contrato. Aristóteles justificó la obligatoriedad del contrato sobre la base de lo que él denominó “justicia correctiva”, que tenía lugar en los tratos mutuos entre individuos. Sostuvo que la justicia sustantiva exigía una equivalencia objetiva

de los bienes intercambiados, de modo que lo justo implicaba la igualdad aritmética de lo intercambiado⁵.

Así, el contrato obligaba porque era justo, lo que significaba la equivalencia, determinada mediante el valor de los bienes intercambiados⁶. La tradición aristotélica justificó la obligatoriedad de los contratos sobre la idea de justicia sustantiva; de modo que, tras una interacción entre individuos, ambos debían quedar en igual posición que aquella que tenían antes de dicha interacción.

Con todo, se puede afirmar que la noción del contrato basada en la justicia sustantiva también es concebible en el derecho romano⁷. Si bien en el derecho romano no se encuentran discusiones en torno a la fundamentación de la obligatoriedad del contrato, la reciprocidad de las obligaciones, entendida en términos objetivos, es un elemento integrante de la noción de contrato propuesto en aquella época.

Labeón (siglo I a.C.) elaboró por primera vez una categoría general de contrato, en la cual incluía todos los negocios fundados en la buena fe (típicos o atípicos), que obligaran

⁵ (Aristóteles, 1988, pp. 245 y ss.) Aristóteles asume que los bienes dados en intercambio tienen un valor intrínseco. El autor afirma que “[s]i, pues, existe en primer lugar la igualdad proporcional, y después se produce la reciprocidad, se tendrá el resultado dicho. Si no, no habrá igualdad y el acuerdo no será posible (...)” (Aristóteles, 1988, p. 249).

⁶ La forma del autor para establecer y determinar la igualdad en las cosas intercambiadas se posibilita mediante la introducción de la moneda “que es de algún modo, algo intermedio, porque todo lo mide, de suerte que mide también el exceso y el defecto (...)” (Aristóteles, 1988, p. 249).

⁷ Pese a que el derecho romano no haya conocido de una teoría general del contrato, existe, tanto en la época clásica como posclásica, la elaboración de conceptos fundamentales vinculados a la noción de contrato, tales como convenio, *syllanagma*, declaración de voluntad (aunque, por cierto, sin los alcances que tiene hoy) y la misma denominación de contrato, donde pese a no haberse conocido ni elaborado una teoría sistemática sobre la institución, las discusiones y definiciones de los juristas y comentaristas son aún vigentes, encontrándose en ellas los antecedentes de la teoría general del contrato (Esborraz, 2008, pp. 237-283; Guzmán Brito, 2006, pp. 73-134). Con todo, estos conceptos carecieron totalmente de una sistematización. La doctrina es pacífica en afirmar que ni los clásicos ni los posclásicos intentaron construir un esquema lógico de denominaciones y conceptos como los que conocemos hoy, es por ello que cierta parte de la doctrina ha señalado que sería inútil recurrir al Derecho Romano en búsqueda de respuestas para dilucidar este concepto (Ossorio y Morales, 1965, p. 1072).

La verdad es que disentimos de aquella postura, pues es en el derecho romano donde encontramos los antecedentes más antiguos y directos del contrato como institución. A pesar de que no sea discutida la ausencia de una teoría sistemática de esta institución (Esborraz, 2008, p. 240; Guzmán Brito, 2006, p. 119; López Santa María, 1985, p. 127), la aproximación a los comentarios de los juristas de la época de formación del sistema de derecho romano nos permite un acercamiento a las ideas que sirvieron de sustrato para la elaboración del derecho de Contratos moderno (Grosso, 2006, pp. 1-16).

recíprocamente a las partes (*synallagma*)⁸ en términos objetivos. Así, en las figuras convencionales generadoras de obligaciones recíprocas los efectos a cargo de las partes se justificaban recíprocamente, y por lo tanto constituían en sí una concretización de la buena fe, materializada como elemento constitutivo de los mismos y como justificación de su tutela jurídica. Se trata de una bilateralidad objetiva del efecto obligatorio, o sea sobre el nexo sinalgmático entre las diversas obligaciones. Así, en esta concepción del contrato⁹, las obligaciones correlativas no tienen su fundamento en el consentimiento, sino en la estructura objetiva de la relación¹⁰.

Tomás de Aquino, en el siglo XIII, retomó la noción de justicia sustantiva para justificar la obligatoriedad del contrato bajo la influencia de la teología y filosofía cristiana¹¹. Describió, a propósito del fraude en las compraventas, que el contrato debía establecerse con base en la igualdad del objeto, siendo la medida de las cosas útiles al hombre indicada por el precio,

⁸ Esta conceptualización llegó gracias a una cita de Ulpiano conservada por los compiladores justinianos en D. 50, 16, 19: "Labeón define en el libro primero del pretor urbano que unas cosas (asuntos) se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que "lo actuado" (*actum*) es una palabra general, ya sea que alguna cosa (asunto) se haga de manera verbal (*verbis*), <ya sea con documentos escritos>, ya sea mediante la entrega de una cosa (*re*), como en la estipulación (*stipulatio*), <o en los nomina transcriticia>, o en la entrega de otra parte (*ultra citroque obligatio*), lo que los griegos llaman *sinalagma* (*synallanagma*), como la compraventa, la locación-conducción, la sociedad <y el mandato>; "lo gestionado" (*gestum*) significa alguna cosa (asunto) hecha sin palabras" (D. 50,16, 19). Al respecto, Esborraz señala que el fragmento descrito contiene una definición de contrato por "género próximo y diferencia específica", en la que *definiendum* es *species* del *genus* "acto obligante" (es decir, acto lícito producto de obligaciones) y dentro de este género se distingue por el hecho de hacer nacer obligaciones recíprocas para las partes (*synállagma*). (Esborraz, 2008, p. 242).

⁹ Asimismo, esta concepción habría tenido un doble efecto. Por un lado, descompuso la catipartición de los modos de contraer obligaciones de Quinto Mucio Escévola, contraponiendo el contrato a los otros actos que hacen nacer obligaciones a cargo de una de las partes. Por otro lado, abrió la categoría contractual a los negocios atípicos sinalgmáticos, esto es, a todas las convenciones que no estaban dentro del género de los contratos consensuales del *ius Gentium*, siempre que hicieran nacer obligaciones recíprocas. Esto fue un enorme paso que permitió solucionar los problemas producidos por la creciente actividad comercial, que creó la necesidad de reconocer tutela jurídica a nuevas figuras negativas creadas a partir del acuerdo de las partes. En la doctrina nacional, López Santa María incluso ha llegado a afirmar que "[e]ste tránsito del contrato clásico (pocas figuras) al contrato postclásico (categoría general al que pueden reducirse infinitas figuras específicas) se opera, como es sabido, al conferirse plena eficacia al contrato innominado, al contrato carente de reglamentación, el que, a través de alguna de sus cuatro posibilidades originales ("doy para que des", "doy para que hagas", "hago para que des" y "hago para que hagas") adquiriría la potencialidad ilimitada que hoy tiene" (López Santa María, 1976, p. 26).

¹⁰ (Astuti, 1962), traducido por (López Santa María, 1985, p. 127).

¹¹ A diferencia de Aristóteles, "Tomás de Aquino conecta conceptualmente a las buenas acciones con el origen divino de las fuentes de normatividad. Es decir, tanto las reglas morales como las jurídicas se justifican, en última instancia, por su derivación racional de las normas cuya fuente radica en Dios. Las reglas jurídicas constituyen pautas de corrección moral, porque conducen a los agentes hacia el bien, por ende, a alcanzar la contemplación de Dios. Actuar correctamente es comportarse según las normas que guían a la criatura racional hacia su Creador. Por consiguiente, una acción contraria a la razón divina es pecaminosa porque distancia a la criatura al encuentro con su Dios" (Pereira Fredes, 2014, pp. 83-84).

para lo cual se inventó la moneda. Así, si el precio excedía el valor del objeto, se sobrepasaba la igualdad propia de la justicia¹².

Durante el siglo XVI, Tomás de Mercado marcó un punto intermedio dentro de esta concepción, ya que sostuvo que “el contrato para ser justo, pide igualdad, no en las personas que contratan (que esas pueden, y suelen ser muy diferentes) sino en las cosas que se contratan. Y éstas no en la naturaleza: sino solamente en el valor y estima”¹³. Su idea del dinero, aun cuando reconoce explícitamente su naturaleza convencional, mantiene pretensiones de una justicia sustantiva. El valor de la cosa está mediado por una serie de propiedades de carácter material, intrínseco, y es esta equivalencia la que permite la adherencia de la voluntad¹⁴.

Estos autores marcan una corriente de pensamiento cuyo elemento central era un supuesto valor objetivo de las cosas intercambiadas, que, si bien es mermado con el transcurso del tiempo, nunca fue superado del todo¹⁵.

Asimismo, es relevante revisar la evolución histórica en torno a la idea del precio justo en los contratos. Al respecto, De Mercado hace alusiones a elementos propios del mercado para poder determinar el precio¹⁶. Esto fue desarrollado por Adam Smith, quien sostuvo que “el precio de mercado bajará más o menos con respecto al precio natural¹⁷, según que la abundancia o la escasez del género incremente más o menos la competencia entre los vendedores, o según que éstos se muestren más o menos propensos a desprenderse

¹² (Aquino, 1998, p. 233)

¹³ (Mercado, 1975, p. 112)

¹⁴ Al respecto, el autor sostiene que “el vender, y comprar son actos de justicia conmutativa, virtud que consiste en guardar igualdad en los contratos (conviene a saber) que se dé tanto, cuanto se recibe, no en substancia (que en esto muy desiguales naturalezas son en la compra) sino en valor y precio” (Mercado, 1975, p. 161).

¹⁵ Un resabio actual de esta concepción lo encontramos en la institución de la lesión enorme regulada en el contrato de compraventa. En dicha institución, los artículos 1888 C.C. y siguientes se refieren a la idea del justo precio de la cosa.

¹⁶ El autor sostiene que, “puesto el precio para aumentarlo, o disminuirlo basta, o debe bastar una de tres circunstancias, o todas ellas. Conviene a saber, si hay ágora muchas más mercaderías, o muchas menos, que cuando se apreciaron, si hay muchos, o pocos compradores, o más, o menos dineros, y se suelen vender de contado. En esto parece evidentemente que cualquiera de estas razones debe bastar a los gobernadores, fieles ejecutores, para mudar la postura: que en las cosas que ellos no meten la mano, basta cualquiera dellas, sin que nadie lo ordene, ni advierta a mudar el precio (...)” (*sic*) (Mercado, 1975, p. 168).

¹⁷ Adam Smith sostiene que el precio natural se da “cuando el precio de una cosa es ni más ni menos que el suficiente para pagar la renta de la tierra, los salarios del trabajo y los beneficios del capital empleado en obtenerla, prepararla y traerla al mercado, de acuerdo con sus precios corrientes, aquélla se vende por lo que se llama su precio natural” (Smith, 1958, p. 54).

inmediatamente de la mercancía”¹⁸. Para este autor, el precio de mercado debe tender al precio natural al que se hace referencia¹⁹, el cual se asocia a las condiciones de un mercado libre y sin monopolios. Adam Smith está inserto en la tradición de pensamiento liberal que se expondrá a continuación, pues en virtud de su pensamiento empieza a tomar importancia la voluntad como fundamento del contrato. El precio deja de ser una muestra del valor de la cosa, pasando a ser el reflejo de la necesidad de la contraparte, siendo la aceptación de éste, lo que fundaría la obligatoriedad del contrato.

(ii) El fundamento liberal

a. Antecedentes del fundamento liberal

Una segunda tradición intelectual justificó en el principio de la autonomía de la voluntad la obligatoriedad del contrato, desestimando que el valor de las cosas sea intrínseco y objetivamente mesurable.

¹⁸ (Smith, 1958, p. 56). Al respecto, el autor señala que “el precio de mercado de cada mercancía en particular se regula por la proporción entre la cantidad de ésta que realmente se lleva al mercado y la demanda de quienes están dispuestos a pagar el precio natural del artículo, o sea, el valor íntegro de la renta, el trabajo y el beneficio que es preciso cubrir para presentarlo en el mercado (...). Cuando la cantidad de una mercancía que se lleva al mercado es insuficiente para cubrir la demanda efectiva, es imposible suministrar la cantidad requerida por todos cuantos se hallan dispuestos a pagar el valor íntegro de la renta, los salarios y el beneficio, que es preciso pagar para situar el artículo en el mercado. Alguno de ellos, con tal de no renunciar a la mercancía, estarán dispuestos a pagar más por ella. Por tal razón se suscitará entre ellos inmediatamente una competencia, y el precio de mercado subirá más o menos sobre el precio natural, según que la magnitud de la deficiencia, la riqueza o el afán de ostentación de los competidores, estímulos más o menos la fuerza de la competencia (...). Cuando la cantidad llevada al mercado excede a la demanda efectiva, no puede venderse entonces toda ella entre quienes estarían dispuestos a pagar el valor completo de la renta, salarios y beneficio que costó la mercancía hasta situarla en el mercado. Parte de ella tiene que venderse a los que están dispuestos a pagar menos, y este precio más bajo que ofrecen por ella, reducirá el de toda la mercancía” (Smith, 1958, pp. 55-56).

¹⁹ El autor señala que “[s]i alguna vez las remesas de mercaderías exceden la demanda efectiva, alguna de las partes componentes del precio se pagará por bajo de su tasa natural. Si la porción afectada es la correspondiente a la renta de la tierra, el interés de los dueños les inducirá a destinar parte de sus fincas a producir otros artículos, y si es el salario o el beneficio, el interés de los trabajadores, en uno de los casos, y el de los patrones, en el otro, les inducirá a retirar rápidamente una parte de su trabajo o del capital de este empleo. De este modo la cantidad que se ofrece en el mercado será, en poco tiempo, insuficiente para cubrir la demanda efectiva, y todas las diferentes partes de su precio volverán a su nivel natural y el precio global a su precio también natural. Si, por el contrario, la cantidad llevada al mercado fuese, en ocasiones inferior a la demanda efectiva, alguna de las partes componentes de su precio se elevaría por encima de su nivel natural. Si es la renta, el interés de todos los demás terratenientes hará que dediquen más tierra para el cultivo de ese fruto; si es el salario o el beneficio, el interés de los otros trabajadores y negociantes les obligará pronto a emplear más trabajo y más capital en la preparación de la mercancía y en el acarreo al mercado. La cantidad de mercaderías ofrecidas a los compradores pronto será suficiente para satisfacer la demanda efectiva, todos los componentes del precio bajarán pronto a su tasa natural, y el precio global a su precio natural” (Smith, 1958, p. 56).

Los primeros antecedentes del contrato como fruto de la voluntad, los encontramos en el derecho romano. En efecto, paralelamente a las corrientes apegadas a la tipicidad²⁰, se desarrolló una vertiente consensualista resaltando el elemento subjetivo como factor común de la institución contractual. Esta corriente definió el contrato como un convenio, esto es, un “acuerdo obligante” y no un “acto obligante”, como era planteado por Labeón²¹.

En este sentido, llegó a nosotros por intermediación de Ulpiano (D. 2,1,1,3) la opinión de Sexto Pedio (S. I y II), la que habría sido: “no hay ningún contrato que produzca (por su naturaleza) obligaciones, que no contengan en sí una convención, es decir, un acuerdo”. Posteriormente tanto Gayo²² (siglo II d.C.) como Ulpiano²³ (siglo III d.C.) tomarían como base esta formulación para plantear sus opiniones.

Pero sería Teófilo (s. VI d.C.), quien participó en la Codificación de Justiniano, el comentarista que realizó una interpretación sintetizadora de todo el material conservado de la institución del contrato. Así, en su Paráfrasis a las Instituciones de Justiniano, definió contrato como “...el acuerdo y el consentimiento de dos o más sobre la misma cosa (sobre el mismo conjunto de intereses), dirigido a crear una obligación, y a quedar el uno obligado hacia el otro”²⁴.

²⁰ Según Esborraz, “se fue desarrollando otra corriente más consensualista, que aun cuando se mantuvo apegada a la sistematización muciana/sabiniana de los modos de obligarse contractualmente, comenzó a poner el acento – aunque con diferentes alcances- sobre el elemento subjetivo/subyacente a ellas” (Esborraz, 2008, p. 245).

²¹ (Esborraz, 2008, p. 245)

²² A Gayo se le atribuye la formulación del consentimiento como elemento aglutinador del contrato, es decir, para Gayo el consentimiento o por lo menos la intención de obligarse es un elemento común de *todos* los contratos. Así, en su obra *Res cottidianae* corrige su primera clasificación de las obligaciones (“toda obligación nace o de contrato o de delito Gai. 3, 88), al agregar una tercera subcategoría, en la cual ubicó a los actos lícitos en los que falta la culpabilidad y los lícitos en los que estaba ausente el consentimiento, atribuyendo, por tanto, un carácter esencial al acuerdo de voluntades en el contrato (D. 44,1,7 pr.;D. 44, 7,5) (Esborraz, 2008, p. 246).

²³ Por otro lado, Ulpiano desarrolló una noción general de las convenciones, en la que el contrato formaba una subparte de ésta. Lo que hizo Ulpiano fue expandir la afirmación de Sexto Pedio (la *conventio* es un acto subjetivamente bilateral obligante) a dos subgéneros: (i) la del contrato integrada por figuras típicas y por los negocios sinalagmáticos atípicos que otorgan acción y, (ii) la del pacto, integrada por figuras atípicas no sinalagmáticos que solo reconocen una excepción. La doctrina ha señalado que a propósito de esta distinción “(...) comienza a confundirse en nuestra tradición jurídica la convención como genero al cual pertenece el contrato y como elemento del mismo, lo que se traducirá en el tropo de la sinécodque en el que incurrirán muchos Códigos Civiles modernos a definir la institución contractual por ‘género próximo y diferencia específica’ y por ‘partición’ (iniciado por los artículos 1101 y 1108 de Código civil de Francia de 1804” (Esborraz, 2008, pp. 246-247).

²⁴ (Esborraz, 2008, p. 247)

Con todo, ninguno de los comentaristas asentó a partir del consentimiento su postura sobre el contrato, es decir, el consentimiento en la época de formación del Sistema de derecho romano nunca fue el *único* elemento caracterizador de la institución²⁵.

Sin ahondar en los fundamentos filosóficos e históricos subyacentes, la doctrina indica que habría sido H. Doneau el artífice de la primera formulación de una categoría de contrato basada en el consentimiento o acuerdo de voluntades. Esta formulación fue la que terminó por prevalecer en el sistema contractual de las grandes revoluciones, al ser plasmada en el Código Civil francés, de la mano de Jean Domat y Robert Joseph Pothier, quienes sistematizaron y tradujeron a reglas jurídicas, ideas filosóficas y morales de sus antecesores, poniendo el acento en la autonomía de la voluntad²⁶.

Así, hoy se afirma sin dudas que la más influyente concepción de contrato ha sido aquella que lo sustenta en el dogma de la autonomía de la voluntad²⁷⁻²⁸. El querer o intención de las partes domina la formación, génesis o nacimiento del contrato y también sus efectos o consecuencias²⁹. Esta concepción moderna del contrato, entiende que la autonomía de la voluntad es el fundamento de la obligatoriedad del contrato respecto de las partes. Las teorías fundadas en la autonomía ven al derecho contractual como una institución legal que reconoce y respeta el poder de los individuos para producir cambios en sus relaciones interpersonales, bajo ciertos límites³⁰.

²⁵ Para Labeón, el acento estaba en la reciprocidad de las obligaciones, cuestión que también era importante para la corriente consensualista de la “escuela sabiniana/muciana” y para todos los comentaristas que tomaron estas opiniones como punto de partida. Por ejemplo, Gayo limitaba los alcances de la voluntad al indicar que las partes quedaban recíprocamente obligadas al cumplimiento de los límites del “principio de la correlatividad” (Gai. 3,137). Y como vimos, Teófilo tampoco escapa de la presencia del carácter recíproco de las obligaciones generadas por la convención.

²⁶ (Esborraz, 2008, p. 258)

²⁷ (Prado López, 2013, p. 12). Asimismo, se ha sostenido que “[e]l principio de la autonomía de la voluntad es la piedra angular de la teoría general del contrato y se enlaza íntimamente con el concepto de propiedad privada y de circulación de la riqueza. Está ligado también a uno de los grandes ideales de la revolución francesa: la libertad” (En: Figueroa Yáñez, 2011, p. 49)

²⁸ Así, el profesor López Santa María, define el contrato en su obra “*Los contratos (parte general)*” como el acuerdo de voluntades de las partes, siendo el contrato un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones, atribuyéndole a la voluntad de los contratantes un poder soberano para engendrar obligaciones (López Santa María, 2005, p. 3).

²⁹ (López Santa María, 2005, p. 3)

³⁰ (Benson, 2010, p. 37)

b. La voluntad como fundamento de la obligatoriedad del contrato

El profesor norteamericano Charles Fried desarrolla la idea de obligación moral de la promesa para explicar la obligatoriedad del contrato³¹.

El argumento de Fried puede ser explicado en dos pasos³². En primer lugar, el autor sostiene que existe una premisa previa o inicial, que da sentido a la fuerza del *compromiso*. Esta premisa señala que para que las promesas sean obligatorias en los casos particulares, debemos primero asumir que existe una convención general sobre la promesa³³ que ofrece a las personas la posibilidad de comprometerse a actuaciones futuras³⁴. Así, cuando se invoca la convención de prometer, existe un conocimiento general, de que las promesas deben cumplirse. Esto permite a los individuos crear en otros la expectativa de realización de actuaciones futuras, sólo porque se han comprometido a hacerlo³⁵.

Pero esta convención referida no permite explicar por qué es moralmente obligatorio cumplir la promesa si, luego de hacerla, el promitente se arrepiente de ella. Esta pregunta es respondida por Fried en el segundo paso de su argumento. Sostiene que la obligación de mantener una promesa se funda en el respeto a la autonomía individual y la confianza. Así, un individuo se encuentra moralmente obligado a mantener sus promesas porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos -morales- para que otro tenga la expectativa de que será cumplida. Quien reniega de su promesa, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar³⁶. De esta manera, la actuación que nos demanda una promesa no sólo hace referencia al actuar actual, sino que a la confianza respecto de una actuación futura. De ahí que la formulación de la promesa conlleva el valor

³¹ De hecho, es el propio autor quien señala que: “[l]a moral del deber establece una obligación general de mantener las promesas, de la que la obligación contractual es sólo un caso particular, aquel en que ciertas promesas han obtenido obligatoriedad jurídica además de moral. Pero puesto que el contrato es una promesa antes que ninguna otra cosa, debe cumplirse del mismo modo” (Fried, 1996, p. 31).

³² (Benson, 2010, p. 41)

³³ Esta convención general de la que nos habla Fried se relaciona con las diversas estructuras convencionales que se dan en la sociedad: como los juegos, las instituciones y las prácticas, y lo más importante, el lenguaje (Fried, 1996, p. 25).

³⁴ (Fried, 1996, pp. 24-27)

³⁵ (Benson, 2010, p. 42)

³⁶ (Fried, 1996, p. 30)

de verdad de la afirmación y, a su vez, importa necesariamente el compromiso a realizar algo que excede a la veracidad de la intención manifestada³⁷.

Siguiendo a este autor, la obligatoriedad del contrato se fundaría en el contenido moral del deber de su cumplimiento que entiende a la promesa como un instrumento generado por agentes morales libres, y cuya fuerza se sustenta en la confianza mutuamente depositada³⁸. Así, el efecto vinculante de la relación contractual es aceptable por el respeto a la promesa moral que un contratante efectúa a favor de otro cuando contrata, resultándole su promesa de comportamiento como normativamente apremiante, al generar legítimas expectativas sobre su conducta contractual en la contraparte³⁹.

En definitiva, el fundamento obligatorio del contrato radicaría en el dogma de la voluntad, con énfasis en la idea de confianza que se genera en la contraparte, de que se cumplirán las promesas establecidas de manera libre y voluntaria.

El dogma de la voluntad asume como presupuesto la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. En este contexto, el contrato se presenta como el mejor medio de arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de los contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico, siendo un arreglo “entre iguales”⁴⁰.

Con todo, la autonomía de la voluntad como fundamento del vínculo obligatorio no ha estado exento de críticas⁴¹, ligados principalmente a la intervención legislativa en el contenido del contrato.

³⁷ (Pereira Fredes, 2014, p. 90)

³⁸ (Pereira Fredes, 2014, p. 91)

³⁹ (Pereira Fredes, 2014, pp. 107-108)

⁴⁰ (López Santa María, 2005, p. 49)

⁴¹ Sobre este tema, cabe señalar que la autonomía de la voluntad como fundamento del valor vinculante de los contratos ha sido cuestionada por la doctrina. En efecto, una de las constataciones de estos cuestionamientos se evidencia en la significativa intervención del legislador en los vínculos contractuales entre particulares, presentándose tanto en la generación de los contratos como en la determinación de su contenido. El progresivo desplazamiento de la voluntad del ámbito contractual vigente desde comienzos del siglo XX, permite evidenciar las dificultades al momento de adscribir la cuestión de fundamentación de la fuerza vinculante del contrato, sobre la idea de autonomía de la voluntad (Pereira Fredes, 2014, p. 99). Un reflejo de lo anterior, se evidencia en lo que nuestra doctrina ha denominado “categorías contractuales” (López Santa María, 2005, pp. 123 y ss.), como los contratos tipo o los contratos de adhesión. Por otro lado, existen una serie de condicionamientos de política económica y de política social que hacen que el régimen jurídico o el contenido de determinados contratos no pueda dejarse tampoco al juego de la pura libertad contractual, porque ello supondría dejar a una de las partes, la

Estos cuestionamientos pueden ser superados si se analiza el fundamento vinculante del contrato desde otra perspectiva. En efecto, el profesor Dori Kimel, concilia la idea de autonomía personal como fundamento del vínculo obligatorio, con ciertos mecanismos formales de intervención legislativa dentro del contrato⁴².

económicamente más débil, a merced de la otra. Es por ello que se dota a través del legislador, de un contenido mínimo e irrenunciable a cierto tipo de contratos, como por ejemplo ocurre en contratos de trabajo o en contratos de arrendamiento (Díez-Picazo & Gullón, 1992, p. 33).

⁴² Este autor sostiene que “la autonomía personal es un ideal de auto-creación de las personas que ejercen el control sobre sus destinos. El desarrollo de una vida autónoma consiste en el ejercicio de actividades libremente escogidas, asociadas a sus propósitos y a sus relaciones interpersonales. De este modo, reconocer el valor de la autonomía personal conlleva la preocupación por configurar las condiciones necesarias para que las personas desarrollen una vida autónoma. Así, si las personas contraen voluntariamente obligaciones por medio de un contrato, la obligatoriedad de tales disposiciones emana del respeto de la autonomía personal de los seres humanos. Incumplir un contrato significa de esta manera faltar el respeto a la propia autonomía” (Kimel, 2003, p. 126) [Traducción libre].

Con todo, la autonomía personal es el primer supuesto al que debemos recurrir para fundar la obligatoriedad del contrato. Sin embargo, tal y como aclara el autor, este supuesto si bien es significativamente válido, sólo constituye un punto de partida a la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos. La autonomía personal al ser el punto de partida, no exige un respeto indubitado respecto a la fuerza vinculante de cualquier tipo de promesa, con independencia del contenido o sus implicancias, por el sólo hecho de ser una expresión de la libre voluntad de un agente jurídicamente capaz (Kimel, 2003, p. 126) [Traducción libre]. De esta manera, es posible reconocer casos en que, ya sea por la promoción de otros valores o por la prevención de indeseables consecuencias, se justifique tomar un curso de acción que no promueva la autonomía privada (Kimel, 2003, p. 127) [Traducción libre].

Lo anterior permite entender que existen ciertos factores extrínsecos a la idea de autonomía privada, que permiten limitarla. Un ejemplo ello se encuentra en materia de contratos de trabajo, donde existen buenas razones para implementar fines de justicia distributiva, como por ejemplo ocurre con la fijación de un salario mínimo, cuando otras formas de realizarlos resulten menos eficaces, más costosas o más intrusivas (Accatino, 2015, p. 51).

A su vez, es posible establecer limitaciones intrínsecas a la autonomía privada, las que derivan de la protección del propio valor de la autonomía (Accatino, 2015, p. 51). Así, la regulación de ciertos tipos de contratos, tales como las categorías contractuales enunciadas o las normas de protección a consumidores y trabajadores, se justifican bajo este paradigma ya que lo que buscan es hacerse cargo de quienes no cuentan con condiciones o medios suficientes para ejercer su agencia de individuos racionales (Pereira Fredes, 2014, p. 112), no pudiendo por tanto desenvolverse dentro del ámbito de su autonomía personal. De esta forma, la intervención regulatoria que en la actualidad experimenta el ámbito contractual no tiene que implicar necesariamente un socavamiento de la autonomía personal del agente moral, y con ello el desprestigio de la concepción liberal del contrato, pues dicha actuación legislativa lejos de ser incompatible con el respeto a la autonomía, es ciertamente exigida por ésta o por otros valores que deben ser considerados dentro de la contratación (Pereira Fredes, 2014, p. 70).

Del mismo modo, las intervenciones legislativas que ha experimentado el sistema contractual tampoco implican un socavamiento de la aspiración de neutralidad liberal. De la protección de la parte contractualmente más vulnerable frente a la más fuerte de la relación, se sigue que tales políticas no son neutrales respecto a los contratantes, así como no lo son sobre las cláusulas o contratos que se estiman incorrectos. La relación entre la autonomía personal y la neutralidad en el ámbito contractual es más compleja, pues la neutralidad se fundamenta en que el concurso de voluntades de las partes sea justo, reconociéndose como deseable que así sea, pero tal marco no puede serlo si existe un desequilibrio significativo entre ellas (Pereira Fredes, 2014, p. 70).

(iii) Justificaciones teleológicas modernas: el contrato como mecanismo para la realización de bienestar

Existen fundamentos a la obligatoriedad del contrato que buscan entender y justificar esta institución como un medio para la satisfacción del bienestar individual o social⁴³.

Dentro de ellas, encontramos una postura que retoma las ideas de Aristóteles y Tomás de Aquino, para establecer que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos se explica en base a dos virtudes que se determinan según sea el objetivo que ha tenido la celebración del contrato: la liberalidad y la justicia conmutativa (o correctiva).

En efecto, J. Gordley postula que la obligatoriedad del contrato depende de cuál de estas dos virtudes prevalece al contratar⁴⁴, de manera que sólo cuando el contrato cree una instancia de liberalidad o de justicia conmutativa, éste será obligatorio. Así, por ejemplo, un contrato en que una de las partes recibe una contraprestación absolutamente desproporcionada de lo que ha dado, sólo será obligatorio si en él va inmerso el valor de la liberalidad⁴⁵.

Se ha criticado esta postura por las diferencias sustanciales entre estas dos virtudes, ya que mientras la liberalidad es una virtud que tiene que ver principalmente con el carácter interno de una persona en el desarrollo de ciertas actividades, la justicia conmutativa es un requisito objetivo que puede ser determinado cuantitativamente y que debe ser respetado en la interacción con otros. Ambas virtudes pertenecen a categorías diferentes, por lo que es dudoso que puedan ser consideradas como fundamento de la obligatoriedad del contrato desde la misma perspectiva y asumiendo roles similares. También se critica que la liberalidad, como virtud propia del carácter del agente, resulta en general irrelevante para el análisis legal del contrato. De modo que, *prima facie*, la invocación de virtudes distintas a la justicia parece ser incompatible con el punto de vista jurídico⁴⁶.

⁴³ (Benson, 2010, p. 50)

⁴⁴ (Gordley, 1991, pp. 12-14)

⁴⁵ (Benson, 2010, pp. 50-51)

⁴⁶ Para un mayor desarrollo de estas críticas, ver: (Benson, 2010, pp. 50-51).

Por otro lado, Anthony Kronman sostiene que la idea de acuerdos voluntarios, idea central de la teoría liberal de la justicia en el intercambio, no puede ser entendida sino bajo un concepto de justicia distributiva⁴⁷.

El punto de partida del autor es el requisito de voluntariedad, siendo uno de los aspectos centrales del derecho de los contratos que dos o más personas hayan celebrado voluntariamente un acuerdo. Luego, asume la premisa de que cualquier intercambio supone que una de las partes tome una ventaja respecto del otro. Para saber cuándo la *advantage-taking* es permitida, el autor recurre al principio de la justicia distributiva, introduciendo el principio de *paretianismo*, que indica que está permitido aprovecharse de otro en una interacción contractual, sólo si hacerlo beneficia a la parte desaventajada o "explotada" en el largo plazo. Sin embargo, por razones prácticas, el autor agrega que el principio exige solamente que el bienestar de la comunidad que se ve perjudicada en un caso particular se vea incrementado en el futuro⁴⁸.

Para Kronman, esta formulación del principio *paretiano* respeta tanto la característica individualista como la igualitaria del principio de la libertad: según esta formulación, todas y cada una de las personas tienen el mismo derecho a que no se reduzca su bienestar con el único propósito de que aumente el de otro⁴⁹.

Una de las críticas que se ha formulado contra esta postura, radica en que el principio *paretiano* exige revisar más allá de la interacción inmediata entre las partes de un contrato determinado, pues la validez del contrato no va a depender de la interacción entre las partes propiamente tal, sino que se debe revisar la situación de las partes desaventajadas en toda una serie de transacciones posteriores. Lo anterior resulta de gran dificultad para la toma de decisiones por un tribunal, ya que es difícil realizar un análisis certero del futuro⁵⁰.

Finalmente, encontramos la teoría *law & economics*, que aplica teorías y métodos empíricos de la economía a las instituciones centrales del sistema legal, incluyendo diversas instituciones,

⁴⁷ (Kronman, 1980, p. 474)

⁴⁸ (Benson, 2010, p. 52)

⁴⁹ (Kronman, 1980, p. 488)

⁵⁰ (Benson, 2010, p. 54)

entre las que podemos mencionar al contrato, la propiedad, la negligencia, el procedimiento civil, penal y administrativo, etc.⁵¹

Una corriente de esta teoría indica que el contrato es una herramienta que permite promover e incentivar la cooperación mutua entre los individuos, lo que es deseable en términos de eficiencia; así la obligatoriedad del contrato estimula el intercambio y la cooperación entre los individuos⁵².

Por tanto, el contrato debe ser obligatorio para incentivar la cooperación entre las partes, disminuyendo los factores de riesgo e incertidumbre que se establecen al negociar. Además de la cooperación entre los individuos, la obligatoriedad de los contratos se justifica en base a la eficiencia, siendo el primer propósito del derecho de los contratos el de permitir que los individuos conviertan los juegos de soluciones ineficientes en juegos de soluciones eficientes⁵³.

Según la teoría económica del Derecho, los contratos valen porque son una herramienta de maximización de la utilidad social, manifestando como propósitos del derecho de contratos el "obtener el compromiso óptimo de cumplir"⁵⁴ y "la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes"⁵⁵, no

⁵¹ (Posner, 1975, p. 759)

⁵² (Cooter & Ulen, 1999, p. 238). Estos autores sostienen, en referencia a un caso en que el vendedor pide al comprador que pague ahora por la entrega futura de bienes, que "las dos partes de este ejemplo desean que la promesa del vendedor sea exigible en el momento en que se hace. El comprador cauto desea el carácter exigible a fin de proveer un incentivo para el cumplimiento del vendedor y un remedio para el incumplimiento del vendedor. El vendedor desea el carácter exigible a fin de inducir al comprador a hacer la compra. Al volver exigible la promesa, el tribunal puede dar a ambas partes lo que desean. En esa forma promoverá el intercambio y estimulará la cooperación al reducir la incertidumbre y el riesgo" (Cooter & Ulen, 1999, p. 238).

⁵³ (Cooter & Ulen, 1999, p. 241)

⁵⁴ (Cooter & Ulen, 1999, p. 243). Un ejemplo que utilizan los autores para explicar la idea de cumplimiento óptimo, se explica bajo la idea de que una de las partes celebra un contrato para hacer entrega de un bien, ignorando que surgirán negocios urgentes después de la promesa. Si sucede así, el costo del cumplimiento puede subir, pues el cumplimiento utiliza recursos escasos que se requieren en otra parte. En estas circunstancias, es posible que el costo elevado del cumplimiento supere al beneficio. En cambio, si la misma parte no tiene negocios urgentes, es posible que el costo del cumplimiento sea bajo, porque el cumplimiento utiliza recursos excedentes que no se requieren en otra parte. En estas circunstancias, el beneficio del cumplimiento puede exceder a su bajo costo. En general, las variaciones ocurridas en el costo de oportunidad de los recursos afectan el costo del cumplimiento (Cooter & Ulen, 1999, p. 246).

⁵⁵ (Cooter & Ulen, 1999, p. 260)

siendo necesario el cumplimiento absoluto de todos los contratos, sino que respaldándolo en caso de que aumente la utilidad social⁵⁶.

(iv) Algunas conclusiones

La justificación de la obligatoriedad del contrato presenta un amplio desarrollo, cuya revisión en detalle excede el propósito de este trabajo. Con todo, a partir de lo enunciado consideramos que las justificaciones sobre su obligatoriedad inciden directamente en la construcción de la noción de contrato asumida.

El fundamento liberal, basado en la autonomía de la voluntad de los individuos, persiste actualmente como la justificación más relevante de la fuerza obligatoria de los contratos; pero no es el único. Estimamos que, a la hora de dotar de fundamento al contrato, este debe ser relacionado con otras instituciones de carácter económico y social, tales como la eficiencia económica o la justicia distributiva.

Esta evolución en torno al fundamento de la obligatoriedad del contrato permite abordar el cambio de enfoque a propósito de la noción de contrato, relacionado con el deber de colaboración entre los contratantes para satisfacer sus mutuos intereses. Pues, como veremos, el contrato hoy es entendido como un mecanismo de colaboración entre los contratantes, basado en la autonomía privada de los individuos.

2. La noción de contrato

La noción de contrato tiene como punto de partida la autonomía de la voluntad⁵⁷. Este principio fundamenta el vínculo contractual que nace entre las partes, que compele al deudor a cumplir con lo obligado. Es por esto que el contrato se ha entendido como un acuerdo de voluntades entre las partes, y una fuente de obligaciones respecto del deudor.

⁵⁶ Así, según el Análisis Económico del Derecho, en ciertos casos se justifica que se incumpla el contrato, pues el incumplimiento puede ser eficiente, en la medida que se compense al acreedor en su expectativa rota. A partir del incumplimiento eficiente, todos los participantes deben encontrarse en una mejor posición en comparación a su condición anterior a la contratación (Pereira Fredes, 2014, p. 98).

⁵⁷ El profesor Enrique Barros Bourie sostiene que “[e]l contrato es el instrumento dinámico de la economía y es la expresión más fuerte de la autonomía en el ámbito estrictamente jurídico” (Barros Bourie, 2009b, p. 297).

Debido a su complejidad, cuando hablamos de noción de contrato ésta puede ser abordada desde múltiples perspectivas⁵⁸. En este apartado desarrollaremos la noción tradicional del contrato, que lo concibe como fuente de obligaciones y pone énfasis en la prestación a que se encuentra obligado éste.

Con todo, esta noción ha evolucionado hacia una que enfatiza en el interés de las partes y la forma en que éstas garantizan la satisfacción de este interés mediante el contrato.

Esta evolución de la noción tradicional fue plasmada, en términos normativos, por primera vez en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, celebrada en Viena en 1980, en adelante “la Convención de Viena”. Como veremos, esta evolución es relevante, ya que, al modificar el entendimiento tradicional de la noción del contrato, se altera también la noción de cumplimiento o incumplimiento del mismo, así como el sistema de remedios y acciones con que cuenta el acreedor ante el incumplimiento.

(i) El contrato como el deber de conducta del deudor. Análisis y visión crítica

El contrato tradicionalmente fue entendido desde la perspectiva del deudor, esto es, como una fuente de obligaciones mediante la cual surgen deberes específicos de conducta para él. Esta característica también dotaba de sentido al vínculo obligatorio.

En este sentido se ha manifestado la doctrina nacional. El profesor Jorge López Santa María sostiene que el concepto habitualmente aceptado del contrato reposa en el acuerdo de voluntades de las partes, siendo el contrato un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones respecto del deudor⁵⁹. René Abeliuk, indica que es la “convención generadora

⁵⁸ Cuando hablamos de la noción de contrato en la actualidad, es posible abarcar dicha noción desde distintos puntos de vista. Se ha sostenido que el contrato tiene al menos tres modos de ser entendido. El primero, como un acuerdo de voluntades de que surgen obligaciones para las partes. Esta primera noción de contrato, se condice con lo establecido en nuestro Código Civil, que define en el artículo 1438 C.C. al contrato como un acto por el cual una parte se obliga con otra. En este entendimiento de contrato, lo que resalta es la idea de deber, siendo el contrato una fuente de deberes y obligaciones. El segundo modo de entender el contrato lo encontramos en el *Restatement* segundo de contratos (§1), que entiende al contrato como una promesa para cuyo incumplimiento la ley concede remedios, poniendo de manifiesto la importancia de que, ante un incumplimiento existan remedios ofrecidos para satisfacer el interés de la parte acreedora. Finalmente, el contrato puede ser entendido como un instrumento de configuración de la realidad jurídica (de relaciones jurídicas) (Morales Moreno, 2014, p. 39).

⁵⁹ (López Santa María, 2005, p. 25)

de derechos y obligaciones, o prescindiendo en la forma ya clásica del aspecto activo de los créditos, como la convención que da nacimiento a obligaciones”⁶⁰. Arturo Alessandri Rodríguez sostiene que “si el acuerdo o concurso de voluntades tiene por objeto crear obligaciones, recibe el nombre específico de contrato. Podemos definirlo como la convención generadora de obligaciones o bien el acuerdo de las voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones”⁶¹.

Así, dentro de la concepción tradicional del contrato se identifican dos elementos fundamentales: el factor obligacional, y el contrato como acuerdo de voluntades.

El efecto obligacional implica que el contrato exige del deudor ciertos deberes de conducta (la prestación), que pueden consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (la prestación). Esta construcción, aunque pueda parecer bastante clara, se critica por ser limitada, pues sólo contempla los deberes de conducta específicos del deudor, sin considerar la vinculación contractual desde la perspectiva del acreedor (desde la satisfacción de su interés)⁶².

El segundo elemento constitutivo de la noción tradicional, se relaciona con los fundamentos liberales de esta institución, expuestos *supra*, que asumen que el dogma de la autonomía de la voluntad sostiene su obligatoriedad. Así, se recalca que el contrato es el fruto o producto de un acuerdo de voluntades entre las partes.

Sobre la base de la idea de acuerdo de voluntades, se subraya por una parte el carácter voluntario del contrato, y por otra, la posición recíproca en que se encuentran las voluntades de las partes, en el sentido de que el contrato, en cuanto acuerdo, revela una lograda composición de intereses y la preparación de efectos de conjunto, sobre los cuales coinciden las voluntades de las partes⁶³.

⁶⁰ (Abeliuk Manasevich, 2009a, p. 59)

⁶¹ (Alessandri Rodríguez, 2009, p. 3)

⁶² (Morales Moreno, 2014, p. 78)

⁶³ (Messineo, 2007, p. 69)

(ii) La evolución de la noción de contrato

Los críticos de esta visión han desarrollado un nuevo concepto de contrato, que se inserta en lo que la doctrina ha denominado el “Nuevo derecho de los contratos”⁶⁴⁻⁶⁵. Esta evolución de la noción de contrato se estructura sobre la idea del propósito práctico del negocio jurídico, desarrollada por el profesor Federico de Castro.

En efecto, Antonio Morales Moreno, siguiendo al profesor Federico de Castro, sostiene que el negocio jurídico debe ser entendido, no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance, esto es, como un medio para organizar los particulares sus propios intereses⁶⁶.

También indica que la idea de obligación de los sistemas continentales, refleja una visión parcial del fenómeno de las relaciones obligatorias, centrado en el concepto de derecho subjetivo y en la conducta exigible al deudor. Así, el derecho de crédito es concebido como el poder del acreedor sobre ciertas manifestaciones concretas de la conducta del deudor (la prestación)⁶⁷, lo que constituye un enfoque parcial de la relación obligatoria, pues excluye la postura y el rol que le cabe al interés del acreedor dentro de la obligación.

Este nuevo planteamiento puede ser entendido siguiendo dos pasos. El primer paso consiste en asumir como premisa fundamental que el contrato es un instrumento con el que los sujetos regulan sus relaciones jurídico-económicas, con la finalidad de conseguir sus

⁶⁴ Dentro de los elementos que integran el “nuevo derecho de los contratos”, encontramos la Convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, celebrado en Viena, los principios de derecho Europeo de los contratos (en adelante “PECL”), los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (en adelante “PICC”), la Directiva N° 44 de 1999 sobre ventas de consumo del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (99/44/CEE), la reforma al BGB del año 2002, entre otros (En: Vidal Olivares, 2007a, pp. 43-44).

⁶⁵ El instrumento jurídico que mayor influencia ha ejercido en la discusión del estado del Derecho de Contratos es la Convención de Viena. Esta Convención fue uno de los modelos utilizados en la redacción de los PICC y, a su vez, en el ámbito de la Unión Europea, esta Convención tuvo gran influencia en los PECL. “En el marco de la Unión Europea los nuevos principios de la contratación se plasman en los *Principles of European Contract Law*, preparados por *The Commission on European Contract Law*, que ha estado presidida por LANDO. La función de estos Principios es parecida a la de los de UNIDROIT. Pero, además, pretenden sentar las bases para el desarrollo de un futuro Código civil europeo de obligaciones” (En: Morales Moreno, 2014, p. 30).

⁶⁶ (Morales Moreno, 1983, p. 1530)

⁶⁷ (Morales Moreno, 2014, p. 76)

particulares propósitos. De esta manera, debe tomarse en consideración que, al obligarse una parte mediante un contrato, lo hace con el objetivo de satisfacer a través de su ejecución, determinados intereses. Por tanto, la tarea del ordenamiento jurídico es privilegiarlos y poner a disposición de las partes los mecanismos para lograr su plena satisfacción.

De este modo, el contrato debe ser entendido como una ordenación de cooperación, mediante la cual las partes disciplinan una determinada situación con miras a satisfacer sus intereses, siendo su principal objetivo reglar un conjunto de expectativas, riesgos y circunstancias de acuerdo con las previsiones que han tenido en cuenta o que la ley ha establecido dispositivamente, para que con ellas se obtenga el propósito que desean⁶⁸.

En este contexto, la prestación, en cuanto objeto de la obligación, es un cauce que permite la realización de fines y de intereses de tipo empírico o práctico; y la relación obligatoria un instrumento de cooperación entre individuos, donde el deudor compromete su cooperación y empeña su comportamiento para que el acreedor obtenga satisfacción en su interés⁶⁹.

Sobre este punto, es necesario precisar qué se entiende por satisfacción del interés de las partes. Una manera de concebir este punto, es la planteada por Federico de Castro, quien relaciona el propósito práctico con lo que las partes buscan satisfacer mediante el contrato en casos concretos. Así, lo que las impulsa normalmente a la adquisición de una cosa y a dar un precio por ella no es tanto su propia esencia o identidad sino la función o utilidad que de un modo mediato o inmediato se espera obtener de ella⁷⁰.

Consideramos que la idea de propósito práctico que atiende a la función o utilidad que las partes quieren ver satisfechas en un caso concreto por intermedio del contrato constituye un elemento esclarecedor sobre lo que debe ser el interés de las partes. Sin embargo, estimamos que dicha manera de concebir el interés contractual debe ser delimitado, en el sentido de que el propósito que los contratantes quieren ver satisfechos mediante el contrato debe atender precisamente a lo que el contrato dispone y a la forma en que éste distribuye los riesgos.

⁶⁸ (Alcalde Silva, 2013, p. 30)

⁶⁹ (Díez-Picazo, 2008a, p. 703)

⁷⁰ (Morales Moreno, 1983, p. 1530)

El contrato constituye, además de un mecanismo de colaboración entre las partes, un medio de distribución de riesgos. Desde un punto puramente económico, el contrato es un instrumento que permite negociar a las partes sobre los riesgos, siendo por ejemplo relevante el precio que las partes fijen para una prestación. También permite delimitar el interés buscado por las partes, pues como veremos, estas no pueden invocar cualquier interés que desearían ver satisfecho⁷¹, sino que solamente el plasmado en el contrato y que se condice con la manera en que han distribuido los riesgos mediante éste.

Asimismo, el contrato, como veremos en el Capítulo II, constituye un mecanismo de distribución de riesgos ante un incumplimiento contractual, que permite dilucidar con qué acciones y remedios cuenta el acreedor ante el incumplimiento, según los presupuestos adicionales de procedencia de cada uno de éstos⁷².

De esta manera, el interés del contrato no tiene que ver necesariamente con el interés económico o fin último que ha llevado a las partes a celebrar el contrato, sino que con el interés que las partes han podido plasmar en el contrato y, en virtud del cual han distribuido los riesgos económicos.

El segundo paso consiste en entender que la vinculación contractual entre deudor y acreedor deja de considerarse únicamente como un deber de conducta específico del deudor, y pasa a ser concebida como una garantía del resultado de satisfacción del interés del acreedor, en la medida que este interés se encuentre protegido en el contrato. De este modo, el contrato traspa los límites del mero cumplimiento del deber de prestación, pasando el deudor a estar obligado a satisfacer el interés del acreedor, en base al contenido del contrato⁷³.

Lo anterior se condice con la forma en que Federico de Castro ha definido al negocio jurídico, esto es, como la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos⁷⁴.

⁷¹ Bajo este supuesto la noción de incumplimiento que revisaremos *supra* sería extremadamente amplia e ilimitada.

⁷² (Barros Bourie, 2009a, p. 156)

⁷³ (Morales Moreno, 2014, p. 78)

⁷⁴ (Morales Moreno, 1983, p. 1533)

Esta idea, de entender el vínculo contractual como una garantía del resultado⁷⁵, permite que el interés concreto del acreedor, que surge a partir de la celebración del contrato, esté garantizado por el deudor, de modo que el contrato ofrece al acreedor mecanismos para dar efectividad o para garantizar la satisfacción de su interés⁷⁶.

Con todo, afirmar que el deudor garantiza un resultado – un nivel de satisfacción del interés del acreedor- supone que la vinculación contractual puede referirse al cumplimiento de deberes de conducta, como a hechos, situaciones, estados de la realidad que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor⁷⁷.

Esta idea del contrato como garantía del resultado se relaciona con el modelo de contrato del *common law*, en el prevalece la idea de que la parte que incumple se expone a una sanción, cualquiera que ésta sea⁷⁸. El *common law* considera que, en principio, todos los contratos se acompañan de una garantía a cargo del deudor, pues si este no honra o ejecuta su promesa, se produce responsabilidad por “incumplimiento”, con independencia de que este haya incumplido sus deberes. Si no se obtiene el resultado prometido, ello implica que no se ha observado la garantía proporcionada, lo cual produce el incumplimiento⁷⁹.

Este cambio en el enfoque respecto al entendimiento y contenido del contrato altera la manera en que, como veremos, se concibe la noción de incumplimiento y el sistema de remedios. También, como revisaremos en el tercer capítulo de este trabajo, la noción de contrato como garantía de resultado, permite prescindir de la noción de culpabilidad en el concepto de incumplimiento, independizando el ejercicio de los remedios contractuales de la concurrencia del factor de imputación subjetivo.

⁷⁵ Respecto a la garantía del resultado de satisfacción del interés del acreedor, el profesor Morales Moreno se ha inspirado en la tradición del *Common Law*. Dicho autor ha señalado: “[c]omparando la idea continental del contrato con la del *Common Law*, Zweigert & Kötz señalaron, hace algunos años, de modo muy acertado, que la diferencia del *Common Law* se halla en que éste concibe el contrato como una promesa de garantía” (Morales Moreno, 2014, pp. 76 y ss.).

⁷⁶ (Morales Moreno, 2014, p. 82)

⁷⁷ (Morales Moreno, 2006b, pp. 19–20)

⁷⁸ (Alcalde Silva, 2013, p. 35)

⁷⁹ (Zweigert & Kötz, 2002, p. 532)

Respecto a este nuevo entendimiento sobre el contenido del contrato nos referiremos a la forma en que se ha de construir y descubrir el interés de las partes, particularmente del acreedor, para entender cuando este interés no ha sido satisfecho. Para ello trataremos brevemente la idea de construcción de la regla contractual.

También nos referiremos a la medida en que esta nueva noción contractual resulta conciliable con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, y justificaremos brevemente las razones que explican este cambio en el enfoque del derecho de contratos:

a. La construcción de la regla contractual

Como señalamos, el fin del contrato consiste en la satisfacción de los intereses de las partes. Este fin será determinado caso a caso, dependiendo de los intereses que las partes buscan satisfacer con la celebración del contrato.

Para evitar incertidumbre y arbitrariedades, es necesario que el interés de las partes, particularmente del acreedor, emane precisamente del contrato. Para ello, la doctrina ha desarrollado la construcción de la regla contractual. Esta consiste en un conjunto normativo conformado por las normas imperativas de necesaria aplicación en el contrato⁸⁰, y la declaración de voluntad; lo que presupone la interpretación de la voluntad de las partes, debidamente integrada por las fuentes dispositivas⁸¹.

En efecto, en la construcción de la regla contractual se distingue el proceso de interpretación, de la declaración de voluntad. Esta interpretación, tiene por fin determinar el significado y alcance de lo querido por las partes, es decir, de la autonomía privada, para lo cual se acude a las reglas de interpretación contractual del Código Civil.

⁸⁰ Estas normas son indisponibles para las partes, por lo que su autonomía de la voluntad no puede excluirlas ni modificarlas. Un ejemplo clásico de normas imperativas, son aquellas que establecen los elementos de la esencia de los actos jurídicos.

⁸¹ (Vidal Olivares, 2000, p. 219). Por fuente dispositiva en este caso, debemos entender las fuentes que consagra el artículo 1546 del C.C., y que son la ley dispositiva y la costumbre, cuando la primera se remite a ella. La aplicación de las normas dispositivas supone el agotamiento de la labor interpretativa de la declaración de voluntad, siendo sólo aplicables si el intérprete concluye que existe una laguna en el contrato que debe suplirse por la ley dispositiva, que son aquellas normas que consagran una regulación de los intereses de los particulares, estimada como la más adecuada, considerando aquella que usualmente se dan las personas razonables. Respecto a estas normas, las partes pueden renunciar a ellas, haciendo uso de su libertad contractual, pero en caso de lagunas en el contrato, es posible recurrir a ellas para construir la regla contractual.

La construcción de la regla contractual, si bien presupone la interpretación e integración de la voluntad, requiere también la heterointegración del contrato, que consiste en la ordenación de la regla contractual en términos objetivos, al margen de cualquier consideración subjetiva, apoyada en la idea de “voluntad presumible”, y que atiende a cada una de las fuentes de que pueden provenir las diferentes disposiciones contractuales (voluntad de las partes, prácticas por ellas establecidas, usos del tráfico, norma legal o costumbre supletoria, etc.)⁸².

De esta manera, es posible entender la regla contractual incluso ante regulaciones incompletas o insuficientes en la declaración de voluntad, pues éstas se integran a ella, ya sea por corresponder a lo que hubiesen entendido personas razonables en el lugar de las partes, es decir, bajo la idea de la “voluntad presunta” según las normas de interpretación integradora; o, porque viene ordenado por normas dispositivas de carácter objetivo supletorias de la declaración de voluntad⁸³.

Con todo, la regla contractual no se limita a la literalidad del acuerdo, pues el deudor puede quedar obligado más allá de lo expresado en el contrato⁸⁴. Así, también es relevante el principio de buena fe objetiva, establecido en el artículo 1546 C.C., pues permite determinar la regla contractual en el caso concreto, y establecer qué es lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer para cumplir con el contrato, y así satisfacer el interés del acreedor.

(iii) El contrato como mecanismo de protección de los intereses de las partes en el Código Civil

A continuación, analizaremos si nuestro ordenamiento jurídico permite acoger esta evolución en torno al contenido del contrato, con sus respectivas consecuencias en materia de incumplimiento.

Con todo, consideramos que el Código Civil en ocasiones es criticado injustamente por quienes lo indican obsoleto o extemporáneo, exigiendo una gran reforma. Además de presentar soluciones para los problemas jurídicos por más de 150 años, muchas de las

⁸² (Vidal Olivares, 2000, p. 211)

⁸³ (Vidal Olivares, 2000, p. 211)

⁸⁴ (De La Maza Gazmuri & Vidal Olivares, 2014, p. 19)

nociones “tradicionales”, emanan de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, y no reflejan necesariamente su texto.

Parte de nuestra doctrina ha afirmado que ciertas normas contenidas en el Código Civil permiten, en virtud de su plasticidad, ser adaptadas a las necesidades del derecho contemporáneo⁸⁵, pudiendo adoptarse y acogerse la evolución de la noción de contratos en Chile⁸⁶.

En efecto, son diversas las disposiciones del Código Civil a las que se ha recurrido para solventar la evolución que ha tenido la noción del contrato. Así, se ha señalado que el texto del artículo 1438 C.C. no especifica con claridad el contenido del concepto de contrato. Esta amplitud permitiría adaptar a nuestro ordenamiento esta evolución, que pone énfasis en el propósito de los contratantes y en la garantía de satisfacción por parte del deudor⁸⁷.

El principio de buena fe objetiva del artículo 1546 C.C. establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. A partir de esta regla, es posible afirmar que de cada obligación podrían derivarse intenciones o propósitos que pese a no haber sido declarados, son necesarios para la total satisfacción de la obligación de que se trata⁸⁸, en sintonía con este nuevo concepto.

Por otro lado, los intereses que han tenido las partes al momento de contratar, son fundamentales en esta evolución del concepto de contrato que hemos revisado. Esta visión es consistente con el inciso segundo del artículo 1555 del C.C., cuyo texto indica que el “objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato”, lo que es identificable con aquellos intereses que pretendían satisfacer las partes con la celebración del contrato⁸⁹.

⁸⁵ (Prado López, 2013, p. 50)

⁸⁶ Vemos que esto ya ha ocurrido en otras instituciones contempladas en el Código Civil. Particularmente, respecto a la responsabilidad civil extracontractual, cuyas disposiciones han permanecido casi invariables desde la dictación del Código Civil, existe una larga evolución en cuanto a la interpretación del Título XXXV del Libro IV, que ha permitido el desarrollo de esta institución, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

⁸⁷ (Prado López, 2013, p. 52)

⁸⁸ (Prado López, 2013, p. 51)

⁸⁹ (Prado López, 2013, p. 53)

También se ha señalado que el artículo 1568 del C.C. al disponer que el “*pago es la prestación de lo que se debe*”, supondría la realización íntegra del plan contractual previsto por las partes al acordar el contrato y, por ende, involucraría todas las obligaciones que surgen de él⁹⁰.

Por tanto, sin la necesidad de una reforma legislativa, se puede adoptar esta evolución del contenido del contrato, entendiendo que el vínculo obligatorio que de él emana, incluye el deber de conducta del deudor, así como la garantía de satisfacción del interés determinado del acreedor (la garantía de dicho resultado).

A continuación, indicaremos por qué consideramos deseable la adopción de este cambio en el enfoque respecto al contenido del contrato.

(iv) ¿Por qué es deseable que el contenido del contrato garantice la satisfacción del interés del acreedor?

La evolución descrita *supra*, permite entender que el contrato es una ordenación de cooperación mediante la cual las partes disciplinan una determinada situación con miras a satisfacer sus intereses, cuyo objetivo primordial es reglar un conjunto de hechos, finalidades, expectativas, circunstancias, riesgos y estados de la realidad de acuerdo con las previsiones que las partes han tenido en cuenta o que la ley ha establecido dispositivamente, para que con ellas se obtenga el propósito deseado por aquéllas. La mayoría de las veces esa regulación de intereses será fruto del acuerdo consensuado de los contratantes para determinar ciertos aspectos de la relación jurídica que las une, pero la fuerza obligatoria que se reconoce al contrato no proviene de ese ejercicio de la autonomía individual; antes bien, ésta la presupone⁹¹.

Las fuentes y antecedentes de la convención de Viena⁹², primer estatuto jurídico en plasmar objetivamente la evolución de la noción de contrato⁹³, emanaron de diversos sistemas legales;

⁹⁰ (Prado López, 2013, p. 53)

⁹¹ (Alcalde Silva, 2013, p. 29)

⁹² Esta Convención tuvo como antecedentes los trabajos realizados desde 1930 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que llevaron a la adopción en 1964 de dos Convenciones de La Haya, una relativa a la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías y otra a la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías relativa a los derechos del comprador y vendedor, pero como esas convenciones no fueron redactadas por países representantes de todas las

siguiendo, por razones prácticas, la estructura del *common law* para unificar internacionalmente la compraventa de mercaderías⁹⁴.

En esta tradición, prevalece la idea de que la parte que incumple su compromiso se expone a una sanción jurídica, cualquiera que ésta sea. Esta idea se encuentra plasmada en la primera parte del *Restatement* segundo de contratos (§1), que establece que el contrato es una promesa o un conjunto de promesas por cuyo incumplimiento el ordenamiento jurídico otorga un remedio. La atención está puesta, entonces, no en los particulares deberes que el contrato ha generado para las partes, sino principalmente en la garantía de resultado a cargo del deudor que con él se ha creado⁹⁵.

regiones del mundo, no lograron tener una aceptación mundial, siendo objeto de muchas críticas por cuanto reflejaban principalmente las tradiciones jurídicas y realidades económicas de la Europa continental occidental. En razón de lo anterior, las Naciones Unidas encargó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que elaborara una convención que tuviera esa recepción mundial, por lo que se creó un grupo de trabajo que analizó todos esos precedentes con la colaboración de los juristas más destacados en la materia; en 1978 se produjo un proyecto de Convención unificada que se denominó proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que tuvo una aceptación más amplia por parte de los países con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos. Por tal motivo, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó una Conferencia Diplomática en Viena (Austria) en abril de 1980 para examinar el proyecto de Convención, en la que los Estados presentes adoptaron por unanimidad el texto de la Convención el día 11 de abril, redactado en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, entrando en vigor el 1 de enero de 1988, con el título de Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

La Convención tiene por finalidad dotar de un régimen moderno, uniforme y equitativo a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, así como dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales, ya que en su redacción participaron una gran variedad de países de todas las regiones del mundo (Villalta Vizcarra, 2016, p. 35).

⁹³ Según el artículo 30 de la Convención de Viena, el vendedor está obligado a entregar y transferir la propiedad de los bienes que reúnan las características estipuladas en el contrato, junto con los documentos pertinentes, en un tipo de obligación que se expone de manera detallada en los artículos 31 a 44 de la Convención. Si el vendedor entrega bienes que no coinciden con la descripción contenida en el contrato (con independencia de que carezcan de un aspecto estipulado contractualmente, una cualidad que haya sido garantizada o una característica necesaria para el uso normal o de que, en suma se trate de bienes equivocados), si entrega en exceso o demasiado poco, de forma prematura o tardía o en el lugar incorrecto, o si la ejecución resulta defectuosa en otro sentido, tenemos un incumplimiento que permite al comprador ejercer los derechos otorgados en el artículo 45, incluido el derecho a entablar una demanda por daños y perjuicios. Sólo hay una provisión en la Convención que libera a las partes de una operación de compraventa de la responsabilidad por incumplimiento, y es lo dispuesto en el artículo 79, que ordena que no podrá imputarse a la parte de un contrato la inejecución de sus obligaciones contractuales si demuestra que dicha falla se debió a un impedimento que escapaba a su control y el cual no podía, en términos razonables, prever a la conclusión del contrato, como tampoco prevenir o superar el impedimento mismo o sus consecuencias (Zweigert & Kötz, 2002, pp. 543-544).

⁹⁴ (Magnus, 2010, p. 74)

⁹⁵ (Alcalde Silva, 2013, p. 34)

Así, esta nueva comprensión se aproximó al modelo de contrato de la tradición del *common law*⁹⁶; pues, a diferencia de los sistemas continentales, en ella se considera que, en principio, todos los contratos se acompañan de una garantía. Si no se cumple con el resultado prometido, no se ha observado la garantía proporcionada, siguiéndose el incumplimiento⁹⁷.

La pregunta, entonces es, ¿por qué la Convención de Viena optó por el enfoque del *common law* en este punto? Creemos que la respuesta se relaciona con que este modelo refleja en mejor sentido la evolución de los fundamentos del contrato, los que han incidido directamente en la gestación de la evolución de este concepto. Como vimos, se ha ido superando la idea de que el contrato se funda en un concepto objetivo de valor que justifica la contraprestación centrado en el deudor, pasando a ser un instrumento con un fin colaborativo que beneficia a ambas partes.

En efecto, durante la época de dictación del C.C., el contrato era concebido como la fuente del deber de conducta del deudor, generándose obligaciones que se justificaban por la idea de justicia sustantiva, entendida en términos objetivos⁹⁸. Sin embargo, hoy la finalidad del contrato es que cada parte proporcione a la otra un beneficio o que actúe de una manera conducente a procurarle esa ventaja o beneficio⁹⁹, por lo que el contrato debe ser percibido a la luz del interés positivo que persiguen recíprocamente las partes, de modo que el incumplimiento del contrato puede ser calificado a la luz de la insatisfacción del beneficio esperado¹⁰⁰.

3. Algunas conclusiones sobre la noción de contrato

Consideramos que la noción de contrato que resulta deseable en el estudio de los diversos mecanismos de tutela respecto del acreedor, corresponde a aquella que entiende que la

⁹⁶ (Díez-Picazo, Roca Trías, & Morales Moreno, 2002, p. 128)

⁹⁷ (Zweigert & Kötz, 2002, p. 532)

⁹⁸ Pese a la opinión común, la fuerza obligatoria que se reconoce a todo contrato válidamente celebrado no es una consecuencia de la autonomía de voluntad, dado que éste es un principio de origen kantiano ajeno a la mentalidad de la temprana codificación decimonónica y que sólo fue introducido por los comentaristas de la escuela de la exégesis de manera posterior. La formulación que justifica la fuerza obligatoria de los contratos proviene de Jean Domat, para quien dicha obligatoriedad era una consecuencia de considerar que el contrato es justo (Alcalde Silva, 2013, pp. 26-27).

⁹⁹ (Barros Bourie, 2009b, p. 297)

¹⁰⁰ (Barros Bourie, 2009b, p. 287)

relación obligatoria de las partes, involucra intereses de ambos contratantes, a los que se debe acudir para precisar la idea de cumplimiento, en razón de la satisfacción de dichos intereses.

En virtud del enfoque descrito, podemos concluir que el contrato constituye un mecanismo de colaboración entre las partes que presenta diversas finalidades:

- i. El contrato permite la transferencia de bienes y servicios, de manera eficiente, de unas manos a otras, procurando su empleo o aprovechamiento óptimo, mediante su intercambio o reparto;
- ii. El contrato al ser un mecanismo de satisfacción de intereses de las partes¹⁰¹ permite, en términos prácticos, dar todo su alcance a la autonomía de la voluntad, pues no se busca que la autonomía quede desprovista de toda importancia, sino que más bien, se atiende de mejor manera a la verdadera voluntad de los particulares, según los intereses que se han plasmado en el contrato. De esta manera, no se desconoce el rol que le cabe a la voluntad como fundamento del valor vinculante de los contratos, pues la voluntad constituye precisamente un elemento que promueve la consecución de intereses de los contratantes;
- iii. El contrato es un mecanismo de atribución de riesgos en diversos sentidos. En un primer sentido, el contrato es un instrumento para negociar sobre riesgos en un sentido puramente económico. Por ejemplo, el comprador y el vendedor convienen en prestaciones recíprocas que estiman convenientes al momento de contratar¹⁰². Es por ello que se puede sostener que el contrato es un instrumento económico que favorece el desplazamiento de recursos desde una persona que los posee hacia quien le asigna mayor valor, de modo que cada operación contractual tiende a incrementar marginalmente el bienestar general¹⁰³. Sin embargo, el intercambio puede o no tener resultados ventajosos, según sea el curso futuro de, por ejemplo, el precio de un bien determinado. Precisamente porque el contrato distribuye riesgos en este sentido económico, los cambios en el valor futuro de las prestaciones no afectan su eficacia obligatoria, salvo en circunstancias por completo imprevisibles y extraordinarias¹⁰⁴.

¹⁰¹ (Prado López, 2013, p. 11)

¹⁰² (Barros Bourie, 2009a, p. 154)

¹⁰³ (Barros Bourie, 2009b, p. 297)

¹⁰⁴ (Barros Bourie, 2009a, p. 154)

En un segundo sentido, la pregunta sobre riesgos se relaciona con la noción de incumplimiento contractual, y, un paso más allá, se pregunta por las acciones y demás remedios a que da lugar ese incumplimiento y, en particular, como revisaremos *infra*, en el segundo capítulo de este trabajo, con los requisitos adicionales de procedencia de cada uno de ellos¹⁰⁵;

- iv. El contrato permite el aseguramiento de las expectativas en las relaciones interpersonales. El contrato garantiza un resultado respecto a la satisfacción de los intereses del acreedor, siendo relevante, por tanto, no su comportamiento o los esfuerzos que pone el deudor para dicha satisfacción, sino que, efectivamente el acreedor vea satisfecho su interés. Sobre este punto volveremos en el Capítulo III de este trabajo;
- v. Finalmente, podemos señalar que esta evolución en la noción de contrato permite reestructurar el entendimiento que ha existido tradicionalmente en torno a la noción de incumplimiento y los mecanismos ante el incumplimiento con que cuenta el acreedor, lo cual será desarrollado a continuación.

II. La noción de incumplimiento

La evolución que ha tenido la noción de contrato también ha influido en el concepto de incumplimiento.

Por ello, revisaremos su regulación en el Código Civil y la noción establecida por la doctrina; además de evaluar la necesidad de interpretar este concepto a partir del nuevo paradigma contractual expuesto *supra*.

1. El incumplimiento en el Código Civil

El Código Civil no contempla una definición de incumplimiento ni tampoco regula sistemáticamente el tema.

Con todo, algunas de sus normas distinguen entre incumplimiento y retardo. Por ejemplo, el artículo 1553 C.C. dispone “es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación”; los artículos 1534 y 1535 C.C. en el mismo

¹⁰⁵ (Barros Bourie, 2009a, p. 156)

sentido, distinguen entre “inejecución” y “retardo”, así como también el artículo 1558 C.C., al señalar que los perjuicios deben ser una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. Se podría sostener que el artículo 1555 C.C. agrega la categoría del cumplimiento imperfecto, cuando a propósito de las obligaciones de no hacer, se señala que “si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo”.

Por su parte, el artículo 1556 C.C., se refiere al incumplimiento a propósito de la indemnización de perjuicios, precisando que el incumplimiento que justifica la indemnización (que comprende el daño emergente y lucro cesante) puede provenir de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento.

A partir de este artículo, se ha distinguido el incumplimiento total y parcial. El incumplimiento es parcial si la obligación no se ejecuta en todas sus partes; mientras que este es parcial si se cumple imperfectamente o no se cumple en la oportunidad correspondiente.

Con todo, estimamos que el Código Civil no contempla una noción de incumplimiento contractual unitaria que comprenda las diversas modalidades que éste puede adoptar. Es por ello que la doctrina ha desarrollado e interpretado las disposiciones del Código Civil para dotar de contenido a la noción de incumplimiento, como pasaremos a revisar.

2. La noción de incumplimiento

(i) La noción tradicional de incumplimiento

El profesor Luis Díez-Picazo indica que la idea de incumplimiento puede ser analizada desde el punto de vista del deudor o del acreedor. Desde la óptica del deudor este, se relaciona con la infracción del deber jurídico que le incumbía; mientras que, desde la óptica del acreedor, se vincula con la insatisfacción del interés plasmado en el contrato¹⁰⁶.

¹⁰⁶ (Díez-Picazo, 2008a, p. 647)

Respecto al enfoque desde el deudor, el jurista español indica que “al contemplar el incumplimiento desde la perspectiva del deudor se produce un entrecruce en la configuración de la idea estricta de incumplimiento con criterios valorativos de la conducta del deudor. Procede ello, probablemente, de la idea de que el contrato y, en general también la obligación son fuentes de deberes jurídicos y que el deudor que incumple – o no cumple – infringe deberes jurídicos que le atañen”¹⁰⁷. Y, por ello, no es extraño que se considere necesario un *examen valorativo* de la conducta del deudor para averiguar la participación que ésta ha tenido en el resultado, de modo que sólo incumple de verdad aquél a quien el incumplimiento le es imputable¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

En la doctrina nacional encontramos autores que comparten el punto de vista expuesto. René Abeliuk, define al incumplimiento como el no pago, esto es, la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella¹¹⁰. Pese a esta conceptualización objetiva de incumplimiento (en el sentido de no atribuirle importancia a la culpa o dolo del deudor), este autor al clasificar los incumplimientos, distingue entre el incumplimiento voluntario e involuntario, señalando que si bien el incumplimiento es objetivo, a la ley no le puede ser indiferente la razón, la causa que lo provoca, tomando por ello en cuenta el elemento subjetivo de la actuación del deudor para determinar su responsabilidad¹¹¹. Así, para Abeliuk, es importante determinar si el deudor ha dejado de cumplir por su propia voluntad o sin ella, lo que determina la procedencia de los remedios contractuales que la ley establece en favor del acreedor.

Fernando Fueyo sostiene que hay incumplimiento de las obligaciones cuando el deber de prestación no actúa ajustándose a las normas que rigen el pago o cumplimiento establecidos en el Código¹¹². Al respecto, señala que el Código Civil establece las hipótesis generales de incumplimiento en el artículo 1556 C.C., que son la inexecución de la obligación, el

¹⁰⁷ (Díez-Picazo, 2008a, p. 647)

¹⁰⁸ (Díez-Picazo, 2008a, p. 648)

¹⁰⁹ Cabe aclarar sobre este punto que esta exposición hecha por el profesor Díez-Picazo no corresponde a la postura que él asume sobre este tema, como se evidencia en: (Díez-Picazo, 2008a, p. 648 y ss.).

¹¹⁰ (Abeliuk Manasevich, 2009a, p. 793)

¹¹¹ (Abeliuk Manasevich, 2009a, p. 793). Este entendimiento de responsabilidad del deudor es tratado por Abeliuk en sentido amplio, refiriéndose no sólo a la indemnización de perjuicios, sino que también al cumplimiento forzado de la obligación.

¹¹² (Fueyo Laneri, 2004, p. 252)

cumplimiento imperfecto y el cumplimiento atrasado¹¹³. Indica también que es posible graduar el incumplimiento atendiendo a sus causas, señalando la posibilidad de que el incumplimiento se produzca por caso fortuito o fuerza mayor, excluyendo la responsabilidad; o que se trate de un incumplimiento inexcusable¹¹⁴, definido como aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta¹¹⁵.

De las conceptualizaciones de Abeliuk y Fueyo se evidencia que nuestra doctrina atiende a elementos subjetivos de imputabilidad para conceptualizar al incumplimiento. Esto es criticable, pues dificulta que el acreedor logre la satisfacción del interés que lo motivó a contratar, toda vez que al momento de evaluar la existencia de incumplimiento por parte del deudor- requisito básico para ejercer los remedios contractuales- se atiende al juicio de reproche sobre su conducta, más que a su interés insatisfecho¹¹⁶.

Esta visión subjetivista del incumplimiento se vincula con la concepción clásica de contrato, en la que es concebido como un vínculo jurídico que genera deberes, así al infringir el deudor *la ley del contrato* el ordenamiento reacciona, pero con un criterio valorativo, pues se está reprochando la conducta del deudor. De este modo, la noción de incumplimiento se vincula indisolublemente al concepto de culpa¹¹⁷.

Esta forma de entender el incumplimiento, desde un ámbito subjetivo que analiza la imputabilidad de la conducta respecto del deudor, se explica debido a que para muchos incumplir hace necesario realizar un juicio de reproche respecto del deudor, debido a que incumplir resulta incorrecto, reprochable.

En efecto, una de las justificaciones más relevantes sobre la fuerza vinculante del contrato se relaciona con el valor de la promesa y la confianza que se deposita en ella, como entes

¹¹³ (Fueyo Laneri, 2004, p. 252)

¹¹⁴ (Fueyo Laneri, 2004, p. 254)

¹¹⁵ (Fueyo Laneri, 2004, p. 256), en relación a Federico Puig Peña.

¹¹⁶ (Mejías Alonzo, 2008, p. 463)

¹¹⁷ (Mejías Alonzo, 2008, pp. 459 y ss.)

autónomos¹¹⁸. Así se afirma que “un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos -morales- para que otro tenga la expectativa de que será cumplida. Quien reniega de ella, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar. Abusar de esta confianza es como (pero sólo como) mentir: es aprovecharse de una institución social compartida que tiene por objeto apelar a los lazos de confianza”¹¹⁹.

(ii) La evolución de la noción de incumplimiento

Estimamos que existen buenas razones para entender el incumplimiento desde un punto de vista objetivo. A continuación, revisaremos la evolución que ha tenido la noción de incumplimiento a partir del “nuevo derecho de contratos”, con el objetivo de analizar las ventajas que ofrece dicha evolución.

El incumplimiento es definido por esta perspectiva como “toda desviación del programa de prestación convenido que conlleve a una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer al momento de la celebración del contrato”¹²⁰, todo ello en consideración del propósito práctico que las partes le han dado al contrato. Así, puede existir incumplimiento, pese a que el deudor haya desplegado alguna actividad, pues si esta actividad no se conforma con el programa de prestación convenido existe incumplimiento.

El incumplimiento contractual por lo general se muestra recíprocamente en la insatisfacción del beneficio o interés económico que el acreedor tiene derecho a esperar de su deudor. A su vez, la privación de este beneficio es determinante de las pretensiones que el derecho reconoce al acreedor. Todas las acciones y derechos del acreedor (entre ellas, la ejecución forzada, la indemnización de perjuicios, la resolución, etc.), tienen por antecedente común la frustración de la expectativa que el acreedor tenía derecho a ver satisfecha en razón del contrato¹²¹.

¹¹⁸ (Fried, 1996, pp. 19 y ss.)

¹¹⁹ (Fried, 1996, p. 30)

¹²⁰ (Mejías Alonzo, 2008, p. 475)

¹²¹ (Barros Bourie, 2009b, p. 304)

De esta manera, el incumplimiento se relaciona con la insatisfacción de un interés del acreedor, siendo el concepto que articula el conjunto de pretensiones y mecanismos ante el incumplimiento reconocidas al acreedor.

Este concepto de incumplimiento se caracteriza por su amplitud y neutralidad¹²². En cuanto a la amplitud, se afirma que el incumplimiento abarca cualquier manifestación de la falta de realización de las exigencias del contrato, que producen insatisfacción en los intereses del acreedor (que deben encontrarse plasmados en el contrato, habiéndolos garantizado el deudor). De esta manera, el acento se pone en la perspectiva de la satisfacción o insatisfacción del acreedor¹²³, comprendiendo diversos supuestos de incumplimiento que van desde casos en que el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación prometida, o aquellos en que el deudor lleva a cabo actos dirigidos a cumplir y ejecutar la prestación, pero la efectivamente realizada no coincide o no se ajusta con el programa de prestación¹²⁴.

Respecto a su carácter neutro, el incumplimiento expresa la falta de ejecución o realización del contrato y la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. No exige, en cambio, ningún nivel de imputación subjetiva del deudor. Las consecuencias del incumplimiento no pueden ser consideradas como una sanción al deudor¹²⁵.

Respecto a este punto es necesario hacer una distinción. Se discute, en primer lugar, si dentro del concepto de incumplimiento es necesario un juicio de reproche al deudor en general, respecto a todo tipo de obligaciones. Existen argumentos a favor y en contra de lo anterior, aunque como ya señalamos, consideramos deseable optar por una noción objetiva y neutra de incumplimiento.

¹²² (Morales Moreno, 2014, p. 87)

¹²³ (Díez-Picazo, 2008a, p. 649)

¹²⁴ (Díez-Picazo, 2008a, pp. 654-655)

¹²⁵ (Morales Moreno, 2014, p. 88)

Pero, por otro lado, se discute si el concepto objetivo de incumplimiento es aplicable a las obligaciones de medios o este tipo de obligación exige culpa como requisito del incumplimiento¹²⁶. Esta discusión será tratada en el tercer capítulo de este trabajo.

Respecto a la primera discusión, esto es, en relación a optar por una idea de incumplimiento neutra y objetiva, ajena a las razones por las cuales el incumplimiento pudo ocurrir, hemos dicho que ella resulta deseable. Lo anterior se explica debido a que entender el incumplimiento desde la óptica de insatisfacción del acreedor, permite que éste, ante cualquier desviación de las obligaciones que impone la regla contractual, tenga a su disposición una serie de pretensiones o remedios que el derecho concede sobre la base de este presupuesto común, que es el incumplimiento¹²⁷.

Así, para el ejercicio de cada pretensión o remedio en específico se deben analizar sus requisitos especiales de procedencia. En cambio, si se asume una noción subjetiva de incumplimiento en todos aquellos casos en que la insatisfacción del acreedor no sea imputable a la conducta del deudor (pensemos por ejemplo en los casos de imposibilidad inicial), el acreedor se vería privado de ejercer pretensión alguna en su favor.

Por tanto, esta nueva noción de incumplimiento, centrada en la insatisfacción del interés del acreedor, abre el camino para obtener una respuesta por parte del ordenamiento jurídico, orientada a la repartición de los riesgos entre los contratantes, todo ello mediante el sistema de remedios que integran el contenido de la responsabilidad contractual¹²⁸⁻¹²⁹.

III. Mecanismos ante el incumplimiento

La doctrina clásica ha señalado consistentemente que en caso de incumplimiento del deudor el ordenamiento reacciona otorgándole al acreedor la posibilidad de reestablecer esta situación mediante tres vías, la acción de cumplimiento forzado, la acción de indemnización y los derechos auxiliares del acreedor.

¹²⁶ (Barros Bourie, 2009b, pp. 305-306). Asimismo: (Barros Bourie, 2009a); la opinión contraria: (Morales Moreno, 2014, p. 90 y ss.).

¹²⁷ (Barros Bourie, 2009b, p. 307)

¹²⁸ Entendida la responsabilidad contractual en términos amplios, es decir, como aquella responsabilidad que se produce por el incumplimiento contractual y que puede dar lugar a uno o más remedios por parte del acreedor. La responsabilidad contractual en sentido estricto, como veremos *infra*, coincide con el remedio indemnizatorio.

¹²⁹ (Morales Moreno, 2006b, p. 30)

A este grupo de acciones y derechos se les ha denominado *los efectos de las obligaciones*, siendo esta la nomenclatura tradicional adoptada por la doctrina y jurisprudencia para agrupar las consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento de una obligación desde la perspectiva del acreedor. Esta relación también se explica por la vinculación que tiene la institución del contrato con la obligación heredada del derecho romano.

Parte de la doctrina moderna nacional¹³⁰, influenciada principalmente por la corriente del “nuevo derecho de contratos”, ha intentado dejar atrás la nomenclatura clásica para adoptar la de “acciones y remedios” para referirse a las opciones del acreedor ante la insatisfacción de su interés.

En nuestra investigación, no encontramos referencia alguna a la distinción conceptual entre acción y remedio en los principales exponentes nacionales de esta corriente. Podría pensarse que la palabra acción implica necesariamente el conocimiento del asunto ante los tribunales y, en cambio, la noción de remedio sería conceptualmente más amplia permitiendo que el acreedor *satisfaga su interés* mediante mecanismos contractuales no necesariamente judicializables¹³¹ o quizá distintos de los clásicamente señalados como las acciones y derechos propios de efectos de las obligaciones¹³². Pero el uso indistinto de acción y remedio refleja más bien la asimilación de ambos conceptos, lo que no permite explicar el uso conjunto de ambos conceptos¹³³.

En efecto, Morales Moreno señala que “en el incumplimiento, el término ‘remedios’ designa las medidas de protección que el Ordenamiento pone a disposición del acreedor insatisfecho, en caso de incumplimiento del contrato. Son, en concreto: la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria (remedios aplicables a todos los contratos); la suspensión del cumplimiento de la propia obligación, por parte del acreedor; la resolución del contrato; la reducción del

¹³⁰ Entre sus exponentes podemos citar a Álvaro Vidal Olivares, Claudia Mejías, Pamela Prado López.

¹³¹ Por ejemplo, en la Convención de Viena, la reducción de precio.

¹³² Se incluye la acción resolutoria, por ejemplo.

¹³³ Véase por ejemplo la siguiente cita: “En ese sentido, no cabe duda que tales daños no pueden quedar sin reparación, toda vez que derivan de un incumplimiento contractual, por lo que procedería el remedio o acción indemnizatoria, conforme a las reglas generales. Es decir, desde el binomio constituido por: incumplimiento contractual por inobservancia del deber de colaboración/daño que ese cumplimiento acarrea al deudor, procede la aplicación de los remedios contractuales de conformidad a la normativa general, entre ellos, el indemnizatorio, según veremos más adelante (Prado López, 2013, p. 155)

precio (en los contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas)”¹³⁴. Asimismo, según este autor los remedios pueden consistir en pretensiones que atribuyen al acreedor la facultad de exigir al deudor un dar, hacer o no hacer; o pueden consistir en derechos potestativos, que permiten al legitimado la facultad de modificar, por medio de su voluntad, una situación jurídica¹³⁵. Señala también que este término es preferible al de acción, pues es más flexible y no califica la naturaleza de la medida (pretensión, derecho potestativo), además el nuevo derecho de contratos trata de evitar, en lo posible, que el acreedor acuda al juez, permitiéndole ejercitar los derechos potestativos (la resolución, por ejemplo) extrajudicialmente¹³⁶.

Así, de las explicaciones conceptuales de Morales Moreno queda claro que un mecanismo de tutela puede ser una acción, pero como tal forma parte de una categoría más amplia (remedios), por tanto, es improcedente hablar de “remedio o acción indemnizatoria” como lo ha hecho la doctrina nacional¹³⁷.

Con todo, hacemos presente que el concepto “remedio” es ajeno a la doctrina tradicional y jurisprudencia nacional, su utilización es incluso resistida por el sector más conservador. El principal argumento de los disidentes es que se trata de un concepto importado de una tradición jurídica distinta y que por ello no responde a los principios e instituciones del Código Civil.

El concepto de remedios es propio del *common law* y es utilizado para referirse a las formas de mitigación que tiene disponible una parte ante el incumplimiento del contrato por parte de su contraparte¹³⁸. En el concepto se incluye una serie de mecanismos de diversa naturaleza jurídica que resultan en algunos casos totalmente ajenos a nuestra tradición.

Entre los clásicos *remedies* se pueden citar, por ejemplo, la adjudicación de una suma acordada (*the award of an agreed sum*), el cumplimiento específico (*specific performance*)¹³⁹, las

¹³⁴ (Morales Moreno, 2014, p. 93)

¹³⁵ (Morales Moreno, 2014, p. 93)

¹³⁶ (Morales Moreno, 2014, p. 94)

¹³⁷ Ver nota 121.

¹³⁸ (Rowan, 2012, p. 5)

¹³⁹ Este remedio guarda similitudes con la ejecución forzada.

medidas cautelares (*injunctive relief*), la terminación (*termination*), daños compensatorios (*compensatory damages*), daños punitivos (*punitive damages*), entre otros.

Como se ve en la ejemplificación, el concepto de remedio sobrepasa el concepto de acción e incluye a cualquier forma de mitigación del incumplimiento del contrato.

En general podría decirse que la cuestión más bien pasa por si usar o no términos importados, como remedios, que por ser un anglicismo respondería a una situación tanto cultural como jurídica distinta; o bien usar términos castellanos de la tradición jurídica romana, como acciones o derechos.

Por ejemplo, en la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos la noción de remedio fue excluida¹⁴⁰, adoptándose la expresión “*medidas de tutela del acreedor*” como una solución de compromiso.

Ahora bien, esta expresión tampoco ha estado exenta de problemas, pues pone el acento en el acreedor, en circunstancias que la visión tradicional el énfasis ha estado en el deudor como sujeto obligado a cumplir la prestación.¹⁴¹

Ejemplo de lo anterior es la expresión *favor debitoris* que forma parte de todos los códigos modernos con influencia en el Derecho Romano¹⁴². Este principio basado en la equidad consiste en que en los casos dudosos, las cláusulas ambiguas o las obligaciones que surgen de éstas, sean interpretadas a favor del deudor¹⁴³. El origen de este principio se encuentra en el derecho romano y tendría su justificación en las gravosas consecuencias que traía aparejado el incumplimiento, como por ejemplo la pérdida total de la libertad en pos del acreedor. Así, este principio supone al deudor como la parte más débil de la relación.

¹⁴⁰ En el Informe de Chile, se señala: “[l]a expresión ‘remedios’ sólo ha tenido acogida en Chile en los últimos cinco años. Se trata de un movimiento doctrinal, en el sentido de una pluralidad de profesores que, siguiendo el proceso de modernización del Derecho de las Obligaciones en Europa, ha instaurado el uso de esa expresión. Sin embargo, ella sigue siendo extraña a la jurisprudencia y a una doctrina que podríamos denominar tradicional” (Bahamondes Oyarzún, De La Maza Gazmuri, Pizarro Wilson, & Vidal Olivares, 2014).

¹⁴¹ Como señalamos, en nuestra tradición el concepto de contrato ha estado vinculado a las fuentes de las obligaciones.

¹⁴² El *favor debitoris* se encuentra legislado en el Código Civil Francés (art. 1162), italiano de 1865 (art. 1137) y de 1942 (art. 1371), mexicano (art. 1857) y español (art. 1289).

¹⁴³ (Castán Vázquez, 1961, p. 835)

Con todo, se ha cuestionado precisamente esta “presunción de debilidad” en favor del deudor. Así, parte de la doctrina ha señalado que no existen buenas razones para suponer en la actualidad que el deudor siempre se encuentre en una situación desventajosa en comparación con el acreedor, pues muchos deudores contemporáneos son operadores económicos que contrastan ventajosamente, viéndose injustificadamente favorecidos por este principio¹⁴⁴.

¹⁴⁴ (Giuffrè, 1999, p. 173)

CAPÍTULO II. MECANISMOS DE TUTELA Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO

Los medios de defensa, tutela y protección del interés del acreedor¹⁴⁵ corresponden a un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria en caso que éste se haya visto insatisfecho totalmente, haya recibido una satisfacción incompleta o defectuosa. Se trata pues, de una reacción del ordenamiento jurídico dirigida a proteger el interés del acreedor¹⁴⁶.

El supuesto básico de todo mecanismo de tutela y protección es el incumplimiento. Para la aplicación de un remedio a un caso concreto se debe revisar ante todo si existen supuestos específicos de procedencia, adicionales al incumplimiento, que dependan de las circunstancias particulares en que el acreedor se encuentre, así como la forma en que el incumplimiento ocurre y la naturaleza de la relación obligatoria. Por tanto, variando las particulares circunstancias del incumplimiento, variará también la forma en que se asume el riesgo en cada acción o medio de defensa¹⁴⁷.

Pese a la importancia que presenta esta materia, es un tema poco claro en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, estimamos que existen, a lo menos, dos razones que explican la falta de claridad frente a los presupuestos de procedencia de los remedios contractuales: a) la dispersión normativa del Código Civil, debido a la regulación asistemática del incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato, así como de las consecuencias que el incumplimiento ocasiona; y, b) el contexto histórico en que se originó el Código, que determinó que los remedios contractuales respondieran a un modelo obligacional que hoy ya no tiene plena vigencia.

¹⁴⁵ En este trabajo se utilizará indistintamente el término mecanismo o medio de defensa, tutela o protección del interés del acreedor, así como el término remedios contractuales, al cual se hizo referencia *supra* en el Capítulo I.

¹⁴⁶ (Diez-Picazo, 2008a, p. 771)

¹⁴⁷ Un ejemplo de esto se encuentra en la regulación del contrato de compraventa, en donde, ante la existencia de vicios redhibitorios, que cumplan con todos los requisitos establecidos en la ley, se le otorga al comprador la opción de elegir entre la resolución (la norma dice “rescisión”) del contrato o la acción estimatoria para rebajar el precio pagado. Pero, si los vicios no son graves para tener la calidad de redhibitorios- esto es- que no impidan que la cosa sirva para su uso natural ni hacen que sólo sirva imperfectamente- el acreedor sólo contará con la acción estimatoria. A su vez, si existe mala fe del vendedor, se le otorga por la ley una acción indemnizatoria al comprador. De este modo, es posible demostrar que según sea la naturaleza del incumplimiento, la forma en que se distribuyen los riesgos entre las partes contratantes varía, habiendo casos en que el deudor asume todos los riesgos y otros en que el riesgo se comparte por deudor y acreedor.

Por ello se han dado distintas opiniones sobre los presupuestos que se exigirían para la procedencia de cada medio de tutela. Una de ellas ha tratado estos mecanismos bajo el estudio de *los efectos de las obligaciones*¹⁴⁸, que es la interpretación que denominaremos “clásica” o “tradicional” y que durante mucho tiempo fue la interpretación dominante en nuestro país.

El objetivo de este capítulo es revisar el estado de la discusión en torno a los presupuestos o requisitos que exige el ejercicio de los tres remedios más importantes con que cuenta el acreedor insatisfecho: la ejecución forzada, la resolución y la indemnización. En este desarrollo, buscaremos no centrarnos únicamente en lo establecido por el Código Civil, sino también, en lo que la realidad económica exige hoy; la que es, por cierto, muy distinta a la vigente en la época de dictación del Código y la de los intérpretes y comentaristas tradicionales¹⁴⁹.

En la época de dictación del Código Civil el modelo de obligación imperante era el de las obligaciones unilaterales de dar una especie o cuerpo cierto. Por ello, el legislador dejó las obligaciones bilaterales sin una regulación específica y general¹⁵⁰. Con todo, el modelo de obligación adoptado por el Código se avenía perfectamente con la tradición del derecho romano¹⁵¹ y la estructura económica del momento.

¹⁴⁸ La doctrina nacional tradicional ha tratado el tema de la responsabilidad contractual, refiriéndose a la idea de los “efectos de las obligaciones”, que se definen como “los derechos que la ley confiere al acreedor, para exigir del deudor su cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumpla en todo o en parte, o está en mora de cumplirla” (Alessandri Rodríguez, 1998, p. 62).

Así, el efecto de las obligaciones se ha relacionado directamente con el incumplimiento por parte del deudor, dejando de lado una consecuencia clara y propia de toda obligación, que es precisamente el cumplimiento exacto e íntegro de ésta por parte del deudor.

En contraposición a lo anterior, la doctrina y legislación contemporánea ha optado por concebir dentro de los efectos de las obligaciones el derecho con que cuenta el acreedor a la prestación. De modo que se entiende que el efecto primero y principal de la obligación es precisamente su cumplimiento, realizado espontáneamente y en conformidad al contenido efectivo de la obligación, y a falta de éste, aparecen los efectos del incumplimiento y las acciones respectivas a que éste da lugar (Fueyo Laneri, 2004, p. 15).

¹⁴⁹ Para un análisis histórico-económico de las primeras décadas tras la Independencia, ver: (Pinto Santa Cruz, 1959).

¹⁵⁰ (Vidal Olivares, 2010, p. 142)

¹⁵¹ Este modelo de obligación coincide con el de la estipulación romana o, más precisamente, de la obligación y acción civil que de ella nacen (Vidal Olivares, 2010, p. 141). Guzmán Brito ha sostenido que a partir de la *estipulatio* deriva, “por generalización y abstracción, la moderna teoría del acto jurídico y de las obligaciones” (Guzmán Brito, 1996, pp. 16-17).

En efecto, el modelo era ideal para una economía agraria y fabril de grupos reducidos de mediana envergadura, donde cada operador se autoabastecía y el intercambio de bienes era más bien excepcional. Los intercambios que ocurrían tenían por objeto productos de la agricultura y la ganadería, los operadores del tráfico eran limitados y en muchas ocasiones únicos, por lo que las cosas pese a ser objetivamente fungibles o sustituibles, no lo eran subjetivamente. Los bienes eran pocos y prácticamente no había fuentes alternativas¹⁵².

Con todo, ese modelo de obligación resulta hoy insatisfactorio, en el contexto de un mercado abierto que se expande cada día más, y donde los contratos tienen por objeto, por regla general, obligaciones de dar una cosa genérica o de hacer con objeto fungible¹⁵³.

En la actualidad, el tráfico económico desemboca en el comercio de bienes de consumo masivo, que son géneros entre sí que tienden a diversificarse cada vez más. Al mismo tiempo, se produce una entrada en el tráfico económico de nuevas masas de servicios técnicos, que determinan el paso del sector industrial al sector terciario de servicios técnicos¹⁵⁴. Estos bienes y servicios son por regla general fungibles.

Así, el carácter fungible del objeto de una obligación denota la sustituibilidad o intercambiabilidad recíproca de la cosa o la actividad, de cuya entrega o realización depende la satisfacción del interés del acreedor¹⁵⁵.

Desde un punto de vista práctico, se puede afirmar que resulta más adecuado utilizar, como modelo de relación obligatoria, una estructura de relación que corresponda en mayor medida a cómo ésta suele manifestarse en el tráfico: la obligación bilateral, sinalagmática de dar un

¹⁵² (Vidal Olivares, 2010, p. 143)

¹⁵³ La idea de obligaciones fungibles dice relación con la cosa o actividad objeto de la obligación y su calificación atiende a su función económica dentro del tráfico jurídico. En estas obligaciones el interés del acreedor queda satisfecho con cualquier objeto o actividad que coincida con el programa de prestación prometida al construirse la relación obligatoria (Vidal Olivares, 2010, p. 154).

¹⁵⁴ (Díez-Picazo, 2008b, p. 56). El mismo autor agrega: “[t]odo ello, además de provocar un desajuste entre los supuestos económicos y las normas jurídicas, tiene que producir un giro en la misma teoría general de las obligaciones que, de ser una generalización de los datos obtenidos a partir de las obligaciones pecuniarias, tiene que pasar a ser una teoría que englobe los criterios nacidos del tráfico de masas y de una economía de servicios” (Díez-Picazo, 2008b, p. 56).

¹⁵⁵ (Vidal Olivares, 2010, pp. 154-155)

género o de hacer, que tenga el carácter de fungible. Esto no excluye la posibilidad de considerar los diferentes derechos subjetivos del crédito¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

A continuación, revisaremos los tres principales remedios con que cuenta el acreedor (la ejecución forzada, la facultad resolutoria y la indemnización de perjuicios), y el desarrollo que han tenido en nuestro derecho, así como algunas discusiones relacionadas con sus presupuestos de procedencia.

I. Ejecución forzada de la obligación o cumplimiento específico

La pretensión de cumplimiento permite al acreedor exigir del deudor la ejecución de cualquier obligación que en virtud del contrato incumba a éste. A través de ella, el acreedor puede obtener directamente la satisfacción de su interés en los propios términos del contrato; bien por la actividad del deudor o a través de los medios que ofrece el proceso de ejecución. Así, el ámbito de la pretensión de cumplimiento está determinado por el contenido de la obligación¹⁵⁸.

Díez-Picazo expresa que “la primera medida de reacción que en el orden lógico ocurre es la acción dirigida a obtener el comportamiento omitido y a obtenerlo en forma específica, del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor, lo que, naturalmente, es un derecho del acreedor, llamando ‘pretensión de cumplimiento’ a la acción o facultad que se confiere al acreedor para obtener esa finalidad”¹⁵⁹.

Como remedio del acreedor, la pretensión de cumplimiento constituye una sanción transversal frente a la inejecución contractual, en donde el acreedor exige lo pactado en términos exactos a lo acordado en el contrato, sin sustitución, lo que bajo la resistencia del

¹⁵⁶ (Morales Moreno, 2014, pp. 37-38)

¹⁵⁷ Al respecto, encontramos que los remedios y acciones que otorga el incumplimiento no corresponden a los remedios aplicables a los contratos bilaterales. Lo anterior debido a que la regulación general del Código Civil contempla dos remedios a partir del incumplimiento, la pretensión de cumplimiento y la indemnización de los perjuicios. Sin embargo, los remedios propios del incumplimiento de contratos bilaterales, tales como la resolución, la reducción del precio, la suspensión del cumplimiento, etc., no han sido regulados como acciones o remedios generales ante el incumplimiento.

Tanto es así, que la facultad resolutoria, remedio contractual que emana de los contratos bilaterales, no está reconocida en sede de efectos de las obligaciones, sino en la regulación de las obligaciones condicionales, como efecto de una condición resolutoria tácita.

¹⁵⁸ (Morales Moreno, 2006c, p. 81)

¹⁵⁹ (Díez-Picazo, 2008a, p. 775)

deudor amerita imponerle el cumplimiento de su compromiso, o en caso de cumplimiento imperfecto, la reparación del producto o servicio, lo que también restablece lo acordado y asumido en el contrato¹⁶⁰.

1. Dispersión normativa respecto al cumplimiento forzado de la obligación

La dispersión regulatoria de los medios de protección del acreedor se evidencia claramente en el cumplimiento específico.

En efecto, el C.C. no contiene normas sustantivas que establezcan los requisitos y condiciones de la pretensión y su relación con los restantes mecanismos de tutela del acreedor¹⁶¹. Esta situación difiere del tratamiento que se le ha dado en la doctrina comparada¹⁶².

(i) Presupuestos de procedencia del cumplimiento forzado

a. *La procedencia generalizada de la ejecución forzada*

La existencia de una obligación contractual no necesariamente conduce a que el ordenamiento jurídico reconozca una acción de ejecución forzada para que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés contractual de forma directa, por muy intuitivo que ello nos parezca.

En el sistema de acciones y remedios del *Common Law* se reconoce sólo excepcionalmente la procedencia de la pretensión de ejecución en naturaleza¹⁶³, cuando el interés contractual del

¹⁶⁰ (Pizarro Wilson, 2014, p. 206)

¹⁶¹ (Vidal Olivares, 2007b, p. 159)

¹⁶² Así, por ejemplo, encontramos una regulación completa y ordenada en la Convención de Viena, en donde los artículos 45 y 61 reconocen este derecho o pretensión al acreedor afectado y los artículos 46 y 62 disponen sus requisitos de procedencia, previendo la facultad del acreedor de otorgar un plazo suplementario de duración razonable al deudor incumplidor para que cumpla o corrija su cumplimiento defectuoso (artículos 47 y 63).

En el artículo 46 de la Convención, se regula el cumplimiento específico cuando el incumplimiento consista en la falta de conformidad. Conforme a esta disposición, el comprador tiene derecho a pedir, o la reparación de las mercaderías, cuando ello sea razonable según las circunstancias del caso, o pedir la sustitución de las mercaderías, si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial.

¹⁶³ La procedencia limitada de la ejecución en naturaleza en el *common law* se explica por razones de carácter histórico. Sin embargo, hoy en día, dicho carácter excepcional ha perdido, en apariencia, buena parte de su fuerza. Esto se aplica particularmente a Estados Unidos, pues los tribunales estadounidenses se tornan cada día más liberales en la concesión de este efectivo remedio y, al mismo tiempo, menos sagaces en hacer cumplir el requerimiento de que el recurso por daños resultará inadecuado (Zweigert & Kötz, 2002, p. 273).

acreedor así lo exige en justicia y con ello no se ve afectada la libertad personal del deudor¹⁶⁴.
¹⁶⁵. Estos sistemas jurídicos parten de la proposición que la única consecuencia universal de una promesa legalmente obligatoria es que la ley obliga al promitente a pagar los daños cuando no se cumple con el acto prometido¹⁶⁶.

La decisión de restringir la pretensión en naturaleza se justificaría en que esta impone una carga excesiva a la libertad personal del deudor¹⁶⁷, por lo que el único remedio disponible deberá ser la indemnización de perjuicios. Asimismo, exponentes del análisis económico del derecho, en lo que se conoce como la teoría del incumplimiento eficiente, han indicado que en algunos casos es más beneficioso para el bienestar general que no se cumpla forzosamente la obligación, pues para el deudor puede ser más costoso ejecutar lo convenido que indemnizar al acreedor¹⁶⁸.

Pese a lo anterior, la tradición del derecho civil¹⁶⁹, ha optado por dar lugar a la pretensión de cumplimiento en naturaleza de manera generalizada. La acción de cumplimiento forzado permite al acreedor obtener de una manera simple la satisfacción de su interés, ya que puede pedir que se cumpla lo prometido sin otro requisito que el mero incumplimiento. Además, puede obtener la satisfacción del interés contractual personalmente del deudor o en el mercado a costa de éste¹⁷⁰.

¹⁶⁴ (Barros Bourie, 2008, p. 410)

¹⁶⁵ El caso paradigmático en el *common law* en que el *specific performance remedy* opera incluye las ventas de “bienes únicos”, en donde la reparación de perjuicios es difícil de calcular y, más recientemente, acuerdos de larga duración, donde la evaluación de los daños resulta más difícil (Schwartz, 1979, p. 273).

¹⁶⁶ (Zweigert & Kötz, 2002, p. 507)

¹⁶⁷ De hecho, la ejecución específica no se concede cuando el contrato requiere servicios personales del deudor. Una de las razones que se aducen para lo anterior es que, de otra forma, se obligaría al deudor a prestar servicios contra su voluntad; otra de las razones –más realista– es que los servicios prestados bajo esta forma de coerción dan lugar dudas en torno a su calidad, mientras que la tercera y poco convincente razón es que resulta extremadamente difícil para el tribunal determinar si los servicios así prestados concuerdan o no con las condiciones del contrato (Zweigert & Kötz, 2002, p. 510).

¹⁶⁸ (Barros Bourie, 2008, p. 410) *Vid.* (Kronman, 1978).

¹⁶⁹ Así, el profesor Claro Solar expone que “el acreedor tiene el derecho principal de pedir la ejecución forzada”, agregando que “toda obligación civil perfecta produce una acción para demandar su cumplimiento y una excepción para retener lo que el deudor ha dado o pagado en su ejecución. Si el deudor demora el cumplimiento de la obligación o se resiste y niega a cumplirla, porque la desconoce y viola la palabra empeñada, el acreedor tiene el derecho de pedir la ejecución forzada de la obligación, es decir, de requerir la intervención de los tribunales de justicia para que obliguen al deudor, con el auxilio de la fuerza pública, si llegara a ser necesario, que solucione su obligación” (Claro Solar, 1978b, p. 691).

¹⁷⁰ En virtud de los artículos 1553 regla 2ª del C.C. y, 438 y 536 del C.P.C.

Por otro lado, esta acción no exige imputabilidad para su procedencia, siendo irrelevante las razones por las que el deudor ha dejado de cumplir¹⁷¹, a diferencia de la acción indemnizatoria, donde el acreedor debe acreditar, según la mayoría de los autores¹⁷², un incumplimiento imputable a culpa o dolo.

Finalmente, una de las razones que justifican la pretensión de cumplimiento forzado como remedio transversal y general ante el incumplimiento, es precisamente que la acción en este caso serviría como remedio para cualquier tipo de incumplimiento, en la medida que se acepte un concepto unitario de éste¹⁷³.

Con todo, su procedencia generalizada no impone al acreedor ejercitar este mecanismo, ya que ello dependerá de su voluntad y de sus objetivos e intereses. Esta discusión será revisada en el final del presente apartado.

b. Presupuestos de procedencia específicos

El cumplimiento forzado exige que el incumplimiento se haya producido, y que el cumplimiento ulterior sea objetivamente posible. A su vez, para que la ejecución sea posible, es necesario que exista un título ejecutivo no prescrito, y que la deuda sea líquida y actualmente exigible.

Así, es irrelevante para la procedencia de este remedio, que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda o no ser subjetivamente imputado al deudor¹⁷⁴. La pretensión de cumplimiento actúa con independencia de si ha habido culpa o no por parte del deudor¹⁷⁵.

Para comprender a cabalidad esta acción, se suele distinguir la naturaleza jurídica de la obligación incumplida, esto es, si se trata de una obligación de dar¹⁷⁶, hacer o no hacer. En

¹⁷¹ Esto será desarrollado en extenso en el capítulo siguiente.

¹⁷² Entre los que podemos mencionar: (Abeliuk Manasevich, 2009a, p. 817 y ss. Alessandri Rodríguez, 1998, p. 80; Claro Solar, 1978b, p. 730; Fueyo Laneri, 2004, p. 344; Rodríguez Grez, 2012, p. 142 y ss.). Este tema será tratado en profundidad en el capítulo siguiente.

¹⁷³ (Fueyo Laneri, 2004, p. 412)

¹⁷⁴ (Pantaleón Prieto, 1991, p. 1046)

¹⁷⁵ (Vidal Olivares, 2010, p. 173). El tema de la culpa como presupuesto del cumplimiento forzado será tratado en el capítulo siguiente.

¹⁷⁶ Los requisitos para proceder forzadamente a la ejecución en las obligaciones de dar se resumen en que la obligación debe constar en un título ejecutivo, debe ser actualmente exigible, debe ser líquida o poder liquidarse

este caso, es relevante destacar algunas dificultades sobre el cumplimiento forzado en las obligaciones de hacer y de no hacer.

b.1. Obligaciones de hacer

El cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer es un tema complejo, por las implicancias de compeler al deudor a que haga algo contra su voluntad, lo que incluso podría afectar derechos constitucionales, relativos a la dignidad y la libertad de las personas. En las obligaciones de dar, la ejecución resulta menos compleja, si consideramos que se trata de una privación de bienes o de especies que se deben.

La norma del artículo 1553 del C.C.¹⁷⁷ reconoce esa dificultad, que resuelve disponiendo que el cumplimiento forzado de la obligación puede ser obtenido mediante el apremio del deudor, la ejecución por un tercero a expensas del deudor o incluso, reemplazándola por la indemnización de perjuicios.

El cumplimiento forzado de la obligación tiene poca utilidad para el acreedor, a menos que el sistema legal proporcione los mecanismos para hacer efectivo el remedio¹⁷⁸. Así, el artículo 543 del C.P.C. contempla la posibilidad de apremiar al deudor mediante su arresto o multas¹⁷⁹. Esta medida ha sido criticada por la doctrina nacional¹⁸⁰, pues equivaldría a una

mediante simples operaciones aritméticas, con sólo los datos que el mismo título ejecutivo suministre y, la acción ejecutiva no debe encontrarse prescrita. A su vez, se distingue si la obligación de dar recae sobre una especie o cuerpo cierto, sobre un género, o sobre una cantidad de dinero.

¹⁷⁷ Este artículo establece que el acreedor tiene derecho siempre a la indemnización moratoria, o sea, a la que corresponde por la no ejecución oportuna del hecho que se debe. Además, en cuanto a la obligación incumplida, el artículo otorga al acreedor un triple derecho optativo: que se apremie al deudor para que cumpla, que se le autorice a hacer ejecutar la obligación por un tercero a expensas del deudor, o que se le indemnicen los perjuicios compensatorios (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 802).

¹⁷⁸ (Zweigert & Kötz, 2002, p. 500)

¹⁷⁹ El artículo 543 C.P.C. dispone “cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por 15 días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación. Cesará el apremio si el deudor paga las multas y rinde caución suficiente para responder de todos los perjuicios al acreedor”.

¹⁸⁰ Claro Solar en su célebre obra se muestra crítico al apremio al deudor, al señalar que “el restablecimiento del arresto hecho en el C.P.C., aun en los términos reducidos en que se ha consignado, no es una medida justificada, sino al contrario es reaccionaria y atentatoria de la libertad y de la dignidad humanas, si es aplicable precisamente en los casos en que se trata de hechos personales del deudor que sólo él puede ejecutar. En estos casos el acreedor debe conformarse con la indemnización de daños y perjuicios que la inejecución del hecho puede producirle, porque le es imposible obtener la prestación” (Claro Solar, 1978a, p. 696).

prisión por deudas¹⁸¹, además de presentar conflictos constitucionales con la libertad, integridad y dignidad de la persona humana.

En efecto, se ha entendido por la mayoría de los sistemas legales¹⁸² que no pueden ser ejecutadas en naturaleza las obligaciones de hacer, si con ello se impone una carga excesivamente severa a la libertad personal¹⁸³.

El acreedor puede elegir también que un tercero ejecute la obligación de hacer con cargo al deudor incumplidor¹⁸⁴, transformando la obligación de hacer en una de (dar) dinero.

b.2. Obligaciones de no hacer

El cumplimiento forzado en las obligaciones de no hacer presenta ciertas particularidades. Se encuentra regulado en el artículo 1555 del Código Civil, que obliga a distinguir tres situaciones: a) puede deshacerse lo hecho y es necesaria la destrucción; b) puede deshacerse lo hecho, pero no es necesaria la destrucción; y, c) no puede deshacerse lo hecho.

En el primer grupo de casos, es decir, en aquellos en que puede deshacerse lo hecho y es necesaria la destrucción, dispone el inciso segundo del artículo 1555 del C.C. que “pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira

¹⁸¹ La que se encuentra proscrita en nuestro país, al haber sido ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, que dispone en su artículo 7° numeral 7: “[n]adie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

¹⁸² Por ejemplo, en el *Common Law* la regla es que no procede la ejecución en naturaleza, salvo que no se afecte la libertad personal del deudor y la indemnización de perjuicios no sea suficiente para satisfacer el interés contractual del acreedor (Harris, Campbell, & Halson, 2005, p. 154).

En el derecho francés, la regla consiste en que, ante el incumplimiento de una obligación de hacer, se proceda conforme a la indemnización de perjuicios. Sin embargo, la doctrina ha evitado extraer consecuencias demasiado generales y ha admitido la ejecución en naturaleza respecto de numerosos tipos de obligaciones de hacer (como la de celebrar un acto jurídico o la de entregar la cosa arrendada) y a ello se agrega la generalización del medio económico indirecto de apremio.

En el derecho alemán, se admite el apremio personal sólo respecto de hechos que pueden ser privativamente realizados por el deudor y no pueden transformarse en una obligación de valor, como ocurre con la ejecución de un acto jurídico o la entrega de información, por el contrario, no procede la ejecución en el caso de servicios personales (Medicus & Lorenz, 2002, p. 13).

¹⁸³ (Barros Bourie, 2008, p. 413)

¹⁸⁴ Sobre este punto, es necesario distinguir si es posible el cumplimiento de la obligación de hacer por un tercero a expensas del deudor. Puede ocurrir que esta opción no esté disponible para el acreedor, lo que sucede cuando en la ejecución del hecho interviene una calidad personal del deudor, la cual no puede ser sustituida. Esto se da especialmente en las obligaciones *intuito personae*, donde la calidad del deudor resulta fundamental para el cumplimiento de la obligación. En estos casos, el acreedor no puede optar por el cumplimiento mediante un tercero, por lo que puede recurrir al apremio del deudor o a la indemnización compensatoria descrita en el artículo 1553 C.C.

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”.

De esta manera, en las obligaciones de no hacer en que concurren copulativamente ambos requisitos, el cumplimiento forzado se obtiene mediante el allanamiento del deudor a la destrucción de lo hecho o autorizando al acreedor a que lleve a cabo la destrucción a sus expensas. Así, la obligación de no hacer por su infracción se transforma en una obligación de hacer, en donde el hecho que se debe es la destrucción de lo hecho¹⁸⁵.

En el segundo grupo de casos, esto es, en aquellos en que puede deshacerse lo hecho, mas esto no es necesario para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, el cumplimiento forzado puede obtenerse por otros medios, lo cual deberá ser alegado por el deudor, quien podrá ser oído cuando se allane a prestar el cumplimiento por otros medios.

Finalmente, en el caso en que no puede deshacerse lo hecho, el acreedor sólo puede pedir la indemnización de perjuicios. Por ejemplo, el incumplimiento de una obligación de no divulgación de información confidencial de una compañía, podría ser uno de los casos de imposibilidad en la ejecución forzada, si la información que se buscaba resguardar es comunicada a terceros competidores.

2. Límites al cumplimiento específico

El cumplimiento específico o forzado de la obligación, constituye un remedio contractual que permite al acreedor satisfacer su interés mediante la ejecución por el deudor de lo pactado en el contrato.

Sin embargo, pese a la transversalidad de este remedio como sanción al incumplimiento contractual, debido a que podría aplicarse ante todo tipo de incumplimiento, respecto de todo tipo de obligación, contenida en todo tipo de contrato, éste se encuentra limitado por diversas circunstancias¹⁸⁶:

¹⁸⁵ Es por ello que el artículo 544 del C.P.C. hace aplicables las mismas normas de la ejecución en este tipo de obligación.

¹⁸⁶ En este punto se sigue lo sostenido por el profesor Carlos Pizarro Wilson (Ver: Pizarro Wilson, 2014).

(i) Imposibilidad en el cumplimiento de la obligación debida

La imposibilidad en el cumplimiento de la obligación debida se produce por la extinción de un bien considerado irremplazable. Esto ocurrirá sólo si se trata de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, ya que como sabemos, el género no perece¹⁸⁷.

Respecto a las obligaciones de hacer y no hacer, la imposibilidad en principio se relaciona con la inviabilidad de forzar físicamente al deudor a la prestación. En estos casos, rige el aforismo jurídico que indica que, a la imposible nadie está obligado. El límite para solicitar la ejecución forzada en estos casos está dado por la imposibilidad, no material, sino jurídica, en donde la acción se ve restringida por ciertos derechos que detentaría un obligado respecto a un hecho o abstención.

(ii) Estándares contractuales

En estos casos el límite está dado por el costo desproporcionado que puede suponer para el deudor el cumplimiento específico de la obligación, atendiendo a las circunstancias del contrato y el interés del acreedor¹⁸⁸. Es un límite económico, relativo a la desproporción en la exigencia del cumplimiento específico.

De esta manera, sería improcedente accionar para obtener el cumplimiento específico si, además de existir un costo desproporcionado en el cumplimiento para el deudor, existe una falta de utilidad para el acreedor, atendido el interés contractual¹⁸⁹.

¹⁸⁷ El profesor Enrique Barros sostiene al respecto que “[D]esde el Derecho Romano se ha entendido que el género no perece, de modo que sólo en hipótesis muy inusuales puede operar la imposibilidad como causal de exoneración de la obligación. Ese podría ser el caso cuando el género, en virtud de la ley, sea declarado fuera del comercio; o cuando alguna catástrofe exterminase un género específico” (Barros Bourie, 2007), p. 739.

¹⁸⁸ (Pizarro Wilson, 2014, p. 210)

¹⁸⁹ Es posible asimilar esta idea, con el ejercicio abusivo de la pretensión de cumplimiento de que nos habla Fernando Pantaleón. Para entender esta idea, este autor recurre al famoso caso de la jurisprudencia norteamericana *Jacobs & Youngs Inc. V. Kent* (1921), donde la empresa contratista demandada, por un descuido de uno de sus subcontratistas, instaló en la vivienda que construía para el demandante cañerías de una concreta marca, cuando lo convenido en el contrato eran cañerías de otra marca específica. El incumplimiento se descubrió cuando las paredes ya estaban terminadas, de manera que el costo de sustituir las cañerías era muy elevado, mientras que el valor de la vivienda con una y otra marca era el mismo, porque ambas consideradas en el mercado eran de igual calidad. Lo que el juez determinó en dicho caso fue que el costo de corregir el defecto era exagerado e inequitativamente mayor que la ventaja que al dueño de la obra le reportaba el arreglo, por lo que se concedió al dueño de la obra el menor valor de lo construido a causa del defecto y no la reparación de las cañerías, que hubiere sido en dicho caso, un supuesto de cumplimiento forzado (Pantaleón Prieto, 1991, p. 1046).

Si atendemos a la idea de que los remedios contractuales deben satisfacer el interés negocial del acreedor, en caso que el cumplimiento específico se torne demasiado costoso para el deudor y además no le sea útil al acreedor, es posible, según esta doctrina, que el deudor le indemnice directamente los perjuicios o incluso se resuelva el contrato¹⁹⁰.

Pese a la utilidad de este límite en relación a los intereses de los contratantes y la posibilidad de remediar efectivamente el incumplimiento, se ha sostenido es necesaria una reforma legal¹⁹¹ para su aplicación en Chile¹⁹². Sólo a partir de un estándar o cláusula general, podría estimarse viable la introducción de un límite económico a la pretensión de cumplimiento¹⁹³.

(iii) Limitar convencionalmente el derecho a ejercer este tipo de remedio

El principio de la libertad contractual permite celebrar todo tipo de pactos, ya sea respecto al tipo de contrato que se celebra, su contenido o a las partes que lo integran. Este principio se puede ver limitado por razones de orden público o buenas costumbres. Así, la pregunta relevante es si existe alguna razón que impida a las partes limitar la acción de cumplimiento forzado, ya sea haciéndola más gravosa o excluyéndola expresamente.

Ello implicaría que, ante un incumplimiento contractual, las partes expresamente señalaran que no podrá pedirse al deudor que cumpla forzosamente la obligación, pudiendo por ende solicitar la indemnización de perjuicios o la resolución del contrato, según corresponda. Se trataría pues, de casos en que en cierta medida el deudor no estaría obligado a la prestación, siendo sólo responsable del incumplimiento.

Respecto a su procedencia, nada se sostiene en nuestros textos legales. Carlos Pizarro sostiene que son válidas estas convenciones limitativas, pues existen ejemplos en nuestro ordenamiento que las contienen. Este autor ilustra la idea mediante la existencia de la

¹⁹⁰ (Pizarro Wilson, 2014, p. 212)

¹⁹¹ Con todo, el artículo 1555 del C.C. pondera para la procedencia de la ejecución forzada, la necesidad de la destrucción de la cosa para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, y será oído el deudor si el objeto puede obtenerse por otros medios.

¹⁹² El profesor Carlos Pizarro Wilson sostiene que, pese a la necesidad de una reforma legal en materia de remedios contractuales, una forma en que se ha introducido este límite en el derecho continental es a través de la teoría del abuso del derecho, pues mediante ella se entiende que “si bien el acreedor tiene la facultad de ejercer el remedio que mejor le parezca, no puede abusar de esa prerrogativa” (Pizarro Wilson, 2014, p. 213).

¹⁹³ (Pizarro Wilson, 2014, p. 213)

cláusula resolutoria ordinaria o expresa o el pacto comisorio calificado, pues en ellos se considera que la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial¹⁹⁴. Si ello es así, la posibilidad de pedir el cumplimiento forzado por parte del acreedor se excluye convencionalmente, ya que ante el incumplimiento del deudor se resuelve el contrato.

Fuera de estos casos, el autor sostiene que, si consideramos la acción de cumplimiento forzado como un derecho o facultad del acreedor, existe la posibilidad de renunciar a ella, en ejercicio de la libertad contractual, tal y como dispone el artículo 12 del C.C.¹⁹⁵.

Consideramos que, si bien pareciera ser un contrasentido que se celebre un contrato, sin la posibilidad de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones, ello se podría justificar bajo el entendimiento de que es la voluntad de las partes contratantes la que le puede otorgar fuerza obligatoria al contrato. Por tanto, si por la voluntad de las partes se excluye uno de los efectos o remedios ante el incumplimiento, este acuerdo es válido, ya que el principio de autonomía de la voluntad consiste precisamente en atender al interés que las partes han puesto en el contrato y que puede perfectamente relacionarse con la exclusión de ciertos remedios contractuales en un caso concreto. Además, sería una forma de acordar por las partes, expresamente, un sistema de distribución de riesgos distinto al entregado por el sistema de remedios.

II. La facultad resolutoria

La facultad resolutoria emana del artículo 1489 C.C., que establece la condición resolutoria tácita. Esta se ha definido como el hecho futuro e incierto, consistente en el incumplimiento de alguna de las obligaciones generadas por el contrato bilateral, en el cual siempre va envuelta¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Existió discusión sobre si el pacto comisorio calificado opera *ipso iure*. Hoy se entiende superada dicha discusión, al considerarse que en el pacto comisorio calificado contenido en contratos distintos a la compraventa, o por obligaciones distintas a las de pagar el precio en la compraventa, la resolución opera por la simple inejecución de la obligación, sin necesidad de demandar judicialmente (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 526).

¹⁹⁵ (Pizarro Wilson, 2014, p. 215)

¹⁹⁶ (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 394)

Históricamente, esta institución ha tenido un largo desarrollo¹⁹⁷, en el que se han sostenido diversos fundamentos para justificar sus efectos¹⁹⁸.

1. Problemas de la regulación de la resolución en el Código Civil

La facultad resolutoria se encuentra establecida en el artículo 1489 C.C., ubicado dentro de las normas sobre obligaciones condicionales¹⁹⁹. Ello ha implicado que esta institución sea

¹⁹⁷ Se ha sostenido que el derecho romano no habría concebido la resolución con las actuales características, permitiéndose pedir únicamente el cumplimiento (Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga, & Vodanovic Haklicka, 2001, p. 268). Sin embargo, se afirma que a propósito de la compraventa habría surgido la alternativa de la resolución, mediante la *lex commissoria*, consistente en una estipulación de los contratantes, por la cual el contrato quedaba sin efecto si el comprador no pagaba el precio (Alessandri Rodríguez et al., 2001, p. 268). Luego, cuando surgieron los pactos innominados, se comenzó a reconocer el derecho del acreedor a dejarlos sin efecto, pudiendo pedir la restitución de lo dado, cuando no obtenía la contraprestación. Durante el derecho canónico, la institución logró mayor consagración. Finalmente, insistiéndose en la voluntad de las partes, la resolución fue adoptando la forma de una condición tácita incorporada en todo contrato bilateral, y en este estado la acogió el Código Civil francés, en su artículo 1184, del cual se inspiró nuestro Código Civil (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 394).

¹⁹⁸ Uno de los fundamentos de la institución, se relaciona con una visión subjetiva que pone atención en una presunta voluntad de las partes de desligarse de las obligaciones contraídas si el otro no cumple con la suya. Las partes no asumen los tecnicismos de una misteriosa resolución convenida tácitamente, sino que cada contratante entiende que su obligación es correlativa a su derecho de crédito contra la otra parte. La resolución se justifica, desde este punto de vista, como una cláusula que las partes habrían razonablemente pactado si hubiesen planificado el contrato y que el derecho civil da por subentendida si no se ha convenido en renunciar al derecho a pedirla (Giorgi, 1928, no. 205).

También se ha señalado que la resolución se puede explicar a partir de la noción de causa (Alessandri Rodríguez et al., 2001, p. 269). En general, se afirma que en los contratos bilaterales una obligación es causa de la otra, de modo que la inobservancia de lo pactado por uno de los contratantes priva de sustento a la convención, de manera que debe darse al afectado la facultad de resolver el contrato, es decir, de acabar con sus efectos (Larombière, 1885).

Se ha sostenido a su vez, que el fundamento de la institución tendría que ver con que ésta constituye una forma de reparación por el daño que sufrió al dejar de recibir la prestación que se le prometiera, con ella queda liberado de cumplir por su parte o recupera la prestación que ya hubiere efectuado. A su vez, en casos de insolvencia o en que la prestación contraria ya no le sirva, la resolución aparece como una reparación más eficaz que la acción de cumplimiento, evitándole al acreedor el perjuicio que significa no recibir la prestación esperada, sin perjuicio de la indemnización por otros daños que el incumplimiento le irroga. En este sentido: (Mazeaud, Mazeaud, & Mazeaud, 1975, p. 345).

En relación a la condición resolutoria tácita como medio de reparación, consideramos difícil arribar a esta fundamentación, pues en realidad, resulta de toda lógica que si una de las partes incumple en un contrato bilateral, la otra parte pueda poner fin al contrato, exigir que se le restituya lo que haya dado o pagado en cumplimiento de su obligación y que se le indemnicen los perjuicios que se le hayan ocasionado producto del incumplimiento, en virtud del principio general del derecho de que todo daño imputable debe ser reparado por quien lo comete (En este mismo sentido: Peñailillo Arévalo, 2003, p. 399).

En definitiva, resulta más razonable comprender la resolución sobre la base de la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales. Bajo este horizonte comprensivo, la resolución es un medio de tutela que sirve al acreedor para desligarse de un contrato que ya no puede satisfacer los intereses que lo impulsaron a contratar; así, evita riesgos de mayores consecuencias adversas del incumplimiento y puede obtener por vías distintas al contrato cuyo fin ve frustrado el beneficio esperado con el contrato.

Clemente Meoro ha defendido esta postura, al sostener que el fundamento de la resolución por incumplimiento se encuentra en su concepción como medio de tutela frente a la inejecución, o defectuosa o tardía ejecución de la prestación. Ante el riesgo de pérdida de la contraprestación, el ordenamiento faculta al contratante no incumplidor para desligarse de un vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía, de forma de que pueda acudir al mercado y buscar formas más adecuadas y convenientes para satisfacer su interés (Meoro, 1998, p. 89).

estudiada dentro de la clasificación de las obligaciones, y no como parte de los “efectos de las obligaciones” que es, según vimos, la manera en que la doctrina tradicional ha denominado al conjunto de acciones derivadas del incumplimiento.

La facultad resolutoria como condición tácita fue obra de la doctrina francesa posterior al siglo XVI. Fruto de una larga evolución surgió la idea de que, en todo contrato bilateral, cada una de las partes se obliga bajo la condición resolutoria que la otra parte cumpla con sus compromisos²⁰⁰.

Así, el *Code Civil* tras una evolución histórica y doctrinaria remontable al derecho romano²⁰¹, estableció que en los contratos bilaterales va implícita la condición (resolutoria) de no cumplirse lo pactado (artículo 1184, obligaciones condicionales). Debido a su enorme influencia, es que éste pasó casi con idéntica formulación a otros códigos, incluyendo el nuestro.

Con todo, el estudio de la resolución por incumplimiento desde la perspectiva de las obligaciones condicionales trae problemas prácticos a la hora de aplicar las normas de esta categoría de obligaciones²⁰² y también los efectos de la resolución quedan aprisionados entre los de la obligación condicional, no obstante obedecer a funciones diversas²⁰³.

Se ha sostenido que resulta deseable abandonar la idea de la resolución como efecto o consecuencia de una condición resolutoria tácita, basada en una voluntad presunta de las partes, ya que la norma del artículo 1489 C.C. no prevé una auténtica condición²⁰⁴. Las condiciones son eventos futuros e inciertos establecidos por las partes expresamente en los contratos con el fin de hacer depender, en caso de su concurrencia, la eficacia del negocio,

¹⁹⁹ Esta colocación del artículo y su redacción se deben según Capitant, a una mala reproducción de las explicaciones de Pothier, a propósito de las condiciones resolutorias (Ver: Claro Solar, 1992, p. 164).

²⁰⁰ (Peñailillo Arévalo, 2012, p. 9)

²⁰¹ Para la evolución histórica ver: (Mejías Alonzo, 2011), y (Claro Solar, 1992).

²⁰² Los problemas prácticos en este caso dicen relación con que el evento de la condición consiste en la posibilidad de que el contrato se incumpla, de modo que se produce la particular situación de que la condición se cumple cuando la obligación se incumple (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 393).

²⁰³ La condición resolutoria ordinaria es un instrumento de planificación contractual. El cumplimiento de la condición es un evento que las partes han previsto y convenido. En cambio, la condición resolutoria tácita es un efecto del incumplimiento, en cuya virtud se genera el derecho de una de las partes a pedir que el contrato cese sus efectos.

²⁰⁴ (Vidal Olivares, 2009, p. 348)

mientras que el incumplimiento no puede ser considerado como un evento condicional, pues el cumplimiento es un acto debido y los efectos del incumplimiento no se ponen en movimiento por efecto de una condición, sino por aplicación del contrato o de la ley²⁰⁵.

En razón de ello la resolución es considerada hoy como un remedio del incumplimiento. Así también se ha manifestado la doctrina nacional²⁰⁶ y se ha planteado el tema por la jurisprudencia más reciente²⁰⁷.

Por otro lado, nuestro código no regula qué tipo de incumplimiento confiere al acreedor el derecho de demandar la resolución o cómo debe evaluarse la resolución en caso de la existencia de un cumplimiento imperfecto. Tampoco la doctrina ni la jurisprudencia han logrado de manera sistemática y uniforme resolver estos problemas²⁰⁸, lo que ha repercutido al analizar los requisitos exigidos para su procedencia.

2. Requisitos establecidos por la doctrina tradicional para la procedencia de la resolución

Se ha señalado tanto por la doctrina tradicional y mayoritaria²⁰⁹ que para que opere la condición resolutoria tácita es necesario que: (i) se trate de un contrato bilateral; (ii) haya incumplimiento imputable de una obligación; (iii) quien la pide, haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación; y, (iv) sea declarada por sentencia judicial.

²⁰⁵ (Díez-Picazo, 2008a, pp. 699-701, 704-706)

²⁰⁶ Ver: (Barros Bourie, 2008; Mejías Alonzo, 2011; Vidal Olivares, 2010).

²⁰⁷ Este tema ha sido tratado por la jurisprudencia de nuestros tribunales, en un fallo de la Corte Suprema, en donde se previno por el abogado integrante Raúl Lecaros sobre este tema, quien sostuvo:

“1.- Que la denominada condición resolutoria tácita, de que trata la disposición citada, no comparte la naturaleza jurídica de una verdadera condición resolutoria - la que llamamos condición resolutoria ordinaria - puesto que la que va envuelta en los contratos bilaterales supone, para tenerla por cumplida, un hecho ilícito, cual es el incumplimiento de las obligaciones contractuales, a diferencia de la ordinaria que, al tenor del artículo 1477 del Código Civil, su cumplimiento o incumplimiento no envuelve ilicitud alguna, desde que el hecho de que pende la condición depende de la voluntad de las partes, de la de un tercero o de un acaso, o en parte de la voluntad de una de las partes y en parte de la de un tercero o un acaso;

2.- Así, en concepto de quien previene, lo que regula el artículo 1489 del Código Civil, en definitiva, es el efecto del incumplimiento contractual, como lo hacen otros códigos modernos” (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 720-2013).

²⁰⁸ (Mejías Alonzo, 2011).

²⁰⁹ Dentro de los supuestos de la condición resolutoria tácita, se menciona por algunos autores: “a) Que haya un contrato; b) que éste sea bilateral; c) que una de las partes no cumpla lo pactado, y, d) que la otra parte cumpla o esté llana a cumplir su obligación” (Alessandri Rodríguez et al., 2001, p. 269).

Analizaremos brevemente dos de los requisitos que, a nuestro juicio, merecen particular atención. Esto son: el incumplimiento imputable de la obligación y la necesidad de declaración judicial.

(i) Incumplimiento imputable de la obligación

Sobre este punto revisaremos en primer lugar el tipo de incumplimiento que puede dar lugar al ejercicio de la facultad resolutoria, para luego revisar críticamente la necesidad de imputar dicho incumplimiento a culpa o dolo del deudor para resolver el contrato.

a. El tipo de incumplimiento

Una importante discusión respecto a este requisito, recae sobre cuál debe ser el tipo de incumplimiento que se exige para declarar la resolución del contrato.

La doctrina tradicional tiende a identificar el supuesto de la resolución con el incumplimiento definitivo, ya sea por vencimiento de un término esencial o por la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor²¹⁰. Según esta posición el acreedor resolvería el contrato porque ya no le interesa en lo absoluto lo debido o porque el cumplimiento, independiente de su interés, se ha hecho imposible.

Sin embargo, ello no tiene relación con la práctica y finalidad con que se ejercita la facultad resolutoria, ya que el acreedor puede resolver el contrato con el fin de desligarse de su deudor y celebrar un negocio de reemplazo con un tercero en el mercado, siendo excepcional la situación en que se hace porque se ha producido una insatisfacción definitiva en su interés²¹¹.

La limitada tesis tradicional en este caso encuentra explicación en que la doctrina, al examinar los efectos del incumplimiento, toma generalmente como modelo relevante el de las

²¹⁰ (Mejías Alonzo, 2011, p. 122; Vidal Olivares, 2009, p. 350)

²¹¹ (Vidal Olivares, 2009, p. 350)

obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, las que admiten una sola posibilidad de satisfacción²¹².

Desde nuestro punto de vista, tanto el incumplimiento total, o el cumplimiento tardío o inexacto de la obligación puede dar lugar al ejercicio de la facultad resolutoria por el acreedor insatisfecho. El incumplimiento debe ser entendido en términos amplios y objetivos, como toda desviación del programa de prestación convenido, que produzca una insatisfacción del interés del acreedor. De esta manera, la resolución procede ante cualquier tipo de incumplimiento, siempre que se cumpla con el resto de presupuestos exigidos para ello (como, por ejemplo, la gravedad de éste).

b. Gravedad del incumplimiento

Parte de la doctrina ha señalado que al no distinguir el artículo 1489 C.C. sobre la intensidad del incumplimiento, no está permitido al intérprete hacerlo. Por tanto, ante cualquier incumplimiento, por irrelevante que éste sea, procede la resolución²¹³. Otro sector de la doctrina tradicional rechaza esta hipótesis, señalando como argumento principal que el término de una relación contractual por un incumplimiento insustancial de la obligación por parte del deudor sería contrario a la buena fe²¹⁴.

²¹² Como ya se hizo referencia, el modelo imperante de obligaciones hoy en día ha variado en relación al modelo que imperaba en la época de dictación del Código Civil. Hoy en día, prevalecen las obligaciones sinalagmáticas con objeto fungible, las que admiten diversas posibilidades para satisfacer el interés de las partes, por ejemplo, buscar un reemplazo disponible en el mercado.

²¹³ Esta postura es hoy minoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia. Algunos autores que sostienen esta idea son: (Alessandri Rodríguez, 1988, pp. 180-181; Alessandri Rodríguez et al., 2001, pp. 272-273; Meza Barros, 2002, p. 90; Somarriva Undurraga, 1939, p. 18).

²¹⁴ Destaca Luis Claro Solar, por ser una de las primeras opiniones en negar a cualquier incumplimiento el carácter de resolutorio “más bien por razones de equidad, que por el rigor del derecho” (Claro Solar, 1992, pp. 190-193). Asimismo, René Abeliuk señala que “no estamos de acuerdo en que el incumplimiento de algunas obligaciones del mismo contrato, de carácter totalmente accesorio y secundario, no obstante haberse cumplido las principales, pueda dar lugar a la resolución. En primer lugar, porque puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y en seguida porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento” (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 517). Con todo, se ha llegado a exigir, para dar lugar a la resolución, que el incumplimiento sea significativo, a la luz de los intereses contractuales del acreedor. Un incumplimiento de escasa importancia no daría lugar a un interés legítimo para poner fin a la relación contractual, porque no compromete la reciprocidad de la relación contractual. También hay una exigencia de lealtad (buena fe) comprometida, porque en tal situación el incumplimiento de la otra parte puede ser un pretexto para poner fin a una relación contractual, que ha devenido inconveniente para el acreedor (Barros Bourie, 2008, pp. 422-423). Asimismo, ha servido para que, con una visión más funcional del contrato, no se exija la imputabilidad del deudor

Pese a la falta de distinción del artículo 1489 C.C., hoy se encuentra bien asentado que resulta inaceptable sostener la procedencia de la facultad resolutoria ante cualquier clase de incumplimiento²¹⁵. Los motivos aducidos son diversos, entre ellos, la equidad, la falta de interés que tendría el acreedor en demandar la resolución, el abuso del derecho en que estaría incurriendo el acreedor, y su actitud contraria a la buena fe²¹⁶.

La doctrina y parte de la jurisprudencia²¹⁷ junto con justificar la exigencia de la gravedad del incumplimiento para la procedencia de la resolución, ha discutido sobre los criterios que permiten determinar si un incumplimiento tiene o no esta calidad. Así, se ha atendido a la clase de obligación incumplida²¹⁸ o la relación del incumplimiento con ciertos elementos de la estructura del contrato para determinar la gravedad de éste²¹⁹.

para ejercer el derecho a resolver (siempre y cuando exista un incumplimiento significativo). El acreedor tiene un derecho alternativo a pedir la resolución o el cumplimiento en naturaleza o en valor.

²¹⁵ Esta postura ha sido la tendencia dominante en el derecho comparado. Así, vemos por ejemplo que, en Francia, se estima que el juez puede rechazar la resolución ante incumplimientos leves, lo cual se extrae de la facultad del texto del artículo 1184 C.C., que faculta al juez para conceder al deudor un plazo de gracia para cumplir.

También se ha acudido a la utilidad para el acreedor, de modo que, si lo parcialmente ejecutado carece de utilidad para él, la situación equivale al incumplimiento total; en cambio, si lo hecho le presta una ventaja substancial, el juez podría rechazar la resolución (Ripert & Boulanger, 1964, p. 329). Además, existen razones totalmente compatibles con la interpretación tradicional, pues se ha sostenido de alguna manera este remedio hace peligrar un principio fundamental como lo es el *pacta sunt servanda*, además, de tener el efecto de revertir en el incumplimiento un riesgo que, de acuerdo con el contrato, debía ser soportado por el perjudicado (Zimmermann, 2008, p. 73).

El Código Civil italiano resuelve el problema directamente, al establecerse en el artículo 1455 que: “[n]o se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra”.

²¹⁶ (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 409)

²¹⁷ A modo de ejemplo, la Corte Suprema estimó: “(...) que la gravedad del incumplimiento contractual ha de ser analizada desde una perspectiva centrada en el interés y satisfacción de las partes, siendo en consecuencia resolutorio cuando termina frustrando el fin de contrato, es decir, cuando el perjuicio causado a la contraparte sea tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, situación que es justamente la que ocurrió en el caso de autos, pues el demandante principal ante los constantes incumplimientos en que incurrió su contraparte vio frustrada la perspectiva de cumplimiento que aseguraba el contratos, en otras palabras, la conducta de Italmod S.A. se constituyó en un hecho que destruyó la perspectiva que tuvo Gonzalo Romero Acuña Diseño E.I.R.L. al momento de contratar en las condiciones que hizo, siendo en consecuencia dicho incumplimiento esencial, lo que acarrea la ineficacia del contrato debiéndose en consecuencia resolverse” (C. 6º). (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 3320-2012).

²¹⁸ Se ha distinguido las obligaciones principales de las accesorias, procediendo la resolución sólo en el caso del incumplimiento de una obligación principal. También se ha distinguido si se trata o no, de una obligación recíproca constitutiva de la bilateralidad del contrato de modo que, si tiene esta calidad, procede el ejercicio de la resolución (Abeliuk Manasevich, 1983, p. 344). Asimismo, se ha sostenido que procede la resolución si la obligación incumplida se identifica con la esencia del contrato, en relación a lo que ha sido pactado (Claro Solar, 1992, pp. 191-193).

²¹⁹ En este caso se han distinguido los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales, sosteniéndose que el incumplimiento es grave y por tanto procede la resolución si se incumple una obligación de la esencia (Alcalde Rodríguez, 2003, p. 84).

Por otro lado, se ha sostenido que lo verdaderamente importante es el incumplimiento en sí mismo y el impacto en el interés del acreedor, cuestión que el juez deberá determinar caso a caso, según el contenido del contrato²²⁰.

Por ejemplo, el Proyecto de modificación del Código Civil Francés introduce la exigencia de gravedad en el incumplimiento como requisito a la resolución, pero este requisito era una solución ya asentada en la doctrina y la jurisprudencia francesa²²¹. En efecto, el art. 1224 del Proyecto dispone que la resolución resulta de la operación de una cláusula resolutoria, o en caso de incumplimiento grave, de la notificación del acreedor o de una decisión judicial²²².

Por otro lado, la Convención de Viena y la reciente propuesta de modernización del Código Civil español, en materia de obligaciones y contratos²²³, establecen el “incumplimiento esencial” como supuesto de hecho de la resolución.

El incumplimiento tiene la calidad de esencial cuando²²⁴:

- a. las partes han pactado expresamente la resolución para un determinado incumplimiento²²⁵;
- b. lesiona sustancialmente la finalidad del acreedor, en la medida que tal resultado hubiere sido previsible para el deudor al contratar; y,

²²⁰ (Vidal Olivares, 2009, p. 356)

²²¹ Ver nota 216. Además, ver (Momberg Uribe, 2015, p. 137; Pizarro Wilson, 2011, pp. 134–135).

²²² Asimismo, “el proyecto acepta la resolución unilateral (art. 1226), señalando que el acreedor puede, en caso de incumplimiento grave y a su riesgo, resolver el contrato por medio de la notificación al deudor. Se trata de la consagración de la jurisprudencia de la *Cour*, que desde 1998 ha permitido la resolución unilateral, sin necesidad de sentencia judicial previa, cuando el incumplimiento grave de la otra parte así lo justifica. Se sigue la tendencia en Derecho Uniforme: arts. 7.3.1. de los PICC y 9:301 de los PECL. Empero se ha rechazado la posibilidad de la resolución por incumplimiento anticipado, ampliamente aceptada otros sistemas tanto de Derecho Civil (por ejemplo, art. 349 Código Civil alemán) como de *Common Law* (con la figura del *anticipatory breach*), lo mismo que en Derecho Uniforme de contratos (arts. 7.3.3 y 7.3.4 de los PICC, 9:304 de los PECL)” (Momberg Uribe, 2015, p. 137).

²²³ (Comisión General de Codificación, 2009).

²²⁴ Esta categorización es sostenida por (Vidal Olivares, 2009, p. 358).

²²⁵ Esta causal se desprende de lo establecido en el artículo 25 de la Convención de Viena: El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

- c. producido el incumplimiento el acreedor no tiene razones para confiar en el futuro cumplimiento o subsanación por parte de su deudor, sin que sea razonable forzarlo a conservar el negocio²²⁶.

Consideramos que éste último criterio junto con adecuarse a la noción de contrato como un mecanismo de garantía respecto del interés del acreedor, otorga directrices sobre la intensidad del incumplimiento que debe ser exigido, para los ordenamientos en donde no existe una jurisprudencia asentada sobre el tema.

c. *La imputabilidad del incumplimiento*

Parte de la doctrina tradicional sostiene que el incumplimiento, independiente de su naturaleza, debe ser imputable al deudor²²⁷ para el ejercicio de la facultad resolutoria.

Se ha señalado que al ser procedente la indemnización de perjuicios junto a la resolución, sería necesario que el deudor haya actuado con culpa o dolo; pues la imputabilidad del incumplimiento es un requisito para cobrar perjuicios²²⁸. A esto, se agrega la necesidad de que se constituya en mora al deudor²²⁹.

A su vez, se sostiene que si el incumplimiento se debe al caso fortuito o fuerza mayor no habrá lugar a la resolución, pues la obligación de una de las partes se habrá extinguido por la imposibilidad en el cumplimiento o, como lo denomina nuestro Código Civil, pérdida de la cosa debida, aplicándose la llamada teorías de los riesgos (artículo 1550 C.C.).

Se agrega como fundamento al requisito de la imputabilidad, el hecho de que el legislador se refiere a este requisito a propósito de la facultad resolutoria en la compraventa, en los

²²⁶ En esta pérdida de confianza se pueden incluir casos como el incumplimiento doloso o con fraude del deudor y aquellos incumplimientos en que pese a otorgarse al deudor un plazo adicional, de duración razonable para que cumpla o corrija la prestación defectuosa, éste no cumple o declara que no cumplirá.

²²⁷ (Claro Solar, 1911, pp. 184-186; López Santa María, 2005, p. 556)

²²⁸ René Abeliuk es concluyente, señalando que “[e]l Art. 1489 no lo dice así expresamente, pero es obvio que el incumplimiento debe ser imputable al deudor, por la razón ya señalada, y porque, además, el precepto permite cobrar perjuicios, y el deudor sólo los debe cuando hay dolo o culpa de su parte. Finalmente, en la resolución de la compraventa por el no pago del precio, el Art. 1873 exige expresamente que el comprador esté en mora de pagarlo en el lugar y tiempo estipulado. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, que además ha agregado que el deudor debe estar colocado en mora” (Abeliuk Manasevich, 1983, p. 656).

²²⁹ (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 411)

artículos 1826²³⁰ y 1873²³¹ C.C., para el incumplimiento del vendedor y del comprador, respectivamente. Estas normas, expresamente sostienen la posibilidad de pedir el cumplimiento forzado o la resolución, sumado a la indemnización de perjuicios, cuando el incumplimiento del vendedor o comprador se deba a su culpa y se hayan constituido en mora.

d. Críticas a la imputabilidad como requisito de la resolución

La doctrina moderna rechaza la imputabilidad (a culpa o dolo) como requisito de la resolución²³². La formulación de la regla del artículo 1489 II C.C. se explica porque la acción de ejecución y de resolución son incompatibles entre sí (por eso es una opción alternativa entre ambas), aunque nada impide que sean ejercidas una en subsidio de la otra. Por su parte, la acción de indemnización de perjuicios es compatible con ambas, aunque cada remedio tiene sus propios supuestos de hecho que los diferencian y determinan su propia funcionalidad²³³.

En relación al caso fortuito o fuerza mayor, estos supuestos no se limitan a los casos de imposibilidad absoluta de la prestación y, consiguientemente, no siempre acarrear la extinción de la obligación²³⁴. Si bien en nuestra doctrina muchas veces se confunde la regla del riesgo de la prestación por la pérdida de la cosa debida, con la regla de exoneración de responsabilidad por caso fortuito²³⁵, esto no es correcto²³⁶.

²³⁰ El inciso segundo del artículo 1826 C.C. establece: “[s]i el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales”.

²³¹ El artículo 1873 C.C. establece: “[s]i el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”.

²³² “[N]o se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento” (Díez-Picazo, 2005, p. 15, 2008b, p. 821).

²³³ (Vidal Olivares, 2009, p. 365)

²³⁴ (Vidal Olivares, 2009, p. 365)

²³⁵ Incurre en esta confusión (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 411).

²³⁶ La pérdida de la cosa que se debe es sólo un supuesto de caso fortuito, que particularmente se encuentra regulado como un modo de extinguir las obligaciones en el artículo 1567 N° 7 C.C., y sólo a propósito de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto.

En este tipo de obligaciones, opera la teoría de los riesgos regulada en los artículos 1550 y 1820 C.C. De esta manera, no se podría ejercer por el otro contratante la facultad resolutoria, pues el riesgo recae sobre él, de modo

Así, vemos que en los supuestos de caso fortuito que no consistan en la pérdida de la cosa debida, cuando se trate de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, su consecuencia será la de exonerar de responsabilidad contractual en sentido estricto, esto es, liberar al deudor incumplidor del deber de indemnizar los perjuicios producidos por el incumplimiento. Pero no se han extinguido las obligaciones de las partes, de modo que podría ejercerse la facultad resolutoria, para poner fin al contrato, y a las obligaciones recíprocas a que éste da lugar.

En relación a lo dispuesto en los artículos 1826 y 1873 C.C., la exigencia de la imputabilidad se refiere particularmente al remedio de indemnización de daños y no a la resolución, la que conforme al artículo 1489 C.C. se desenvuelve inclusive frente a incumplimientos fortuitos²³⁷. A lo más, sostienen, podría aceptarse la exigencia de la imputabilidad para la resolución de la compraventa en el entendido que, si bien las normas citadas así lo exigen, ellas tienen un ámbito limitado a ese contrato por el principio de especialidad.

Es ilustrativo de esta postura crítica a la imputabilidad, lo ocurrido en el derecho francés, fuente inmediata de nuestra condición resolutoria tácita, en donde la jurisprudencia ha entendido que basta el incumplimiento para pedir la resolución. Este criterio es compartido por el artículo 49 de la Convención de Viena y por el artículo 9301 de los Principios de

que su obligación va a subsistir y debe cumplirla porque el riesgo de la pérdida de la especie debida, le corresponde a él.

La situación es diferente en las obligaciones de dar un género, pues la pérdida de una cosa dentro del género no extingue ninguna obligación, siempre que subsista algún individuo del género (art. 1510 C.C.). De no subsistir ningún individuo, la obligación pasaría a ser de especie o cuerpo cierto, pues el género no perece.

En este caso, por lo tanto, no se hace necesario aplicar la teoría de los riesgos, y siempre se podría ejercer la facultad resolutoria ante los incumplimientos que reúnan los supuestos de hecho necesarios para el ejercicio de dicho remedio.

En relación a las obligaciones de hacer y no hacer, la pérdida de la cosa debida como causal de caso fortuito se relaciona con la imposibilidad sobrevenida no imputable. Esta causal de caso fortuito constituye a su vez un modo de extinguir las obligaciones, regulado en el Código de Procedimiento Civil, a propósito de las reglas del juicio ejecutivo y las excepciones que puede interponer el ejecutado.

En este caso, la obligación de quien se encuentra ante una imposibilidad sobrevenida absoluta para ejecutar lo hecho u abstenerse de lo prometido, se extingue. Sin embargo, como sabemos, a propósito de estas obligaciones no se reguló expresamente la teoría de los riesgos (Barros Bourie, 2008, p. 421).

Es por lo anterior, que estimados que la facultad resolutoria podría ser útil para resolver estos problemas, pues a la obligación correlativa que subsiste podría ponerse fin mediante el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1489 C.C. siendo independiente de la culpa o imputabilidad del incumplimiento en este caso (ya que la teoría de los riesgos no aplica).

²³⁷ (Vidal Olivares, 2009, p. 367)

derecho Europeo de los Contratos²³⁸. Asimismo, es aceptada esta postura en la tradición del *Common Law*, en el derecho español y ha sido confirmado luego de la última modificación al BGB en el derecho alemán²³⁹. La discusión en torno a que la conducta del deudor sea imputable a culpa o dolo del deudor para el ejercicio de los remedios contractuales será tratada en extenso en el siguiente capítulo.

(ii) Declaración judicial de la resolución

En relación a la necesidad de declaración judicial, el C.C. no lo dispone expresamente, pero la doctrina dominante así lo concluye²⁴⁰, pues el artículo 1489 C.C. dispone que “podrá el otro contratante pedir el cumplimiento o la resolución (...)”, petición que deberá formularse ante los tribunales de justicia.

Además, al existir una opción para el contratante, se afirma que sería necesario que éste exprese la decisión por la cual ha optado, y el mecanismo para ello es mediante una acción judicial. Por otro lado, al poder pedir el cumplimiento forzado del contrato, se desprende que la resolución no opera de pleno derecho, pues al existir esta opción significa que el contrato aún no se ha resuelto²⁴¹.

Si bien es aceptado mayoritariamente en Chile que la resolución produce sus efectos una vez que es declarada por sentencia judicial²⁴², en el derecho comparado se establece otra forma de ejercer este remedio, que consiste en la configuración de un derecho potestativo del acreedor, que se materializa en un acto unilateral recepticio que declara la resolución por incumplimiento. Este acto unilateral disminuye los costos de transacción, ya que no habrá necesariamente un juicio, pues éste sólo tendrá lugar cuando el deudor se oponga al ejercicio de este derecho potestativo²⁴³.

²³⁸ (Barros Bourie, 2008, p. 422)

²³⁹ (Barros Bourie, 2008, p. 422)

²⁴⁰ (Alessandri Rodríguez et al., 2001, p. 279)

²⁴¹ (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 405)

²⁴² Cabe tener presente que una postura muy minoritaria en nuestro derecho ha entendido que la resolución opera de pleno derecho, cuando el acreedor cumplidor opta por la resolución, interponiendo la respectiva demanda en que se pide. Según Alessandri, así lo sostenía el profesor Ruperto Bahamonde en la cátedra y en los tribunales (Alessandri Rodríguez, 1988, p. 161).

²⁴³ (Barros Bourie, 2008, p. 424)

Si miramos la evolución del derecho comparado sobre este punto, la facultad resolutoria es entendida como una potestad jurídica que se hace valer mediante un acto de configuración unilateral. Por ejemplo, en el *common law* la resolución es considerada un remedio de autotutela que se ejerce por la sola declaración del acreedor²⁴⁴. Asimismo, la jurisprudencia francesa, ha estimado que la resolución se produce por la sola declaración de la voluntad del acreedor, cuando el incumplimiento grave de la otra parte así lo justifica²⁴⁵. Una modalidad dentro del ejercicio de la facultad resolutoria como acto jurídico unilateral recepticio consiste en que el contratante cumplidor intima al deudor a cumplir dentro de cierto plazo breve, y transcurrido sin que cumpla, el contrato queda resuelto de pleno derecho²⁴⁶. Esta opción es recogida por el artículo 49 a) de la Convención de Viena²⁴⁷.

Estimamos justificado modificar o regular expresamente la forma en que opera la facultad resolutoria, para establecer la posibilidad de su ejercicio unilateral, existiendo un juicio sólo ante la oposición del deudor incumplidor basado en el ejercicio abusivo de esta facultad, pues como bien sostiene el profesor Enrique Barros, es en virtud de razones de justicia y eficiencia que corresponde que los costos que conlleva el ejercicio jurisdiccional de la acción los asuma el deudor incumplidor²⁴⁸. Además, en ciertos casos la demora que se produce por la necesidad de una sentencia para poder considerar resuelto el contrato, conlleva un resultado contrario a los intereses buscados por el acreedor insatisfecho²⁴⁹.

a. Eficacia del pago una vez ejercida la facultad resolutoria

Respecto a este tema, y la necesidad de que la resolución sea declarada judicialmente, algunos autores han sostenido que el deudor puede hacer pago de su deuda, enervando la acción resolutoria, en cualquier estado del juicio, en primera instancia hasta la citación de las

²⁴⁴ (Harris et al., 2005, p. 51)

²⁴⁵ (Barros Bourie, 2008, p. 424)

²⁴⁶ Esta modalidad se encuentra en diversos Códigos desarrollados durante el siglo XX, dentro de los que podemos mencionar: el código italiano, en su artículo 1454, el Código boliviano, en su artículo 570, el Código peruano, en su artículo 1429 y, el Código paraguayo, en su artículo 728.

²⁴⁷ El artículo establece la resolución como una facultad que podrá ejercer el comprador, cumpliéndose con el requisito de incumplimiento esencial, sin necesidad de una declaración judicial. Asimismo, el artículo 64 letra a) de la Convención establece que el vendedor podrá declarar resuelto el contrato de manera unilateral, si el incumplimiento del comprador constituye un incumplimiento esencial.

²⁴⁸ (Barros Bourie, 2008, pp. 423-424)

²⁴⁹ (Pizarro Wilson, 2010a, pp. 439 y ss.)

partes a oír sentencia y, en segunda, hasta la vista de la causa²⁵⁰. Esta postura se basa en que es necesario para resolver el contrato que exista una declaración judicial al respecto, sumado a lo establecido en el artículo 310 del C.P.C., que prevé el pago entre las excepciones anómalas.

Esta postura privilegia el derecho del deudor a cumplir y el principio de conservación del acto o negocio celebrado, pero priva al acreedor de su derecho potestativo a pedir la resolución, contrariando lo dispuesto por el artículo 1489 C.C.²⁵¹.

Al respecto, consideramos que, incluso en el supuesto de la necesidad de la declaración judicial para la procedencia de la resolución, esto no conlleva necesariamente la posibilidad de que el deudor pueda cumplir durante el juicio.

Esta interpretación no es aceptable, ya que vulnera lo dispuesto en el artículo 1489 C.C., que da la opción al contratante cumplidor. Si el deudor puede pagar durante el juicio, el derecho pasa a sus manos. Así, el deudor incumplidor tendría además una ventaja estratégica durante todo el juicio, pudiendo a última hora pagar o permitir que se resuelva el contrato²⁵².

Con todo, la interpretación que considera improcedente la posibilidad de enervación de la acción en cualquier estado del juicio, además de ser lógica y justa, no contraviene lo dispuesto en el artículo 310 C.P.C. Este precepto permite interponer la excepción de pago en cualquier estado del juicio, que no equivale a que se pueda pagar en cualquier estado del juicio. Así, en caso que el deudor haya pagado antes de la presentación de la demanda, podrá oponer su excepción.

De esta manera, ejercitada la facultad resolutoria, entendida como un derecho potestativo del acreedor, es improcedente un pago ulterior del deudor: su derecho a cumplir precluye desde que queda trabada la litis²⁵³.

²⁵⁰ (Abeliuk Manasevich, 1983, p. 521)

²⁵¹ (Vidal Olivares, 2009, p. 353)

²⁵² (Peñailillo Arévalo, 2003, p. 417)

²⁵³ (Vidal Olivares, 2009, p. 354)

III. Indemnización de perjuicios

La dispersión normativa hasta aquí revisada, afecta el tratamiento que ha recibido el cumplimiento por equivalencia²⁵⁴, o más precisamente, la indemnización de los perjuicios ocasionados producto del incumplimiento contractual.

La responsabilidad contractual es entendida en este apartado en términos estrictos, como sinónimo de la obligación de indemnizar los perjuicios por parte del deudor, ante la existencia de un incumplimiento y la concurrencia de los demás requisitos que revisaremos.

Con todo, vale la pena advertir que algunos autores consideran que la idea de responsabilidad comprende “un conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor”²⁵⁵, incluyendo en la noción de responsabilidad la obligación de indemnizar los perjuicios, el cumplimiento forzado y otros mecanismos de que disponga el acreedor en su caso.

No estamos de acuerdo con ella, ya que en esta idea de responsabilidad no hay una distinción entre la etapa de estar obligado a la prestación por el deudor y, la etapa que surge una vez que se incumple y concurren los demás requisitos que se exigen para ello, de ser responsable de indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor insatisfecho²⁵⁶.

²⁵⁴ La idea de cumplimiento por equivalencia es equívoca, pues el mecanismo de indemnización de los perjuicios otorga una suma que comprende el interés pecuniario del acreedor en tener la prestación, junto con la reparación del daño sufrido.

Se ha señalado que, en el Derecho Romano, en los casos en que el deudor no respondía del incumplimiento o en que existía mora, se consideraba que la obligación subsistía y el acreedor podría siempre accionar reclamando el *oportere* frente al deudor, aunque la prestación hubiere devenido imposible. Por ello, los juristas decían que se “perpetuaba” la obligación. Este fenómeno de la perpetuación determinaba su subsistencia, en el sentido de que en lugar de la prestación debida se colocaba la de pagar una suma de dinero. La suma fijada se consideraba como “equivalente” pecuniario de la prestación (*aestimatio rei*), pero no incluía necesariamente el daño sufrido por el acreedor (Díez-Picazo, 2008a, p. 780).

²⁵⁵ (Hernández Gil, 1960, pp. 67 y ss)

²⁵⁶ Se ha sostenido que, la responsabilidad entendida en un sentido amplio tiene por objeto hacer valer en el patrimonio del deudor la obligación propiamente tal, y la responsabilidad civil en sentido estricto tiene por antecedente el incumplimiento de la obligación de primer grado, que resulta atribuible a culpa o dolo del deudor (Barros Bourie, 2007, p. 725).

Así, ante el incumplimiento de la obligación de primer grado que surge del contrato, surge la acción de responsabilidad contractual, que tiene por objeto obtener la indemnización de los daños derivados de dicho incumplimiento (Barros Bourie, 2007, p. 727).

1. La noción de responsabilidad contractual

Existen diversas concepciones respecto a la responsabilidad contractual en sentido estricto (indemnización de perjuicios).

Una concepción entiende a la responsabilidad contractual como una especie de cumplimiento (por ello se habla muchas veces de cumplimiento por equivalencia), en donde la obligación de indemnizar surgiría de la promesa del deudor de hacerlo al momento de contratar, siendo la obligación resarcitoria parte del contenido del contrato²⁵⁷. Esta concepción fue la que imperó en su momento en el *common law*²⁵⁸, donde la responsabilidad por *breach of contract*, era en principio estricta: en donde existía contrato, había responsabilidad, siendo irrelevante que el incumplimiento fuera o no imputable al deudor²⁵⁹.

Una segunda concepción, entiende que la responsabilidad contractual, al igual que la extracontractual, es una sanción a un acto ilícito, ya sea la lesión de un derecho de crédito o la lesión de un derecho subjetivo, ya se trate de sede contractual o extracontractual, respectivamente. Esta concepción permitiría explicar en cierta medida el tratamiento que recibió en su momento la responsabilidad contractual en Chile, toda vez que la mayoría de la

²⁵⁷ (Pantaleón Prieto, 1993, pp. 1737-1738)

²⁵⁸ Se sostiene que esta concepción imperó en el *common law*, en el período que antecede a la aparición de la doctrina de la *frustration* y persistiría en la aplicación de la doctrina de la *frustration* según el *implied term test*. (Pantaleón Prieto, 1993, p. 1738).

²⁵⁹ Respecto a este tema, el juez Richard Posner sostuvo: “[W]hat is true and worth noting is that the civil law – the law of Continental Europe, as distinct from Anglo-American law – of contracts places an emphasis on fault that is not found in the common law. As Holmes remarked, the common law conceives of contracts as options – when you sign a contract in which you promise a specified performance you buy an option to either perform as promised or pay damages, unless damages are not an adequate remedy in the particular case. Whether you were at fault in deciding not to perform – you could have done so but preferred to pay damages because someone offered you a higher price for the goods that you’d promised to the other party – is therefore irrelevant” (Bodum USA, Inc., v. La Cafetiere, Inc., 621 F.3d 624, 634 (7th Cir. 2010). “(...) Lo que vale la pena notar de la tradición del derecho civil – es decir, los ordenamientos jurídicos de Europa Continental – es que coloca un marcado énfasis en el análisis de la culpa en materia contractual, a diferencia de la tradición del Common Law. Para Holmes, el Derecho anglosajón concibe al contrato como un conjunto de opciones – en cuanto nace un contrato que impone la realización de una prestación específica, el deudor puede bien dar cumplimiento a su obligación en los términos pactados en el contrato o indemnizar los daños que surgen a partir del incumplimiento, salvo cuando ésta no satisfaga de manera apropiada los intereses del acreedor. Así, la culpabilidad es absolutamente irrelevante a efectos de analizar el incumplimiento – si bien el deudor pudo haber dado cumplimiento a su obligación, es posible que haya preferido resarcir los perjuicios causados a su acreedor, pues un tercero le pudo haber ofrecido un mejor precio por cosa o prestación (...)”

doctrina tradicional, desarrolló este tema mediante un paralelo con las reglas de la responsabilidad extracontractual²⁶⁰.

Y, por último, una tercera, que explica que, si bien la fuente de la responsabilidad contractual es el contrato, no se concibe la obligación de indemnizar como contenido de la promesa contractual, sino como efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ella. Así, cuando el deudor incumplidor debe responder, no es porque haya prometido responder si no cumple, sino porque, en defecto de pacto, el legislador ha estimado que las circunstancias del incumplimiento hacen razonable que sea imputado al deudor²⁶¹. La regulación de la responsabilidad contractual en el Código Civil francés y sus seguidores, como es el caso de Chile, reflejaría esta tercera concepción²⁶².

Esta discusión en torno al contenido de la responsabilidad contractual también se ha dado en nuestro país, mediante diversas conceptualizaciones en torno a la indemnización de perjuicios.

Por un lado, la indemnización de perjuicios ha sido definida como aquel mecanismo contractual que permitiría al acreedor insatisfecho reclamar y obtener, respecto del deudor, la cantidad de dinero que equivalga o represente lo que éste habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación²⁶³. Esta definición se relaciona con la acción indemnizatoria entendida como el mecanismo para obtener el cumplimiento de la obligación por equivalencia, o sea, que el acreedor obtenga económicamente tanto como le habría significado el cumplimiento de la obligación²⁶⁴.

²⁶⁰ (Pizarro Wilson, 2010b, p. 299)

²⁶¹ (Pantaleón Prieto, 1993, p. 1739)

²⁶² (Pantaleón Prieto, 1993, p. 1739)

²⁶³ (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 809)

²⁶⁴ (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 809). Arturo Alessandri definía a esta institución como “el derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación”, para luego agregar que “[L]a indemnización de perjuicios viene entonces, a reemplazar el beneficio que el acreedor habría obtenido con el cumplimiento íntegro, efectivo y oportuno de la obligación. Por eso se dice que la indemnización de perjuicios, a diferencia de la ejecución forzada, satisface al acreedor en equivalencia, viene a ser equivalente a la ventaja o beneficio que el acreedor habría reportado por el cumplimiento de la obligación” (Alessandri Rodríguez, 1998, pp. 74-75).

Por otro lado, se ha conceptualizado a la indemnización como la manera de reparar los perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, la que se traduce en una prestación que el deudor queda obligado a satisfacer en su favor²⁶⁵.

Ambas nociones difieren en cuanto a la función que le cabe a la responsabilidad contractual. Bajo la primera perspectiva, la indemnización de perjuicios dentro de la responsabilidad contractual, cubriría los daños causados por el incumplimiento que se relacionan con el valor de la prestación, excluyendo los daños ajenos a él, mientras que la segunda perspectiva cubre todos los perjuicios que ocasiona el incumplimiento y que cumplen con los parámetros de previsibilidad exigidos.

A nuestro modo de ver, esta dualidad de nociones puede ser superada mediante la distinción realizada entre el cumplimiento por equivalencia y la indemnización de perjuicios. El primero tiene lugar cuando, estando vigente la obligación, ya no es posible (o útil) el cumplimiento específico; en esta alternativa la obligación subsiste, pero varía de objeto. La indemnización de perjuicios, en cambio, ya no persigue únicamente el valor de la prestación incumplida, sino que resarcir los perjuicios que, más allá de la cosa o prestación no ejecutada, se causaron al acreedor por el incumplimiento²⁶⁶.

De este modo, y como revisaremos *infra*, a propósito de las funciones que le caben a la responsabilidad contractual, la noción que adoptaremos respecto a la indemnización de perjuicios es aquella que la entiende como el remedio que permite que el acreedor vea reparado los perjuicios que se han producido producto del incumplimiento, asumiendo tanto el pago por equivalencia de la prestación, como la reparación de los perjuicios subsecuentes que son ocasionados al acreedor.

²⁶⁵ (Gatica Pacheco, 1959, p. 13)

²⁶⁶La distinción entre cumplimiento por equivalencia e indemnización de perjuicios es desarrollada por Daniel Peñailillo (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 335). Si bien valoramos esta distinción, discrepamos de ella, en la medida que, como veremos *infra*, en la responsabilidad contractual cabe tanto la noción de la indemnización de los perjuicios subsecuentes, así como del cumplimiento por equivalencia (o valor de la prestación).

2. Dispersión normativa en la regulación de la indemnización de perjuicios

La indemnización de perjuicios no encuentra una regulación armónica dentro de las normas del C.C., sino que ésta se encuentra regulada de manera dispersa en diversos artículos, a través de los cuales, bajo una lectura e interpretación doctrinaria, se han establecido los distintos presupuestos de procedencia de este remedio contractual.

Así, es posible afirmar que dentro de las normas que regulan la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, encontramos los artículos 1547, 1551, 1556, 1557, 1558 y 1559 C.C.

Enrique Barros señala, que debido a que la doctrina general de las obligaciones tiende a no diferenciar sistemáticamente la situación de “estar obligado” con “ser responsable”, se suelen generar malentendidos en su regulación, ya que el Código Civil mezcla las reglas relativas al cumplimiento de la obligación contractual de primer grado, con normas de responsabilidad contractual propiamente tal²⁶⁷.

Al igual que en el cumplimiento forzado, en la indemnización de los perjuicios encontramos una serie de interrogantes que surgen por la falta de sistematización en su regulación. Una de ellas consiste en cuáles son los presupuestos de procedencia de la indemnización de perjuicios, particularmente en relación al requisito de la constitución en mora del deudor y la exigencia de culpabilidad²⁶⁸. A su vez, surgen dudas en relación a la naturaleza jurídica, su justificación, y sobre la posibilidad de ejercer autónomamente esta acción.

Por ello, revisaremos la naturaleza jurídica y la finalidad y función de la obligación de indemnizar, así como sus presupuestos de procedencia y la forma en que opera este remedio.

3. Naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar

La pregunta sobre la naturaleza de la obligación de indemnizar, apunta a dilucidar si dicha obligación corresponde a una nueva obligación, extraña a la incumplida que da origen a la reparación, o si más bien se trata de la misma obligación que ha cambiado de objeto.

²⁶⁷ (Barros Bourie, 2007, p. 728)

²⁶⁸ Este último punto será tratado en el capítulo siguiente.

Parte de la doctrina nacional ha entendido que la obligación de indemnizar comparte la misma naturaleza jurídica que la obligación incumplida. Así, Fueyo y Gatica, han sostenido que la obligación de indemnizar corresponde a la misma obligación que ha sido incumplida por el deudor, con el sólo cambio de objeto, pero conservando sus demás elementos²⁶⁹⁻²⁷⁰. La prestación originaria se reemplaza, en atención al incumplimiento, por otra que representa el interés del acreedor en la perfecta ejecución²⁷¹.

De esta forma, si se entiende que la obligación es la misma, pero sólo cambia de objeto, las garantías convenidas caucionarían la obligación de indemnizar los perjuicios²⁷², mientras que, si se acepta que la obligación de indemnizar es una nueva obligación, las garantías convenidas se extinguirían.

Asimismo, si entendemos que constituyen la misma obligación, la indemnización de perjuicios podría desaparecer por las mismas causas que la obligación principal, como ocurre por ejemplo con la nulidad o la resolución del contrato²⁷³.

Consideramos impreciso concluir que salvo por el cambio de objeto, se afirme que la obligación incumplida sea igual a la obligación de resarcir los perjuicios producidos producto de dicho incumplimiento.

A nuestro parecer, si bien es posible encontrar una fuente común entre ambas obligaciones, difícilmente comparten la misma naturaleza jurídica, pues atienden a funciones diferentes. La obligación que emana del contrato tiene su fundamento en éste, y su función tiene que ver con la satisfacción de los intereses que las partes han pactado. La indemnización de perjuicios, en cambio, si bien busca satisfacer el interés del acreedor, lo hace mediante el resarcimiento de los perjuicios que ocasiona el incumplimiento.

Si esto se ejemplifica en los supuestos de imposibilidad de la obligación principal, vemos que una vez que la prestación se vuelve imposible, no se trata de que la obligación subsista y sobreviva en la obligación de indemnizar los perjuicios, sino que más bien ésta se extingue,

²⁶⁹ (Fueyo Laneri, 2004, p. 343)

²⁷⁰ (Gatica Pacheco, 1959, p. 20)

²⁷¹ (Fueyo Laneri, 2004, p. 343)

²⁷² (Gatica Pacheco, 1959, p. 21)

²⁷³ (Gatica Pacheco, 1959, p. 21)

surgiendo, de ser procedente, la obligación de resarcir los daños causados al acreedor, la que nace *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual²⁷⁴.

A su vez, resulta criticable que a partir de la idea de que la obligación de indemnizar comparta la misma naturaleza que la obligación principal, se siga de ello que subsistan las garantías con que fue caucionada la obligación principal. Pantaleón sostiene al respecto que la razón que explica que las garantías de la obligación originaria aseguren también la obligación indemnizatoria, se justifica en que ambas obligaciones tienen su fuente en el contrato²⁷⁵. Luis Díez-Picazo afirma que la relación obligatoria de indemnización constituye una transformación de la obligación primitiva incumplida, lo cual determina que, siendo posible, se debe seguir el mismo régimen jurídico que aquella. Ello aplica especialmente respecto a las garantías que aseguraban el cumplimiento de la obligación, las cuales continúan asegurando el cumplimiento de la obligación de indemnizar²⁷⁶.

Consideramos que la postura que entiende que la naturaleza de la obligación sigue siendo la misma variando únicamente de objeto, sólo se justifica si la indemnización se corresponde con el cumplimiento por equivalencia. En el cumplimiento por equivalencia, efectivamente se podría hablar de un cambio en el objeto de la obligación, no así en la indemnización de los perjuicios propiamente tal, cuya función excede, como veremos, la reparación del valor de la prestación.

4. Finalidad y funciones de la obligación de indemnizar²⁷⁷

La responsabilidad contractual en sentido estricto tiene una finalidad resarcitoria o indemnizatoria²⁷⁸. La responsabilidad busca reparar los daños y perjuicios que se producen

²⁷⁴ (Pantaleón Prieto, 1991, p. 1021)

²⁷⁵ (Pantaleón Prieto, 1991, p. 1047)

²⁷⁶ (Díez-Picazo, 2008a, p. 782)

²⁷⁷ Se excluye la función preventivo-punitiva, ya que la responsabilidad no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos y, la función de reintegración del derecho de crédito lesionado, ya que la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo ni en parte, un subrogado de la prestación incumplida. Cabe señalar sobre este punto, que tradicionalmente se ha entendido que la responsabilidad contractual en sentido estricto exige imputabilidad subjetiva- culpa o dolo del deudor- pero, se excluye la función punitiva toda vez que esta imputabilidad se hace en términos objetivos, es decir, se compara la conducta del deudor con un estándar de comportamiento objetivo (a diferencia de lo que ocurre en derecho penal, en que existe una consideración de las circunstancias subjetivas y personales para determinar la responsabilidad) (Ver: Díez-Picazo, 2008a, p. 782; Pantaleón Prieto, 1991, pp. 1020-1021).

²⁷⁸ (Díez-Picazo, 2008a, p. 782)

en el acreedor producto del incumplimiento del contrato, para que el deudor cumpla con su deber de garantía respecto a la satisfacción de los intereses del acreedor.

Esta función permite identificar los perjuicios que deben ser reparados al ejercer la acción indemnizatoria. En efecto, la justificación de la existencia de la responsabilidad parte del reconocimiento del carácter obligatorio del vínculo contractual. A partir de esto, surge la duda en relación a si lo que el ordenamiento jurídico debe propender a satisfacer es únicamente la prestación insatisfecha del acreedor²⁷⁹ o si también se deben reparar íntegramente los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento²⁸⁰.

Como ya fue referido, existe un primer punto de vista que entiende a la responsabilidad contractual como un pago por equivalencia. El monto de los perjuicios que deben ser reparados se relaciona con el incumplimiento del vínculo contractual, y es un efecto de las obligaciones contraídas, cumpliendo una función de ejecución por equivalencia²⁸¹. Así, el monto a reparar en dinero consiste en el equivalente del beneficio o utilidad que le hubiere reportado al acreedor el cumplimiento de lo querido originariamente²⁸². Esto es lo que se conoce como la pretensión para exigir la *aestimatio rei*, que constituye una verdadera pretensión de cumplimiento por equivalencia de la perpetuada obligación originaria²⁸³.

De esta manera, en base a la función de pago por equivalencia, todos los daños causados al acreedor, ajenos al valor de la prestación, quedarían bajo el alero de la responsabilidad extracontractual²⁸⁴.

El problema que presenta limitar la función de la responsabilidad contractual únicamente al pago por equivalencia es la dificultad que existe en su implementación, pues el acreedor insatisfecho debería proceder a incoar dos procesos diversos, uno destinado al pago por equivalencia y otro destinado a obtener la reparación de los demás perjuicios, en sede extracontractual.

²⁷⁹ Entendida, así como un simple pago por equivalencia de la prestación debida.

²⁸⁰ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

²⁸¹ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

²⁸² (Fueyo Laneri, 2004, p. 341)

²⁸³ (Pantaleón Prieto, 1991, p. 1053)

²⁸⁴ (Pizarro Wilson, 2010b, p. 303)

Es por ello, que recibe amplia aceptación la función de reparación de los diversos perjuicios en relación a la responsabilidad contractual. En Chile no ha sido necesario recurrir a disquisiciones teóricas destinadas a limitar la función de reparación de la responsabilidad contractual, toda vez que los autores chilenos no han propuesto una simple función de ejecución por equivalencia a la responsabilidad contractual²⁸⁵, pese a que en su conceptualización recurren a una noción más limitada de este concepto.

Así, la indemnización contractual puede equivaler a la ejecución forzada del interés esperado por el acreedor y además, de manera conjunta o autónoma, al valor de los daños causados a otros bienes o a la persona del acreedor.

En definitiva, la responsabilidad contractual tiene una doble función, que permite reparar de manera íntegra los perjuicios que ocasiona el incumplimiento, ya sea en relación a la prestación debida (o daños consubstanciales), o a daños consecutivos al incumplimiento, relacionados con otros bienes distintos a la prestación que se debe o relacionados con la persona del acreedor. Las reglas de la responsabilidad contractual deben propender a dejar intacta la esfera patrimonial del acreedor insatisfecho, y para lograr ese objetivo, debe reconocerse la doble función de la responsabilidad contractual, tanto pago por equivalencia, como reparación de los perjuicios ocasionados²⁸⁶.

5. Presupuestos de procedencia de la indemnización de perjuicios

La dispersión normativa que existe en el Código Civil respecto a la indemnización de perjuicios, ha dificultado la determinación clara de sus presupuestos de procedencia.

La doctrina nacional tradicional ha establecido que la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: (i) que exista un incumplimiento del deudor; (ii) que haya un perjuicio para el acreedor producto de este incumplimiento; (iii) que exista relación de causalidad entre los perjuicios y

²⁸⁵ (Pizarro Wilson, 2010b, p. 304)

²⁸⁶ (Pizarro Wilson, 2010b, p. 306)

el incumplimiento; (iv) que el incumplimiento sea imputable culpa o dolo del deudor; y, (v) la constitución en mora del deudor²⁸⁷.

En relación a la exigencia de perjuicios, se ha sostenido que dicho presupuesto no lo exigiría la ley de manera expresa, pero emanaría de una serie de disposiciones que establecen la obligación del deudor de pagar los perjuicios (por ejemplo, el artículo 1548 C.C. o 1553 C.C.)²⁸⁸.

Con todo, consideramos que este requisito se desprende del artículo 1556 C.C., que habla del daño emergente y el lucro cesante como perjuicios indemnizables, y del artículo 1558 C.C., que indica el tipo de perjuicios que se deben indemnizar en caso de imputarse o no dolo al deudor.

Así, sin daños no se concibe la acción de indemnización de perjuicios, pero tampoco puede excederlos, pues no debe ser motivo de enriquecimiento²⁸⁹.

Junto con la existencia de perjuicios, tradicionalmente se exige que los hechos de que depende la responsabilidad sean imputables al deudor, es decir, que se hayan producido por su dolo o por su culpa²⁹⁰. Así, se sostiene que cuando cesa la imputabilidad (lo cual ocurre en los casos en que la inejecución de la obligación o la demora se debe a una causa extraña al deudor, o sea de fuerza mayor o caso fortuito), cesa también toda obligación de indemnizar los perjuicios que con ocasión del caso pueda haber experimentado el acreedor²⁹¹.

²⁸⁷ Al respecto, el profesor Luis Claro Solar sostiene que, “en general se requiere la concurrencia de tres condiciones para que la inejecución total o parcial o la ejecución tardía de la obligación pueda dar lugar a la indemnización de perjuicios: 1º. Que se haya causado un perjuicio al acreedor; 2º. Que sea imputable al deudor; y 3º. Que el deudor se haya constituido en mora (Claro Solar, 1978b, p. 728).

Arturo Alessandri sostiene que “[s]ea la indemnización compensatoria, o sea, moratoria, para que el acreedor pueda exigirla, porque tiene derecho a cobrar perjuicios a su deudor por el retardo en el cumplimiento de la obligación, o por cumplimiento total o parcial de la misma, es menester que concurren copulativamente cuatro requisitos: 1º) Que haya infracción de la obligación por parte del deudor, sea que éste no cumpla la obligación, o que la cumpla en parte o que la cumpla tardíamente; 2º) Que esta infracción de la obligación le haya causado un perjuicio al acreedor; 3º) Que esta infracción de la obligación sea imputable al deudor; y 4º) Que el deudor esté constituido en mora” (Alessandri Rodríguez, 1998, p. 78)

²⁸⁸ (Claro Solar, 1978b, p. 728)

²⁸⁹ (Claro Solar, 1978b, p. 729)

²⁹⁰ (Claro Solar, 1978b, p. 730)

²⁹¹ (Claro Solar, 1978b, p. 730)

Con todo, la imputabilidad es uno de los presupuestos que presenta dudas en cuanto a su vigencia en la actualidad. Esta discusión será tratada de manera extensa en el capítulo siguiente de este trabajo.

En relación al presupuesto de la causalidad²⁹², el artículo 1558 C.C. dispone que los perjuicios indemnizables deben ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación, lo que tradicionalmente se ha entendido como una remisión, al menos implícita, al requisito de causalidad²⁹³⁻²⁹⁴.

Por último, la mora del deudor es exigida por los artículos 1557 C.C. y 1551 C.C. A su vez, aparece mencionada en el artículo 1553 C.C. a propósito de los remedios que surgen por incumplir una obligación de hacer, y en el artículo 1538 C.C. a propósito de la cláusula penal.

Respecto a los presupuestos de procedencia de la indemnización de perjuicios, desarrollaremos brevemente dos temas: la mora y el deber de mitigar los daños por parte del acreedor.

(i) La mora como requisito de la responsabilidad

Se ha definido a la mora bajo la idea de un retardo, dilación o tardanza del deudor en el cumplimiento de la obligación que ocasiona perjuicio al acreedor²⁹⁵.

Con todo, no basta el retardo para estimar que el deudor se encuentra en mora, sino que es necesario que el acreedor realice una reconvencción o requerimiento al cumplimiento de la obligación, una interpelación del acreedor para que el deudor tenga conocimiento respecto a que el retardo le genera perjuicios²⁹⁶.

²⁹² Respecto al presupuesto de causalidad, el profesor Luis Díez-Picazo afirma que “del principio de la naturaleza compensatoria de la indemnización se sigue que tiene que existir una relación de causalidad entre la lesión del derecho de crédito producido por el deudor y los daños reclamados por el acreedor que los ha sufrido” (Díez-Picazo, 2008a, p. 784).

²⁹³ (Gatica Pacheco, 1959, pp. 69-70)

²⁹⁴ La doctrina tradicional indica que el Código Civil no contiene ninguna disposición que sirva de guía para el establecimiento de la relación causal, porque el legislador habría estimado que se trata de algo esencialmente relativo y circunstancial, que debe quedar entregado por entero a la apreciación del tribunal (Gatica Pacheco, 1959, p. 70).

²⁹⁵ (Claro Solar, 1978b, p. 732)

²⁹⁶ (Claro Solar, 1978b, p. 733)

La mora de este modo, se ha definido tradicionalmente como el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación, unido a la interpelación por parte del acreedor²⁹⁷, según las formas dispuestas en el artículo 1551 C.C.

La interpelación consiste en el acto jurídico por medio del cual el acreedor le hace saber al deudor que su retraso en el cumplimiento le ocasiona perjuicios.

A juicio de algunos autores, la constitución en mora del deudor sólo tiene cabida en los casos de incumplimiento por retardo, ya que su objeto es hacer constar legalmente el atraso en que ha incurrido el deudor²⁹⁸. Así, sólo sería requisito de procedencia de la indemnización de perjuicios moratoria, en donde sólo se indemnizan los perjuicios posteriores a la constitución en mora del deudor.

Esta postura considera que se deben los perjuicios compensatorios sólo cuando el incumplimiento es definitivo, siendo imposible pedir el cumplimiento forzado. Así, no podría hacerse cargo del retardo del deudor, debido a que sería similar a hacerse cargo del caso fortuito²⁹⁹.

Desde nuestro punto de vista, esta postura adolece de una serie de imprecisiones. En efecto, no es cierto que la indemnización compensatoria proceda sólo ante casos de imposibilidad en la ejecución de la obligación, dado que pueden existir perjuicios producidos por el incumplimiento, que son independientes de la prestación propiamente tal, pudiendo pedirse incluso junto al cumplimiento forzado. Además, esta postura confunde la imposibilidad en la ejecución forzada con el caso fortuito, ya que bien sabemos que la imposibilidad en el cumplimiento puede ser imputable a una de las partes (siendo la imputabilidad considerada como uno de los presupuestos de toda indemnización).

²⁹⁷ La mora ha sido definida tradicionalmente como “retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor” (Alessandri Rodríguez, 1998, p. 100). Como veremos en el capítulo siguiente, esta forma de definir a la mora puede ser controvertido en cuanto a la idea de imputabilidad que exige su conceptualización.

²⁹⁸ (Gatica Pacheco, 1959, p. 82)

²⁹⁹ (Gatica Pacheco, 1959, p. 83)

Claro Solar³⁰⁰ y Alessandri³⁰¹, por su parte, sostienen que el requisito de la mora es común tanto a la indemnización compensatoria como moratoria. Al respecto, señalan que la ley no distingue en el artículo 1557 C.C., al señalar que si se trata del incumplimiento de obligaciones positivas se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, ni tampoco el artículo 1538 C.C., que señala que el deudor no incurre en la pena, sino cuando se ha constituido en mora.

Respecto a las particularidades que presenta esta institución, se desarrollará la discusión en el capítulo siguiente, a propósito de la idea de culpa como requisito de la responsabilidad.

(ii) Los perjuicios y la carga de mitigar las pérdidas por el acreedor

El deber de minimizar el daño tiene una tradición de larga data en el *common law*³⁰², aunque varios ordenamientos de la familia continental lo hayan reconocido. A esto se suma la explícita aceptación en los instrumentos internacionales³⁰³ y transnacionales del derecho contractual³⁰⁴.

La pregunta relevante sobre este deber apunta a resolver si una vez delimitada la extensión de la indemnización conforme al artículo 1558 C.C., corresponde al deudor pedir la rebaja de la indemnización, por no haber adoptado el acreedor las medidas razonables para mitigar o aminorar las pérdidas.

³⁰⁰ (Claro Solar, 1978b, p. 732)

³⁰¹ (Alessandri Rodríguez, 1998, p. 98)

³⁰² En el *Common Law*, el acreedor debe mitigar los daños bajo la regla de las consecuencias evitables (*avoidable consequences rule* o *mitigation of damages rule*).

³⁰³ La Convención de Viena en su artículo 77 impone al acreedor la carga de mitigar las pérdidas: “[l]a parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

Los PECL establecen por su parte, en el artículo 9.505 que: “[R]edución de los daños: (1) La parte incumplidora no es responsable de los daños sufridos por la contraparte, en la medida que dicha parte perjudicada podría haber reducido los daños mediante la adopción de medidas razonables; (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño” (traducción libre). En igual sentido lo establece el artículo 7.4.8 de los PICC.

³⁰⁴ (Pizarro Wilson, 2013, p. 71)

Pese a que el deber de mitigar los daños no se encuentre regulado en el Código Civil, y haya sido escasamente tratado en la doctrina nacional³⁰⁵, algunos autores sostienen que existen argumentos económicos, morales y lógicos que justifican este deber³⁰⁶. El fundamento económico del principio se explica por la evidente utilidad general de evitar los daños, y, si ello no es posible, que al menos se reduzcan en su dimensión. El argumento moral descansa en la obligación que tienen todos los individuos de cautelar sus intereses, cualquiera sea su naturaleza, es decir, existe un deber de cuidado propio para actuar en sociedad. El fundamento lógico tiene que ver con que no hay razón para permitir que la víctima permanezca pasiva frente al daño que se le causa, bajo el pretexto de que el deudor deberá compensarle³⁰⁷.

Pese a no existir norma expresa, la doctrina ha considerado que sería posible desprender el deber de mitigar las pérdidas a través de los criterios de causalidad en materia de incumplimiento (artículo 1558, segunda parte del C.C.), y del principio de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos (artículo 1546 C.C.)³⁰⁸.

Así, el deudor es sólo responsable de los daños que son una consecuencia directa e inmediata de su incumplimiento, no siendo indemnizables los daños producidos que el acreedor podía mitigar, pues todos aquellos que sean consecuencia de la falta al deber de minimizar el daño quedarán fuera de la órbita indemnizatoria. O más bien las consecuencias de la omisión del acreedor no podrán trasladarse al deudor, quien sólo responderá de aquellos previstos y que han sido una consecuencia directa de su incumplimiento. Así, son ajenos al deudor aquellos perjuicios o agravamientos de los mismos cuyo origen sea la pasividad del acreedor, lo cual se determinará recurriendo a la regla de protección del contrato (el deudor debe indemnizar los perjuicios ocasionados si y sólo si fueron asumidos como un riesgo probable al momento de contratar)³⁰⁹, lo que implica un esfuerzo de interpretación atendidas las circunstancias de celebración del contrato.

³⁰⁵ Destaca el libro de Lilian C. San Martín Neira, "La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño" (San Martín Neira, 2012).

³⁰⁶ (Domínguez Águila, 2005, p. 73)

³⁰⁷ (Domínguez Águila, 2005, p. 85)

³⁰⁸ (Vidal Olivares, 2010, 197 y ss.)

³⁰⁹ (Pizarro Wilson, 2013, p. 78)

La buena fe, por su parte, exige que se minimicen las pérdidas que se siguen del incumplimiento. Así, el acreedor, no obstante haber sido objeto de un incumplimiento del contrato, sigue estando obligado a comportarse de buena fe y, por lo mismo, a observar una conducta diligente que minimice el daño sufrido³¹⁰.

De esta manera, quien sufre el incumplimiento del contrato debe adoptar todas las medidas que estén razonablemente a su alcance para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento. No puede pretender ser compensado de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de tales medidas³¹¹.

6. Concurrencia del cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios

El cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios son dos mecanismos con requisitos de procedencia distintos, que pueden no coincidir ante un mismo incumplimiento³¹². Con todo, es muy común que ante un mismo caso de incumplimiento concurren diversos mecanismos de tutela en favor del acreedor, por lo que revisaremos la discusión sobre las posibilidades del acreedor para optar entre la acción indemnizatoria y el cumplimiento forzado.

Para ello, distinguiremos dentro de la discusión dos temas. El primero, consiste en la posibilidad que tiene el acreedor de elegir la indemnización de perjuicios por sobre el cumplimiento forzado, en términos generales. El segundo se refiere a la posibilidad del acreedor de un contrato bilateral de ejercer de forma autónoma la indemnización de perjuicios dispuesta en el artículo 1489 C.C., independientemente a los otros remedios contemplados en la norma³¹³.

Estas discusiones no tienen una respuesta uniforme en nuestro ordenamiento. Pero más allá de lo dispuesto en ámbitos normativos, consideramos que en virtud de la concepción del contrato como mecanismo de cooperación mutua, que posibilita que el deudor garantice la

³¹⁰ (Domínguez Águila, 2005, p. 90)

³¹¹ (Díez-Picazo, 2008a, p. 783)

³¹² (Morales Moreno, 2006c, p. 66)

³¹³ La doctrina y la jurisprudencia nacional han entendido que la acción indemnizatoria del artículo 1489 C.C. constituye un remedio accesorio o secundario, que debe ejercerse siempre junto a la resolución o el cumplimiento forzado.

satisfacción de los intereses del acreedor, los remedios contractuales, incluyendo a la indemnización de perjuicios, deben estar disponibles para el acreedor siempre que se cumplan sus particulares presupuestos de procedencia.

Los remedios contractuales deben constituir un sistema articulado a disposición de las partes que permita hacer efectiva la distribución de riesgos pactada en virtud de los intereses recogidos en el contrato.

(i) Posibilidad en elección por parte del acreedor entre la acción indemnizatoria y el cumplimiento forzado

Tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia nacional ha sostenido que el acreedor insatisfecho ante un incumplimiento contractual no puede elegir libremente el remedio que mejor se acomode para satisfacer su interés³¹⁴.

Lo anterior se debe a la preponderancia que le ha dado la doctrina tradicional al cumplimiento forzado por sobre los otros mecanismos de tutela con que cuenta el acreedor.

El problema de esta discusión radica en que no existen normas expresas que establezcan esta postura. Ante la falta de regulación en este sentido, la doctrina tradicional entendió que la acción indemnizatoria sólo tenía lugar cuando era imposible obtener el cumplimiento forzado o en naturaleza de la obligación. Se defendía el carácter subsidiario de la indemnización, considerándose que no era posible que el acreedor la demandara directamente, sin haber antes perseguido su ejecución en naturaleza³¹⁵⁻³¹⁶.

³¹⁴ Al respecto, el profesor Luis Claro Solar sostiene: “el acreedor tiene un derecho secundario para exigir del deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado la falta de cumplimiento total o parcial de la obligación o la simple demora en el cumplimiento” (Claro Solar, 1978b, p. 723). El mismo autor precisa que en las obligaciones de hacer y no hacer se faculta al acreedor para pedir la indemnización compensatoria en lugar de la prestación a que el deudor estaba obligado, en cambio, “si la obligación no cumplida es de dar, el acreedor no podrá pedir la indemnización compensatoria, sino cuando el cumplimiento directo del contrato se ha hecho imposible por la pérdida o extravío de la cosa debida; lo que no obsta a lo establecido con respecto a la cláusula penal (...)” (Claro Solar, 1978b, p. 724).

³¹⁵ (Fueyo Laneri, 2004, p. 347; Gatica Pacheco, 1959, p. 27)

³¹⁶ Para justificar esta postura se ha sostenido que este carácter subsidiario de la indemnización consideraba los intereses de ambas partes contratantes: por un lado, se sostuvo la protección del interés del deudor, porque se impedía que el deudor desatendiera la prestación específica a que estaba obligado, en los casos en que le resultare más cómodo proporcionar a su acreedor el equivalente de la indemnización, ya que ello implicaría dejar a arbitrio del deudor la sustitución señalada, con evidente menoscabo de la ley del contrato, que da al acreedor el derecho a

Con todo, el legislador ha dado un tratamiento distinto a la materia según se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer. Ello debe tenerse en cuenta al precisar esta discusión.

Así, respecto a las obligaciones de **hacer**, rige el artículo 1553 del C.C., que le da la opción al acreedor insatisfecho para pedir el cumplimiento en naturaleza o la indemnización de perjuicios directamente a “elección suya”. Existe acuerdo en que en este tipo de obligaciones no se requiere que sea imposible el cumplimiento forzado, pudiendo accionarse directamente para la reparación de los perjuicios compensatorios.

En las obligaciones de **no hacer**, por su parte, rige el artículo 1555 del C.C., que distingue si es o no posible deshacer lo que se ha hecho, y si resulta esta destrucción necesaria para el objeto que tuvo la celebración del contrato.

Tradicionalmente se ha entendido que en las obligaciones de no hacer el acreedor tendrá la opción de accionar por los perjuicios, siempre que no sea posible deshacer lo hecho, o pudiendo deshacerse, no sea esto necesario (en este caso se oirá al deudor que se allane a prestar el cumplimiento por otros medios).

Sin embargo, si se analiza la literalidad de la norma, en realidad la elección del acreedor para accionar por los perjuicios está supeditada a la posibilidad de cumplir forzosamente la obligación. Como es evidente, la destrucción de lo hecho constituye en este caso la única posibilidad de ejecución en naturaleza de la obligación³¹⁷, y lo que señala la norma es que sólo podrá accionarse por los perjuicios compensatorios, si no es posible cumplir forzosamente, o si siendo posible, esto ya no resulta necesario para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato.

Así, cuando la destrucción de lo ejecutado es posible, la interpretación tradicional impone la ejecución en naturaleza³¹⁸. Sin embargo, basta que el juez admita que la ejecución forzada ya

reclamar la prestación prometida (Fueyo Laneri, 2004, p. 348). Por otro lado, se sostuvo la protección del interés del deudor, ya que el carácter secundario se justificaría al permitirle eximirse de dicha reparación, cumpliendo su obligación en naturaleza, cuando ello sea posible, pudiendo compeler incluso a su acreedor, por la vía de la consignación, si éste rehusare recibir el pago (Fueyo Laneri, 2004, p. 348; Gatica Pacheco, 1959, p. 28)

³¹⁷ (Fueyo Laneri, 2004, p. 347)

³¹⁸ (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 664).

no es necesaria para obtener el objeto del contrato, para acceder a la indemnización de los perjuicios³¹⁹.

Para parte de la doctrina, esto evidenciaría que el codificador tuvo cierta preferencia por la indemnización de perjuicios, al establecer como condición de la destrucción que persista el interés en la obligación negativa. Incluso, el artículo 1555 C.C. permite al deudor optar por indemnizar, siempre que el acreedor quede indemne. En definitiva, no existiría a propósito de las obligaciones de no hacer un principio a favor de la ejecución en naturaleza³²⁰.

Es en las obligaciones de **dar** en donde se presentan el mayor número de discusiones, ya que el Código no contempla disposición expresa que resuelva el caso, ni tampoco existe un acuerdo en la doctrina.

Con todo, resulta necesario hacer una subdistinción. En el caso de las obligaciones de dar cosas genéricas, pese a no existir una norma que confiera la opción entre el cumplimiento forzado y la indemnización, la alternativa fluye lógicamente del régimen de ejecución de este tipo de obligaciones, la que contempla la ejecución en naturaleza en el artículo 235 número 4 del C.P.C.³²¹ y reconoce al acreedor la facultad de procurarse en el mercado las cosas del género y demandar al deudor la indemnización de daños, cuestión que ha sido señalada por la doctrina tradicional³²².

Es en relación a las obligaciones de dar cosas específicas donde no encontramos una regla expresa, y a partir de la dispersión normativa existente en el tema, la doctrina ha dado diversas respuestas.

Así, tradicionalmente se ha sostenido que, respecto a este tipo de obligaciones el acreedor no tendría derecho a escoger entre los mecanismos de tutela disponibles, dado que, si es posible el cumplimiento forzado, el acreedor no estaría facultado para pedir directamente la indemnización compensatoria, sin antes haber intentado la ejecución forzada³²³.

³¹⁹ (Pizarro Wilson, 2010b, p. 310)

³²⁰ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

³²¹ (Vidal Olivares, 2007b, p. 524)

³²² (Claro Solar, 1992, p. 556)

³²³ En este sentido: (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 813; Fueyo Laneri, 2004, pp. 347-348).

Quienes sostienen la jerarquía entre el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios, como remedio primario y secundario, respectivamente, afirman que de no ser así, se atentaría con el principio de la fuerza obligatoria del contrato, contraviniendo el artículo 1545 C.C., pues la elección permitiría que tanto deudor como acreedor pudieran reemplazar la ejecución forzada de la obligación por la indemnización de perjuicios³²⁴, además, se vulneraría el principio de conservación de los actos jurídicos y el principio de identidad del pago establecido en el artículo 1569 C.C.³²⁵⁻³²⁶.

Los defensores de la libre elección sostienen que es paradójico que el deudor que ha incumplido el vínculo contractual pueda escudarse en la fuerza obligatoria del contrato para hacerlo pervivir³²⁷. Entender de esta manera el principio de la fuerza obligatoria del contrato, hace que éste constituya un obstáculo al reconocimiento de una responsabilidad contractual autónoma, viéndose forzado el acreedor a demandar la ejecución de un contrato que puede ya no interesarle o del cual el beneficio esperado se ha esfumado³²⁸.

Recientemente se ha sostenido en la doctrina nacional que no resulta convincente negar al acreedor de una obligación de dar el derecho a optar en favor de la indemnización de daños,

³²⁴ (Fueyo Laneri, 2004, p. 347)

³²⁵ Este último principio, tiene que ver con que el pago sólo podrá alcanzarse si se entrega la misma cosa que se debe y no otra distinta.

³²⁶ También se ha argumentado la tesis de “no opción” a partir de lo dispuesto en el artículo 1537 del C.C., que autoriza al acreedor, a propósito de la cláusula penal, para exigir a su arbitrio el cumplimiento de la obligación principal o la indemnización de perjuicios prevenida. Se ha dicho que, si el legislador toleró expresamente en la cláusula penal esta opción, se evidenciaría que la regla general es la contraria (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 813; Gatica Pacheco, 1959, p. 27). Y a su vez, las normas del 1553 y 1555 C.C., serían excepcionales, siendo la regla general precisamente la contraria, es decir, que el acreedor debiese intentar siempre el cumplimiento forzado y, de no ser posible, accionar por los perjuicios (Fueyo Laneri, 2004, pp. 347-348).

A esto debemos agregar que, si el acreedor pudiese optar por la indemnización, la obligación se transformaría en alternativa, en circunstancias que ésta no constituye la regla general y requiere norma expresa e incluso, existiendo un obligación alternativa, la regla general, salvo pacto expreso, es que la elección dependa del deudor, no del acreedor como en este caso.

Finalmente, la negativa a la opción se extrae del artículo 1672 C.C. inciso primero, pues esta norma faculta al acreedor a demandar el precio y los perjuicios, en el evento de que la cosa se destruya por culpa del deudor, lo que se ha interpretado en razón de que siempre lo que debe pedirse, cuando sea posible, es el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, parte de la doctrina ha sostenido que esta norma sólo prevé un límite a la pretensión de cumplimiento forzado, al privar de ella al acreedor, en cuyo caso el acreedor sólo tendrá derecho a pedir los perjuicios (Vidal Olivares, 2007b, p. 526). Es decir, si la regla general fuera la elección del acreedor, esta norma privaría de la elección por haberse destruido la cosa por culpa del deudor, quedando sólo la posibilidad de indemnizar los perjuicios.

³²⁷ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

³²⁸ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

pues ello contravendría el principio de reparación integral de la indemnización y la libre opción del acreedor³²⁹. También se ha señalado que el legislador al no prohibir la acción indemnizatoria autónoma en el caso de las obligaciones de dar, ésta podría alegarse, ya que en esta materia rige la regla de que puede hacerse todo aquello que no está prohibido³³⁰. Asimismo, es un derecho del acreedor optar entre los diversos remedios que ofrece el ordenamiento jurídico. En virtud del artículo 12 C.C, el acreedor puede renunciar a ciertos remedios, pero no existe norma en el código que exija al acreedor de una obligación de dar, la renuncia a un derecho para exigir el cumplimiento forzado o la resolución del contrato³³¹.

Es claro que respecto a este tema existe una dispersión normativa que permite defender una u otra postura. Al no existir una norma expresa que resuelva el asunto, cabe tomar una postura más allá de lo que dispone el Código Civil. Creemos que lo relevante es proteger el interés contractual plasmado por deudor y acreedor en el contrato. Así, atendido que la objetiva posibilidad de la prestación no garantiza al acreedor la satisfacción de su interés, puede ser más conveniente la indemnización de los perjuicios o la satisfacción del interés con otra especie o cuerpo cierto en el mercado (si, por ejemplo, el valor de la especie o cuerpo cierto ha disminuido su valor en el mercado). Consideramos que debiera permitirse que sea el acreedor quien escoja el remedio que más le convenga según los presupuestos de procedencia que concurran en cada caso³³²⁻³³³.

³²⁹ (López Díaz, 2014, p. 150)

³³⁰ (López Díaz, 2014, p. 151)

³³¹ Dentro de los artículos a los que recurre la doctrina para sostener la libre elección del acreedor, encontramos el artículo 1590 C.C., que admite tal opción en caso de ejecución imperfecta de una obligación de dar. A su vez, el artículo 1814 C.C. en el evento que falte una parte considerable de la cosa vendida al tiempo de perfeccionarse el contrato de compraventa permitiría la elección por parte del acreedor y el artículo 1537 C.C. en el supuesto que se pacte una cláusula penal para garantizar el cumplimiento de una obligación de dar.

³³² Cabe recordar que los presupuestos del cumplimiento forzado difieren de los de la indemnización de perjuicios.

³³³ Otro motivo que sustenta la conveniencia de abatir el dogma de la primacía de la pretensión de cumplimiento específico, es que existen casos en los cuales esta posición debe ceder ante la realidad. Estos casos consisten en aquellas situaciones en que una ejecución en naturaleza de la prestación, tornaría excesivamente gravosa la obligación para el deudor, de acuerdo con los objetivos tenidos en vista al contratar. La salida para estos casos sería el ejercicio directo de la solicitud de la indemnización de perjuicios (Bahamondes Oyarzún, 2011, p. 256). Este ejercicio necesario de la indemnización de daños se ha respaldado en el artículo 1546 C.C. (Bahamondes Oyarzún, 2011, p. 256), que consagra el principio de buena fe en materia de contratos, y en el espíritu general de la legislación, pues se afirma que existen normas en el propio Código Civil que concretan esta misma solución (éste sería el caso de los artículos 1106 C.C., respecto del legado de cosa ajena y, el artículo 2198 C.C., en cuanto al préstamo de consumo) (Fueyo Laneri, 2004, pp. 349-350)

Como vimos, la forma de entender el contrato en la actualidad sobrepasa el puro deber de conducta del deudor, consistiendo en una forma de garantizar por el deudor la satisfacción del interés del acreedor. Esta garantía exige que el acreedor pueda optar por el remedio que más se acomode a sus intereses según las circunstancias del caso.

Con todo, se puede afirmar que hoy en día esta discusión en relación a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto ha perdido importancia, pues la privación de la opción al acreedor en este tipo de obligaciones, para elegir entre el cumplimiento forzado o por equivalencia estaría muy aminorado.

Lo anterior debido a que, de partida, si se trata de contratos bilaterales que versen sobre obligaciones de dar, es posible aplicar el artículo 1489 C.C., que permite ejercer la acción indemnizatoria junto a la resolución del contrato directamente, siendo, por tanto, independiente de la ejecución forzada³³⁴.

De esta manera, el debate aparece bastante restrictivo, con poca importancia práctica, sobre todo si se considera que las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto son hoy más bien escasas³³⁵.

Lo relevante, a propósito de la autonomía de la acción indemnizatoria, es dilucidar su independencia a partir de lo dispuesto en el artículo 1489 C.C., como revisaremos a continuación.

(ii) La autonomía de la acción indemnizatoria del artículo 1489 C.C.

La posibilidad de ejercer autónomamente la acción indemnizatoria, esto es, independientemente del cumplimiento forzado o la resolución en los contratos bilaterales en

Esta situación no es desconocida en el derecho comparado. Por ejemplo, en Francia, la reforma al Derecho de los Contratos, incluye una norma que explicita la renuncia al cumplimiento específico, si éste supone una extrema onerosidad para el deudor. A su vez, la propuesta de modernización del Código civil, en materia de obligaciones y contratos de España, contempla la misma solución para las obligaciones no dinerarias, señalando que el acreedor podrá exigir la realización de la prestación debida, salvo que éste o la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor (Bahamondes Oyarzún, 2011, p. 257)

³³⁴ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

³³⁵ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

virtud del artículo 1489 C.C. es también discutido. Según parte de la doctrina, entender este problema permite afirmar la verdadera autonomía de la responsabilidad contractual³³⁶.

Para algunos, esta discusión no es relevante en las obligaciones de hacer y no hacer, ya que el legislador reconocería al acreedor insatisfecho la posibilidad de demandar la indemnización compensatoria como un remedio autónomo, en virtud de los artículos 1553 y 1555 C.C.

El problema se reduciría entonces a determinar si el acreedor de una obligación de dar está facultado para demandar la indemnización de perjuicios como único remedio en caso de incumplimiento del deudor.

Al respecto, se ha sostenido que el artículo 1489 C.C. alteraría, el derecho del acreedor de optar entre un remedio por incumplimiento u otro, advirtiéndose una discordancia normativa entre tal artículo y los artículos 1553 y 1555, pues aquél no establece, en forma expresa, la facultad de opción del acreedor³³⁷.

La Corte Suprema, en un fallo³³⁸ de 2013, sostuvo que el artículo 1553 C.C. prima por sobre el artículo 1489 C.C, en virtud del principio de especialidad. Al respecto, la Corte dispuso que: “[l]a discordancia normativa entre el artículo 1489, que no prevé en forma expresa la posibilidad de escoger entre la resolución o el cumplimiento y la indemnización de perjuicios, y el artículo 1553, que sí autoriza para impetrar la reparación ante la inexecución del deudor, sin exigir como requisito previo que el acreedor demande la resolución o cumplimiento forzado del contrato, debe resolverse por aplicación del principio de especialidad, a favor del último de estas disposiciones”.

Al respecto, esta Corte ha dicho: "el acreedor puede solicitar la indemnización compensatoria aun cuando fuere posible el cumplimiento forzado por naturaleza, ya que el precepto en estudio lo deja a su opción. En efecto, la frase de que se sirve la norma -cualquiera de estas tres cosas, a elección suya- da claramente a entender que la indemnización de perjuicios es concebible como solicitud autónoma, sin necesidad de ir aparejada a la petición de

³³⁶ (Pizarro Wilson, 2010b, pp. 299 y ss.)

³³⁷ (López Díaz, 2010, p. 68)

³³⁸ (Corte Suprema, Primera Sala (Civil), Rol N° 885-2013).

cumplimiento o de resolución del contrato de que esa obligación de hacer incumplida emanó³³⁹.

Sin embargo, esta interpretación ha sido criticado, pues los contratos bilaterales pueden contener obligaciones de hacer, por lo que descartar el artículo 1489 C.C. por ser más general que el artículo 1553 C.C. no resulta satisfactorio³⁴⁰.

Es por ello que se ha intentado hacer coincidir ambas normas, permitiendo que ante el incumplimiento de contratos bilaterales que contengan obligaciones de hacer o no hacer, sea posible pedir directamente la indemnización, de forma autónoma, en virtud del artículo 1553 C.C. y 1555 C.C. y por aplicación del artículo 1489 del C.C.³⁴¹.

Consideramos necesario establecer una interpretación del 1489 C.C., que resuelva el problema respecto de todo tipo de obligaciones, ya sea de dar, hacer o no hacer.

a. La interpretación tradicional de la acción indemnizatoria del 1489 C.C.

La interpretación clásica, predominante en la doctrina nacional³⁴², sostiene que la indemnización de perjuicio es accesoria al ejercicio de la acción de cumplimiento forzado o resolutoria. Así, se ha entendido que el artículo 1489 C.C. otorga el derecho a reclamar los perjuicios únicamente como consecuencia de la resolución o del cumplimiento tardío, de suerte que los antecedentes jurídicos de esta acción de perjuicios son precisamente las acciones optativas que llevan envuelta la del resarcimiento.

Lo anterior se debe a que tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional han entendido que la expresión “con indemnización de perjuicios” implica que el remedio debe ejercerse

³³⁹ (Corte Suprema, Primera Sala (Civil), Rol N° 6.042-2005).

³⁴⁰ (Contardo González, 2014a, p. 263)

³⁴¹ Al respecto, Juan Ignacio Contardo sostiene que la pretensión de cumplimiento del artículo 1489 C.C. comprende los tres derechos del artículo 1553 C.C., ya se trate de un cumplimiento en naturaleza o por equivalencia. Así, no habría un ejercicio autónomo de la indemnización de perjuicios, pues estaría subsumida en la pretensión de cumplimiento, de modo que ambas normas serían coincidentes y complementarias (Contardo González, 2014a, p. 265).

³⁴² En este sentido: (Alessandri Rodríguez, 1998, p. 200; Fueyo Laneri, 2004, pp. 314-315, 337; Vial del Río, 2007, pp. 239-240), entre otros.

conjuntamente o junta a la resolución o el cumplimiento forzado. Esto emanaría del sentido natural y obvio del término “con”³⁴³.

Así, se trataría de una indemnización concurrente, dado que procede junto a la resolución o el cumplimiento forzado, y complementaria, toda vez que ella completa la satisfacción que otorgan al acreedor la resolución o el cumplimiento forzado, en cuanto remedio por incumplimiento³⁴⁴.

Esta interpretación ha sido seguida por la jurisprudencia nacional. Ya en el año 1933³⁴⁵ la Corte Suprema señaló que: “al establecer el artículo 1489 del Código Civil que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, en cuyo caso el otro contratante puede pedir a su arbitrio o la resolución o su cumplimiento con indemnización de perjuicios, da derecho a estos perjuicios como una consecuencia de esa resolución o cumplimiento tardío del contrato, o sea, el antecedente jurídico es el no cumplimiento del contrato por la contra parte, que da derecho para pedir su resolución o cumplimiento, acciones optativas que llevan envuelta la indemnización de perjuicios; pues no pueden pedirse éstos únicamente como consecuencia del no cumplimiento, ya que no son sus accesorios sino que lo son de dichas acciones optativas, y, de lo contrario, la acción de perjuicios quedaría sin el respectivo antecedente jurídico que debe fundamentar toda acción”³⁴⁶.

Así, no es posible pedir directamente el pago de los perjuicios, porque ellos no son accesorios del incumplimiento del contrato, sino de las acciones optativas que establece esta norma, y sin las cuales la de perjuicios quedaría privada del antecedente jurídico que debe fundamentar toda acción³⁴⁷.

A su vez, se ha sostenido que la acción indemnizatoria del 1489 C.C. no constituye una acción autónoma, ya que su fundamento sería la resolución o el cumplimiento forzado. De esta forma, el incumplimiento sería el fundamento de la resolución y del cumplimiento forzado y

³⁴³ En este sentido: (Baraona, 1997, p. 158; Fueyo Laneri, 2004, pp. 314-315, 337).

³⁴⁴ (López Díaz, 2010, pp. 71-72)

³⁴⁵ (Corte Suprema, 1933, Revista Derecho y Jurisprudencia, pp. 495-501)

³⁴⁶ (Corte Suprema, 1933, Revista Derecho y Jurisprudencia, p. 495).

³⁴⁷ (Corte Suprema, 1933, Revista Derecho y Jurisprudencia, p. 495).

éstos, a su vez, la causa o motivo de la indemnización de perjuicios, configurándose una verdadera cadena de nexos causales fundantes³⁴⁸.

La Corte Suprema, en un fallo de 2006 sostuvo este argumento, al señalar que “no procede solicitar la indemnización de perjuicios aisladamente, sin pedirse previamente la resolución o el cumplimiento del contrato. Las acciones optativas del artículo 1489 llevan envuelta la indemnización de perjuicios. Éstos no pueden pedirse como consecuencia del simple no cumplimiento del contrato, pues tales perjuicios no son accesorios del incumplimiento sino de dichas acciones optativas”³⁴⁹.

Consideramos que independiente de considerar o no la autonomía de la acción indemnizatoria, no parece correcto sostener que el fundamento de esta acción esté supeditado a la resolución o el cumplimiento forzado, pues los tres remedios establecidos por el legislador en el artículo 1489 C.C., se fundan, a nuestro entender, en el incumplimiento de un contrato bilateral y en las consecuencias que ello produce en la parte insatisfecha³⁵⁰.

b. Críticas a la interpretación exegética del artículo 1489 C.C.

En el intento de justificar la indemnización autónoma a partir del propio texto del Código Civil, la postura crítica a la interpretación exegética del artículo 1489 C.C. ha buscado interpretar, no con tanto éxito, lógica y sistemáticamente la expresión “con indemnización” con otras normas del Código Civil.

Se ha interpretado que esta expresión no indica que la indemnización es complementaria a los otros remedios, pues, si se recurre a las normas que regulan la misma materia en las obligaciones de hacer y no hacer, esto es, los artículos 1553 y 1555 C.C., se observa que éstos otorgan un derecho de opción al acreedor. Por tanto, una interpretación lógica y sistemática de estas normas permitiría concluir que en el artículo 1489 C.C. la expresión “con

³⁴⁸ (López Díaz, 2010, p. 83)

³⁴⁹ (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 1.088-2006)

³⁵⁰ (López Díaz, 2010, p. 97)

indemnización de perjuicios” debe interpretarse como “además de la indemnización de perjuicios pertinente”³⁵¹.

Asimismo, el artículo 1590 C.C., relativo al pago, permite en su inciso segundo optar entre la “rescisión” referida a la resolución o la indemnización de perjuicios, este derecho es citado también como un argumento de texto a favor de la autonomía de la acción indemnizatoria³⁵².

Otro argumento en favor de la autonomía se relaciona con los casos en que sólo será posible ejercer la acción de indemnización de perjuicios. Los requisitos de procedencia de uno y otro remedio varían, de modo que, ante un incumplimiento contractual, no necesariamente van a proceder el cumplimiento forzado, la indemnización y la resolución. A su vez, no necesariamente van a permitir satisfacer el interés del acreedor. Un ejemplo de lo anterior se evidencia en un caso en que la obligación del contrato bilateral se debe cumplir dentro de un plazo para satisfacer el interés del acreedor, si no es cumplido por el deudor, el cumplimiento forzado pierde oportunidad, pues no le permitirá al acreedor satisfacer su interés. Puede ocurrir que el incumplimiento no sea esencial o no cumpla con los requisitos de gravedad exigidos para la facultad resolutoria. Así, sólo procedería pedir la indemnización de perjuicios³⁵³.

Independiente de los argumentos de texto, que pueden llegar incluso a ser algo forzados, lo relevante es que la autonomía de la acción indemnizatoria es un paso necesario para la modernización de nuestro sistema de remedios. En efecto, el abanico de remedios debe estar a disposición del acreedor porque así lo exige la idea de contrato como mecanismo de colaboración entre las partes en que se asegura la obtención del beneficio esperado por el acreedor y ¿quién mejor que el propio acreedor para determinar, según sus circunstancias, el remedio que mejor se aviene con sus intereses?

Esta ha sido la forma de entenderlo de los principales instrumentos del derecho uniforme, que han plasmado normativamente las necesidades del tráfico jurídico. Pero también ordenamientos ideológicamente muy parecidos al nuestro, como el francés, han avanzado en

³⁵¹ (López Díaz, 2010, p. 89)

³⁵² (López Díaz, 2010, p. 89)

³⁵³ (López Díaz, 2010, pp. 92-93)

este sentido. En efecto, el Proyecto de Ordenanza recientemente aprobado excluye una jerarquización de los remedios disponibles para el acreedor y expresamente señala que aquellos que no son incompatibles pueden ser acumulados, disponiendo que la indemnización de perjuicios puede demandarse junto con cualquier otro remedio³⁵⁴.

En definitiva, creemos que las discusiones sobre la literalidad de los textos del Código no aportan a la necesidad real de contar con un sistema de remedios moderno y responsivo a la realidad económica actual.

(iii) La autonomía de la acción en la jurisprudencia nacional

El tema de la independencia de la acción indemnizatoria ha sido tratado por la jurisprudencia nacional.

A partir del año 1900 la indemnización de daños se concibió en nuestra jurisprudencia como un medio de tutela que el acreedor sólo podía demandar como concurrente, accesorio o dependiente de la pretensión de cumplimiento específico o resolución³⁵⁵. Sin embargo, una revisión de los fallos de la Corte Suprema, permite constatar que dicho tribunal ha admitido progresivamente que el acreedor pueda solicitar la indemnización exclusiva o directa³⁵⁶.

Al respecto, resulta relevante analizar si estos casos constituyen un cambio de paradigma de nuestros tribunales, en base a consideraciones dogmáticas sólidas que permiten o no proyectarla en el tiempo.

Como señalamos, la discusión del tema se acota principalmente a la autonomía de la acción indemnizatoria del artículo 1489 C.C., a propósito de las obligaciones de dar, debido a que, en

³⁵⁴ (Momberg Uribe, 2015)

³⁵⁵ (López Díaz, 2014, p. 142)

³⁵⁶ Esto especialmente se ha dado a propósito de obligaciones de hacer, en donde la jurisprudencia ha recurrido al artículo 1553 C.C. Así: (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 6.042- 2005); (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 3.341-2009); (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 1.061-2010); (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 4.328-2012); (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 3.538-2012); (Corte Suprema, Primera Sala (Civil), Rol N° 885-2013).

las obligaciones de hacer y no hacer, la jurisprudencia ha recurrido a los artículos 1553 y 1555 C.C.³⁵⁷.

Con todo, la Corte Suprema conociendo de acciones indemnizatorias por incumplimiento de contratos que contienen obligaciones de hacer, ha dado argumentos adicionales en favor de la autonomía de la acción indemnizatoria aplicables al incumplimiento de todo tipo de obligaciones.

Por ejemplo, en “Opazo Lamana y otros con Inmunomédica Laboratorio Limitada. Corte Suprema, 7 de diciembre de 2010, rol 3341-200”, la Corte Suprema sostuvo que en virtud de los principios generales del Código Civil³⁵⁸ y del principio de reparación integral del acreedor³⁵⁹, era posible argumentar en favor de la autonomía de la acción indemnizatoria.

³⁵⁷ (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 3.614-2004).

³⁵⁸ En el considerando decimocuarto de la sentencia, la Corte afirmó: “[q]ue sobre la materia no puede soslayarse que, conforme a los principios que integran el Código Civil, no se observan las particulares motivaciones que podrían inducir a privar a los afectados de dirigir las acciones en la forma y del modo como mejor se ajusten a sus intereses, desde el momento que el derecho civil otorga a las personas el principio de libre disposición de sus bienes y autonomía de la voluntad, todo lo cual lleva a reconocer las mayores prerrogativas al momento de someter las pretensiones al órgano jurisdiccional. Es por lo anterior que esta Corte Suprema ha reconocido la independencia y autonomía de las acciones indemnizatorias, sean estas moratorias o perentorias, las que cualquiera sea la naturaleza del objeto de la prestación, pueden impetrarse en forma exclusiva, desde el momento que el legislador ha establecido su procedencia y la forma más usual de interposición, pero no ha prohibido la que en mejor forma repare integralmente el daño derivado del incumplimiento.

En efecto, la acción indemnizatoria no se encuentra ligada únicamente en sede contractual a la resolución o cumplimiento forzado de lo pactado, puede entonces cobrar identidad propia, como acción principal, aunque asociada a una de las variantes referidas- resolución o cumplimiento forzado-, como a ninguna de ellas, sin perjuicio que para ponderar esta pretensión resulta indispensable vincularla con el hecho en que se le hace descansar.

Entonces ante la entidad independiente que la ley prevé en general, no existen razones para vincularla de manera determinante con cada una de aquellas acciones de resolución y cumplimiento, como tampoco para entenderla accesoria a las mismas, en especial cuando se reclama la reparación de daños morales. Una razón fundamental surge para ello: tanto la teoría clásica, al considerar que la indemnización es la misma obligación cuyo cumplimiento se logra por medio de la justicia en naturaleza o por equivalencia, como por la teoría moderna que indica que la indemnización es una nueva obligación, lo que permite arribar a la conclusión que se trata de una obligación principal, nunca accesoria” (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 3.341-2009).

³⁵⁹ En el mismo considerando, la Corte Suprema sostiene como argumento en favor de la indemnización autónoma, el principio de reparación integral del acreedor, afirmando: “[e]n sentido contrario, la interpretación exegética del artículo 1489 del Código Civil deriva de una lectura literal del mismo, se contraponen a la reparación integral del acreedor. La indemnización permite colmar toda aquella parte del interés del acreedor insatisfecho por causa de incumplimiento, a la que los otros remedios no llegan o no pueden llegar, permitiendo así la realización del interés del acreedor en la prestación, afectada por el incumplimiento” (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 3.341-2009).

Asimismo, la Corte Suprema en la sentencia de Laboratorio de control técnico Llay-Llay LTDA. Con Celestron LTDA., rol 14.008-2013³⁶⁰, referida al incumplimiento de una obligación de hacer, estableció argumentos en favor de la autonomía que son independientes a la calidad de la obligación. Al respecto, indicó que “la interpretación exegética del artículo 1489 del Código Civil no se aviene con las tendencias modernas que inspiran el derecho de daños que postula la reparación integral del acreedor a través de una indemnización que satisfaga en plenitud los perjuicios irrogados por causa del incumplimiento”³⁶¹.

Esta misma línea argumentativa se sostuvo en un reciente fallo³⁶² de la Corte Suprema a propósito del incumplimiento de una obligación de no hacer por parte del Banco Security, consistente en no transferir dineros desde la cuenta corriente de la actora, sin la concurrencia de ciertas personas (lo cual no fue cumplido). Pese a tratarse del incumplimiento de una

³⁶⁰ Los hechos que se dieron por probados en este caso, son, brevemente: la demandante adquirió de la demandada una consola de control automatic, Automax 5, modelo 50-Q5112, serie N° 07010015, en la suma de \$10.823.405.- para modernizar una máquina alemana antigua de ensayo de hormigón. Dicha consola fue entregada en diciembre de 2007 con daños provenientes del transporte internacional, razón por la cual se efectuó una nueva importación de las partes dañadas. La máquina quedó operativa en el mes de julio de 2008. En septiembre de 2008, la demandada extendió una garantía por dos años. En el mes de noviembre de 2008 se pidió al Instituto de Ensayo de Materiales de la Universidad de Chile (IDIEM) una recalibración de la máquina, requiriendo la demandante una visita técnica del personal de la demandada ese mismo mes.

En mayo de 2009 la actora hizo uso de la garantía por segunda vez, cambiándose el lector Automax 5. La máquina no funcionó adecuadamente de manera constante en el tiempo, no pudiendo usarse en la actualidad. La parte demandada se obligó tanto a vender al cliente-demandante un equipo de alta tecnología para ser instalado en una máquina más antigua y a participar en su instalación. El demandado no cumplió las obligaciones que asumió en virtud del contrato.

³⁶¹ En esta oportunidad, la Corte Suprema sostuvo en su considerando sexto la necesidad de explicitar las razones que llevan a reconocer la independencia de la acción indemnizatoria, disponiendo: “[q]ue antes parece necesario explicitar las razones que llevan a reconocer la independencia de la acción indemnizatoria de la acción de resolución y/o cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Una razón fundamental surge para ello: tanto la teoría clásica, al considerar que la indemnización es la misma obligación cuyo cumplimiento se logra por medio de la justicia en naturaleza o por equivalencia, como por la teoría moderna que indica que la indemnización es una nueva obligación, permiten arribar a la conclusión que se trata de una acción principal, nunca accesorio.

La interpretación exegética del artículo 1489 del Código Civil no se aviene con las tendencias modernas que inspiran el derecho de daños que postula la reparación integral del acreedor a través de una indemnización que satisfaga en plenitud los perjuicios irrogados por causa del incumplimiento. Si al acreedor no se le permitiera optar por demandar directamente la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato podría significar que no se alcance el propósito de la indemnización plena. En tal contingencia entonces, entendiéndose que el ejercicio de la acción indemnizatoria implica la renuncia al cumplimiento forzado o a la resolución del contrato, la indemnización se erige, así como un remedio autónomo, cualquiera sea la forma en que se ejecute la obligación, lo que se manifiesta con mayor vigor tratándose de contratos de tracto sucesivo en donde el acreedor sigue vinculado jurídicamente al deudor, una vez que éste le indemnice los perjuicios. Más claro aún si el contrato es de ejecución instantánea en donde al seguir la exegética interpretación de la precitada disposición legal la opción del acreedor se ve reducida. Esta es, por tanto, la forma correcta de entender la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento de un contrato bilateral” (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 14.008-2013).

³⁶² (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 720-2013).

obligación de no hacer y aplicarse por tanto el artículo 1555 C.C., la Corte Suprema argumentó en favor de una acción indemnizatoria autónoma con carácter general³⁶³.

En la sentencia Zorín S.A., con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A., de 31 de octubre de 2012, rol 3325-12³⁶⁴, la Corte Suprema se pronunció sobre la autonomía de la acción de indemnización de perjuicios en las obligaciones de dar. Si bien admitió y acogió la indemnización de perjuicios ejercida en forma autónoma a la resolución y el cumplimiento forzado, la vía por la que llega a esta decisión no parece la más acertada. En efecto, la Corte

³⁶³ Así, vemos que la Corte sostuvo: "(...) [e]ntonces, ante la entidad independiente que la ley prevé en general, no existen razones para vincularla de manera determinante con cada una de aquellas acciones de resolución y cumplimiento, como tampoco para entenderla accesoria a las mismas.

Una razón fundamental surge para ello: tanto la teoría clásica, al considerar que la indemnización es la misma obligación cuyo cumplimiento se logra por medio de la justicia en naturaleza o por equivalencia, como por la teoría moderna que indica que la indemnización es una nueva obligación, lo que permite arribar a la conclusión que se trata de una obligación principal, nunca accesoria. En sentido contrario, la interpretación exegética del artículo 1489 del Código Civil que deriva de una lectura literal del mismo-, se contrapone a la reparación integral del acreedor. 'La indemnización permite colmar toda aquella parte del interés del acreedor insatisfecho por causa de incumplimiento, a la que los otros remedios no llegan o no pueden llegar, permitiendo así la realización del interés del acreedor en la prestación, afectada por el incumplimiento'.

En este mismo sentido, la profesora Patricia López Díaz, en su publicación sobre 'La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil Chileno' (Revista Chilena de Derecho Privado N° 15), sostiene: 'Un segundo enfoque para abordar dicha autonomía, consiste en sostener que el acreedor opta por demandar directamente la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, con el sólo propósito de alcanzar la indemnización plena. El acreedor no podría obtener tal indemnización si demandara el cumplimiento forzado del contrato pues no existirían perjuicios por incumplimiento compensatorio- o la resolución- dado que en este caso la indemnización tendría el carácter de complementaria, de modo que no abarcaría todos los perjuicios derivados del incumplimiento.' Continúa señalando que 'el ejercicio de la acción indemnizatoria implica la renuncia al cumplimiento forzado o a la resolución del contrato. La indemnización se presenta entonces como un remedio autónomo, cualquiera sea la forma en que se ejecute la obligación; la única diferencia es el efecto inmediato derivado de la indemnización, toda vez que si se trata de un contrato de tracto sucesivo permite al acreedor seguir vinculado jurídicamente al deudor, una vez que éste le indemnice los perjuicios; y si el contrato es de ejecución instantánea o ejecución diferida conlleva la extinción del contrato -efecto que el acreedor ha asumido, y por consiguiente, le resulta irrelevante-. Nótese que tal extinción del contrato no equivale a la resolución, dado que si así fuera la indemnización de perjuicios sería complementaria y no plena. Esta es, por tanto, la forma correcta de entender la autonomía indemnizatoria por incumplimiento de un contrato bilateral' (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 720-2013).

³⁶⁴ Los hechos de este caso, brevemente, son: Con fecha 10 de mayo de 2007, Zorin S.A. celebró contrato de compraventa con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A., cuyo objeto correspondía a 1.500 toneladas de rodillos de laminación en desuso que debían contener una determinada composición química, particularmente una elevada cantidad de níquel.

Zorin compró este material con la finalidad de venderlo a una empresa estadounidense. La Compañía Siderúrgica entregó una primera partida del material. Por su parte, Zorin procedió a enviar dicha partida a la empresa estadounidense. Tras ello, la empresa estadounidense le informa a Zorin que el material enviado no contenía la concentración de níquel que se esperaba y que se había prometido (y que era la misma concentración convenida entre Zorin y Siderúrgica Huachipato).

Frente a estos hechos, Zorin demanda a la Siderúrgica con el objeto de que esta sea condenada a pagar una indemnización de los daños causados por la entrega de una cosa que tenía características distintas a las convenidas.

Suprema afirma que la acción ejercida no constituye propiamente una acción indemnizatoria, sino que más bien debe ser considerada como parte del cumplimiento del contrato (considerando 10^o)³⁶⁵.

El problema radica en que la acción indemnizatoria y la acción de cumplimiento forzado tienen causales de procedencia y supuestos de hecho diversos; y también en que la indemnización no puede ser reducida únicamente a la idea de cumplimiento por equivalencia, ya que esta acción asume una función reparadora que excede a la pura prestación.

La indemnización de perjuicios puede reparar de manera íntegra los perjuicios que ocasiona el incumplimiento, ya sea en relación a la prestación debida (o daños consubstanciales), o a daños consecutivos al incumplimiento, relacionados con otros bienes distintos a la prestación que se debe o relacionados con la persona del acreedor. Por tanto, si la acción de indemnización versa sobre los daños consubstanciales, es decir, la insatisfacción de la prestación debida, la acción no se transforma en una acción de cumplimiento forzado.

Por ello, la sentencia de la Corte Suprema no resulta suficiente para argumentar en favor de la autonomía de la acción indemnizatoria del artículo 1489 C.C. en términos generales.

Recientemente, en el caso Cuenca de Ingenieros Consultores Ltda. con Ilustre Municipalidad de Cabildo³⁶⁶, la Corte Suprema³⁶⁷ resolvió en favor de la autonomía de la acción

³⁶⁵ Así, vemos que la Corte sostiene: “[q]ue, en todo caso, una demanda de daños y perjuicios en los términos que se han descrito, debe ser considerada como parte de lo que el vendedor debe en ‘cumplimiento del contrato’, de acuerdo con los términos del artículo 1489 del Código. En efecto, conforme con el artículo 1591, ‘el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban’. Dado que en este juicio se pretenden indemnizaciones derivadas de un incumplimiento contractual, asociadas a una entrega imperfecta de la cosa vendida, debe entenderse que el deudor está ejerciendo una acción de cumplimiento contractual, para ser debidamente pagado por el deudor, aunque la acción este reducida a las indemnizaciones que el actor estima que la sociedad demandada le adeuda por incumplimiento del contrato” (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 3.325-12).

³⁶⁶ Los hechos del caso fueron: La Municipalidad de Cabildo suscribió dos contratos de prestación de servicios con la Sociedad Cuenca Ingenieros Consultores Limitada (en adelante, “la Sociedad”), referidos al manejo, gestión y administración de recursos hídricos cuenca río la Ligua. Estos contratos fueron terminados unilateralmente por la Municipalidad a través de ciertos Decretos Alcaldicios, y fueron cobradas las boletas de garantía correspondientes, fundada en el incumplimiento grave de obligaciones que impone el contrato por parte de la Sociedad. Previo a la notificación de los decretos Alcaldicios que ponían término a los contratos, la Sociedad interpuso y notificó demanda de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios en contra de la Municipalidad de Cabildo, alegando que la Municipalidad habría incumplido gravemente sus obligaciones, al no haber pagado las obligaciones asumidas.

indemnizatoria establecida en el artículo 1489 C.C. acogiendo el recurso de casación en el fondo interpuesto, al estimar que, pese a considerar que el contrato aducido se encontraba terminado por una decisión administrativa, ello no es óbice para que los falladores debieran examinar y pronunciarse derechamente acerca de la acción de indemnización de perjuicios también interpuesta.

En este caso, la Corte Suprema se pronunció directamente en favor de la autonomía de la acción indemnizatoria, sosteniendo: “[q]ue la procedencia de la acción, circunscrita a la sola indemnización de los perjuicios causados como consecuencia de un incumplimiento contractual, con fundamento en lo estatuido en el artículo 1489 del Código Civil, y sin que se ejerza conjuntamente con ella la de cumplimiento del contrato que une a las partes, ha sido reconocida por esta Corte”³⁶⁸. Luego agrega: “[q]ue en efecto, la acción indemnizatoria no se encuentra ligada únicamente en sede contractual a la resolución o al cumplimiento forzado de lo pactado. Puede cobrar identidad propia, como acción principal y no estar vinculada a ninguna de ellas, sin perjuicio que para ponderar esta pretensión resulta indispensable relacionarla con el hecho en que se le hace descansar; el ilícito del incumplimiento de obligaciones emanadas del contrato. Esta Corte en fallo Rol N°3.341-2009 pone de relieve el carácter independiente de la acción de indemnización de perjuicios, señalando que, conforme a la teoría clásica o a la moderna, es posible entender que dicha obligación es de carácter principal y no accesoria, permitiendo satisfacer el interés del acreedor, lo que otros remedios jurídicos no logran”³⁶⁹. Finalmente, señala: “[q]ue, en conclusión, conforme a la más reciente doctrina y con fundamento en lo resuelto con anterioridad por esta propia Corte, es posible y razonable sostener que, terminado el contrato y establecido el incumplimiento reprochado al demandado, los falladores han debido hacerse cargo derechamente de la acción de indemnización de perjuicios deducida por la demandante y que, justificada la existencia de los perjuicios reclamados y derivados del incumplimiento, han podido acceder a ella, sin necesidad de aceptar previamente a la demanda de resolución o de cumplimiento de un contrato que ya ha sido declarado terminado”³⁷⁰.

³⁶⁷ (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 37.715-2015).

³⁶⁸ (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 37.715-2015).

³⁶⁹ (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 37.715-2015).

³⁷⁰ (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N° 37.715-2015).

IV. Conclusiones

En virtud de lo descrito, podemos concluir:

- i. El contrato, entendido como mecanismo de colaboración entre las partes, permite que el deudor garantice un resultado (que es la satisfacción del interés del acreedor). Esta garantía permite que los riesgos de incumplimiento sean asumidos, en principio, por el deudor, quien debe asegurar que el acreedor satisfaga su interés.
- ii. Este entendimiento del contrato, exige una revisión de los remedios contractuales, debido a que el acreedor que ve insatisfecho su interés por el incumplimiento del contrato debe contar con un abanico de mecanismos de tutela y protección, al cual acceder libremente. El límite de dicha opción debe estar dado por los presupuestos que caso a caso se exigen respecto al remedio determinado o por la voluntad de las partes.
- iii. La dispersión normativa descrita, exige una serie de reformas legislativas o, en su caso, la adopción de nuevos criterios e interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarios, respecto a los remedios contractuales. A modo de ejemplo, se hace necesaria una discusión relativa a los límites que le caben al remedio de cumplimiento forzado, particularmente respecto a la posibilidad de limitar su ejercicio de manera convencional y a limitar el remedio debido al costo desproporcionado que puede suponer para el deudor el cumplimiento específico de la obligación, atendiendo a las circunstancias del contrato y el interés del acreedor. Respecto a la facultad resolutoria, es necesario revisar su ejercicio, particularmente la posibilidad de considerar a este remedio como un acto jurídico unilateral recepticio, sin necesidad de declaración judicial. La indemnización de perjuicios por su parte, exige la revisión de su autonomía. Si bien dicha materia ya ha comenzado a ser tratada por los tribunales, debe continuar avanzando para consagrar de manera definitiva la autonomía e independencia de este remedio. En el reciente fallo “Sociedad Cuenca Ingenieros Consultores Limitada con Municipalidad de Cabildo”, vemos que la Corte da un gran paso al reconocer de manera directa la autonomía de la acción indemnizatoria consagrada en el artículo 1489 C.C.

CAPITULO III. EL ROL DE LA CULPA EN EL SISTEMA DE REMEDIOS

El incumplimiento del contrato constituye el presupuesto base para ejercer cualquier remedio; pero, además, cada medio de tutela exige supuestos específicos de procedencia. Así, dependiendo del remedio que se intente, uno de estos supuestos podría ser la culpa.

En este capítulo revisaremos la noción de culpa como supuesto de los medios de tutela más relevantes ofrecidos por el ordenamiento jurídico al acreedor ante el incumplimiento contractual. Para ello, en la primera parte de este apartado precisaremos el concepto de culpa al que vamos a aludir en nuestro análisis. Luego, diferenciaremos la noción de incumplimiento con la idea de culpa propiamente tal; para, finalmente, revisar el rol de la culpa en el cumplimiento forzado, la resolución y la indemnización de perjuicios.

I. Concepto y evolución de la noción de culpa

La evolución de la noción de culpa ha estado marcada por la falta de claridad en su conceptualización y función.

Al respecto, el profesor Ramón Domínguez Águila indicó: “a poco que se camine en la revisión de los textos sobre la materia, se descubre, sin embargo, que la claridad no es patrimonio de la teoría de la culpa. Uno de los más ilustres maestros del derecho civil, escribió hace ya más de medio siglo que `la noción de culpa sigue siendo, después de tantos estudios, un campo de desacuerdo y confusión` y esa observación mantiene plena vigencia, en especial si se aplica al derecho chileno, en particular cuando se observa la diferencia entre los textos, su examen doctrinario y la aplicación práctica que de ellos han hecho los tribunales (...)”³⁷¹.

La situación no ha sido muy distinta en el derecho comparado, en donde se ha afirmado que “la palabra *culpa* es una de esas expresiones que nada tienen propiamente de jurídicas, que se toman del lenguaje de todos los días y que apelan a la imaginación, a la intuición, mucho más que a la razón. Tales términos despiertan en el espíritu ideas complejas y vagas, de las que por eso mismo es muy difícil darse cuenta exacta; y, por ese motivo, cabe llamarlas palabras

³⁷¹ (Domínguez Águila, 2008, p. 107). El ilustre maestro a que cita es P. Esmein.

de *evocación*, por oposición a las palabras de *precisión*, que designan instituciones cuyos rasgos característicos están determinados: tutela, usufructo, hipoteca, por ejemplo”³⁷².

La culpa es una institución que se encuentra regulada en diversas normas de nuestro Código Civil. El artículo 44 C.C., distingue y define las tres clases de culpa que nuestro legislador ha establecido, mientras que el artículo 1547 C.C. establece el tipo de culpa de que es responsable el deudor de un contrato, según la utilidad que el contrato reporta a las partes. Asimismo, existen referencias a esta institución en todos los libros del Código Civil, a propósito de diversas materias, tales como familia³⁷³, bienes³⁷⁴, responsabilidad extracontractual³⁷⁵, entre otras.

Pese al abundante tratamiento que recibe esta institución en nuestro Código, no se ha establecido una noción general de culpa, ni tampoco es claro el rol que le cabe a propósito de las obligaciones contractuales, particularmente a propósito de los remedios o mecanismos de defensa con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento del contrato.

Con el objetivo de clarificar y entender la noción de culpa a la que se acudirá en el desarrollo de este capítulo, nos referiremos brevemente a algunos de sus aspectos más relevantes.

1. La consagración de la culpa en el Código Civil

El Código Civil regula en diversas disposiciones la culpa, las normas de mayor importancia se encuentran en el título preliminar, en donde se definen los tres tipos de culpa consagrados en nuestro Código. La formulación de la noción de culpa recogida tiene como fuente el *Traité des obligations*, de Robert Joseph Pothier. En efecto, la “*Observation générale sur le précédent Traité, et sur les suivants*” incluida al final del tomo II del referido tratado, es citado en el

³⁷² (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1962, p. 37)

³⁷³ Por ejemplo, el artículo 175 C.C. dispone que: “[e]l cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación; pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él”.

³⁷⁴ El artículo 900 C.C., relativo a la acción reivindicatoria, establece en su inciso primero que: “[c]ontra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese”.

³⁷⁵ Por ejemplo, el artículo 2329 C.C. establece en su inciso primero que: “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

Proyecto de 1853 del Código Civil como fuente directa, y habría jugado un papel decisivo en el contenido, redacción y ordenación del artículo 44 C.C.³⁷⁶.

En tiempos de la codificación chilena, el *Code* y sus códigos dependientes no trataban la culpa y el dolo en una sede general como nuestro “título preliminar”, sino que junto con las normas relativas al incumplimiento de los contratos. De esta manera, el *Code* regulaba estos conceptos bajo el título de “daños e intereses resultantes de la inexecución de la obligación” en su título III³⁷⁷.

En cambio, Andrés Bello optó por trasladar el tratamiento de la culpa y del dolo a la sede general del “título preliminar” en su acápite “De la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes”, ampliando así el campo operativo de las distintas especies de culpa más allá del ámbito contractual.

Asimismo, nuestro legislador consagró la distinción tripartita de culpas (artículo 44 C.C.)³⁷⁸ bajo el criterio *utilitas contrahentium* (artículo 1547 C.C.)³⁷⁹, siguiendo la interpretación romanista, recogida por el antiguo Derecho español³⁸⁰ y cuyo principal exponente era

³⁷⁶ En este Proyecto se contenía la siguiente nota referida al actual artículo 44 C.C.: “Pothier, Observaciones generales, al fin de su tratado de las Obligaciones”.

³⁷⁷ Bello en su primer momento siguió la tendencia tradicional de situar esta materia en sede contractual, pues en el Proyecto de 1842, se refería a ella en su título XI “Del efecto de las obligaciones”, con algunas cercanías al modelo del *Code Civil*.

³⁷⁸ Se ha cuestionado la utilidad de la gradación de la culpa. Al respecto, en 1886 algunos autores ya sostenían que la referida distinción “no se justificaba desde un punto de vista teórico ni desde el propio tenor de los textos legales” (Domínguez Hidalgo, 2005, p. 826).

³⁷⁹ Véase (Claro Solar, 1910, p. 253; Ducci Claro, 1984, p. 1; Monier, 1954, p. 226).

³⁸⁰ En las Partidas se contempla la gradación de culpas que llegó a ellas procedente del Derecho romano. Así, la Ley 11, Título XXXIII, Partida VII, dice: «De la interpretación de otras palabras dubdosas. Dolus en latín tanto quiere dezir en romance, como engaño: e deste fablamos en su titulo complidamente. E lata culpa, tanto quiere dezir, como grande, e manifiesta culpa, assi como si algun orne non entendiesse todo lo que los otros ornes entendiesen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necedad, que es semejança de engaño. E esto seria, como si algund orne tuuiesse en guarda alguna cosa de otro, e la dexasse en la carrera, de noche, o a la puerta de su casa, non cuydando que la tomaría otro orne. Ca, si se perdiessse, seria porende en grand culpa, de que non se podría escusar. E esso mesmo seria, quando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento de señor sin pena, o si fiziesse otros yerros semejantes de alguno destes. Otrosí dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuisima, que tanto quiere dezir, como non auer orne aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro orne de buen seso auria, si la tuuiesse... e quando, e en que razones han lugar estas culpas, o estas ocasiones, diximoslo assaz complidamente en la quinta Partida deste libro, en el libro de los Emprestitos, e de los Condesijos, en las leyes de fablan en esta razón.»

Pothier³⁸¹. Con todo, esta distinción no fue incorporada en el *Code Civil*, distanciándose nuestro Código Civil de su homólogo francés también en este punto³⁸².

Así, el inciso primero del artículo 44 C.C. recogió una distinción originaria del derecho romano tardío clásico, que era doctrina común entre la mayoría de los civilistas, a excepción de los franceses, en donde los juristas se encontraban divididos. Esta división entre los civilistas franceses, produjo que la tripartición de la culpa no fuese incluida en el *Code Civil*, razón por la cual Pothier incluyó una “observación general” sobre esta materia en su tratado, señalando que: “en los diferentes tratados que he dado de los diferentes contratos y cuasicontratos, he seguido la doctrina común de todos los interpretes sobre la prestación de la culpa (*faute*) que tiene lugar en cada contrato, en relación con la cosa que es su objeto. En consecuencia, he distinguido tres grados de culpa: la culpa grave (*faute lourde*), la leve (*légère*) y la muy leve (*très legere*)”³⁸³. Esta observación constituyó fuente directa de Andrés Bello respecto a la formulación de la tripartición de la culpa en nuestro Código Civil.

Asimismo, Pothier en el segundo párrafo de esta observación señaló: “la falta grave (*faute lourde*), culpa lata, consiste en no aportar a los negocios de otro el cuidado que las personas menos cuidadosas y más estúpidas no dejan de aportar a sus negocios. Esta falta es opuesta a la buena fe”³⁸⁴. Las similitudes entre la obra de Pothier y la redacción de del inciso segundo del artículo 44 C.C. son evidentes.

La regla que indica la equivalencia en materia civil entre la culpa grave y el dolo, formulada en el inciso segundo del artículo 44 C.C., en su parte final, también fue tomada de la obra de Pothier, pero Andrés Bello la reubicó junto a las definiciones de culpa del artículo 44 C.C., por

³⁸¹ Siguiendo con la doctrina anterior de Acursio, Cujacio, Vinnio y Alciano, en Pothier, Joseph Robert (Tamayo, 2001, p. 79).

³⁸² Poco antes de la formación del *Code Civil*, había aparecido en 1764 una *Dissertation sur la prestation des fautes* del abogado del Parlamento de París Denis Lebrun en la que se combatía por imaginaria a la distinción de las especies de culpa (Barrientos Grandón, 2014, p. 125). En la exposición de motivos del Código Civil francés, Bigot de Prémeneu calificó la división romana de culpa como más ingeniosa que útil (Banfi del Río, 1999, p. 178). En definitiva, el Código francés no distingue si el contrato es en utilidad común de las partes o solamente en utilidad de una de ellas, e impone a los contratantes la responsabilidad de un buen padre de familia, expresando únicamente que esta obligación es más o menos extensa relativamente a ciertos contratos (Claro Solar, 1978b, p. 500).

³⁸³ (Pothier, 1961, p. 553)

³⁸⁴ (Pothier, 1961, p. 553)

razones de sistematización y de cercanía de principio con la declaración de ser ella opuesta a la buena fe.

En efecto, Pothier señaló: “[l]a prestación del dolo que tiene lugar en los contratos que no exigen más que la buena fe, comprende bajo el término dolo no sólo la malicia y el designio de dañar, sino que también la falta gruesa, lata culpa, como opuesta a la buena fe que es requerida en el contrato, y es este el sentido que las leyes dicen que la lata *culpa comparatur dolo, lata culpa dolo est*”³⁸⁵. Esta equiparación tiene su precedente en la jurisprudencia romana, recogida en un pasaje de Paulo recibido en el Digesto (50, 16, 226), en el que se señala que una gran negligencia era culpa y una gran culpa era dolo (*magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est*)³⁸⁶⁻³⁸⁷.

Respecto al inciso tercero del artículo 44 C.C., que define el estándar general y supletorio de culpa leve, también fue influido directamente por la obra de Pothier, la que señala: “*levis culpa*, la falta leve, es aquella que consiste en aportar al negocio de otro el cuidado que el común de los hombres aporta ordinariamente a sus negocios. Ella se opone a la diligencia común”³⁸⁸. En el mismo sentido, se pronuncia respecto a la culpa levísima definida en el inciso quinto del mismo artículo, al sostener: “levísima culpa es la falta que consiste en no aportar que el cuidado que las personas más atentas aportan a sus negocios. Esta falta se opone a la muy exacta diligencia *exactissima diligentia*”³⁸⁹.

Por otro lado, el inciso cuarto del artículo 44 C.C., que precisa el parámetro técnico de “buen padre de familia”, no tiene como fuente directa o indirecta la “Observación general” de Pothier, sino que ciertos pasajes de juristas romanos. Aunque se discute sobre la frecuencia de su uso y la originalidad de los textos³⁹⁰, este parámetro habría sido utilizado en un pasaje

³⁸⁵ (Pothier, 1961, p. 554)

³⁸⁶ (Barrientos Grandón, 2014, p. 124)

³⁸⁷ Para un estudio sobre este tema, ver: (Banfi del Río, 1999)

³⁸⁸ (Pothier, 1961, p. 553)

³⁸⁹ (Pothier, 1961, p. 553)

³⁹⁰ (Buckland, 1930, p. 88), que subraya la importancia de esta figura ya en la etapa del derecho clásico romano, desafiando de esta manera a (Kunkel, 1925), en cuyo trabajo aborda la relación entre «*diligentia und custodia*», «*diligentia und culpa*», «*diligentia dilitentis un diligentia quam suis*» así como la noción de «*negligentia*». Algunas de esas ideas se sintetizan en (Jörs & Kunkel, 1937, p. 257). Se señala que Kunkel considera que aunque la expresión «*prudens et diligens pater familias*» es clásica y estaba en los textos originales de los juristas de la época, «la elevación de la *digentia del diligens pater familias* a la categoría de concepto técnico y fundamental en la teoría de la culpa fue cosa de los postclásicos». A su modo de ver, por tanto, fueron los juristas postclásicos quienes crearon la noción de

de Africano recibido en Digesto (40, 4,22); en otro de Gayo en Digesto (18, 1,35) a propósito de la responsabilidad del vendedor por la custodia de la cosa vendida y, en otro de Paulo en Digesto (7, 8, 5) en sede de uso y habitación³⁹¹.

Si bien existen razones históricas para sostener que esta clasificación se formuló teniendo en cuenta las obligaciones contractuales, también es aplicable a la responsabilidad extracontractual, constituyendo una definición de aplicación general³⁹².

A continuación, nos referiremos a los elementos constitutivos de la noción de culpa, con el objeto de delimitar su contenido conceptual.

2. Noción de culpa: Elementos objetivos y subjetivos dentro de la institución

(i) Introducción

Como ya adelantábamos, la culpa es de difícil conceptualización. Marcel Planiol la definió como una violación de una obligación preexistente, pero se ha criticado esta definición por considerarla vaga y no suponer un mayor aporte en la clarificación de la institución, pues no especifica todas las obligaciones cuya violación producen la culpa³⁹³.

Con todo, la culpa constituye un juicio negativo de valor de una conducta, que puede ser entendido bajo dos variables, como una conducta que resulta de la intención de causar el daño, lo que se denomina culpa intencional o dolo, o como una conducta que infringe de manera no intencional un deber de cuidado³⁹⁴ o el deber que el contrato establece, lo que se denomina culpa o negligencia. Así, en el derecho moderno, la culpa es un criterio genérico de responsabilidad, que comprende el ilícito intencional (dolo) y el no intencional (negligencia o imprudencia)³⁹⁵.

«*custodia diligens*» y «*negligentia*», como estándares objetivos de responsabilidad. En contra, Buckland considera que «*diligentia*» es un patrón de conducta objetivo que describe o referencia una determinada conducta o modo de comportarse que ya estaba en el derecho clásico. Los clásicos usaron la palabra «*diligentia*» en sus Responsa con relación a conductas y no como mero «*state of mind*» (Buckland, 1930, p. 107). En: (Tomás Martínez, 2015, p. 63). Sobre el concepto de “Buen padre de familia” ver: (Beltrán Heredia y Onis, 1984, pp. 69–84).

³⁹¹ (Barrientos Grandón, 2014, p. 125)

³⁹² (Barros Bourie, 2006, p. 80)

³⁹³ (Montheil, 2011, p. 20)

³⁹⁴ (Barros Bourie, 2006, p. 75)

³⁹⁵ (Barros Bourie, 2006, p. 76)

En este apartado nos centraremos en el estudio de la culpa no intencional o negligencia, aunque, lo aquí dispuesto puede ser aplicado en algunos puntos respecto del dolo o culpa intencional.

(ii) Noción de culpa

El profesor Luis Díez-Picazo presenta, a propósito de la responsabilidad extracontractual, cuatro maneras diferentes de concebir la culpa o imprudencia (la concepción psicológica, moral, económica y normativa de la negligencia). El autor sostiene que estas concepciones no se contraponen, pero que “dosifican de manera diversa los ingredientes que introducen en la construcción teórica del concepto”³⁹⁶. A continuación, revisaremos brevemente lo sostenido en cada una de estas concepciones:

i. La concepción psicológica de la culpa surge por la influencia del derecho canónico y del derecho natural, en donde se consideró que la culpa era consecuencia de la censura moral en la que se estimaba había incurrido el agente ejerciente del daño, tomando en consideración su estado de ánimo o intención³⁹⁷.

Esta concepción tuvo su origen en el derecho penal del primer positivismo y corresponde a un concepto causalista del Derecho, en el que los elementos objetivos quedaban radicados en la antijuridicidad y los subjetivos en la culpabilidad³⁹⁸. Así, la culpa era entendida como una indagación por el ánimo o especial disposición del carácter, es decir, en términos subjetivos, en atención a elementos psicológicos del deudor³⁹⁹. De esta manera, la responsabilidad fundada en la culpa encontraba su base en el estado de ánimo del individuo, subordinando la reparación a una averiguación psicológica⁴⁰⁰.

ii. La concepción ética de la culpa considera que los criterios de definición de la diligencia se encuentran impuestos por deberes que son de carácter moral. Además, la concreción misma de lo que en cada situación es negligente o diligente, se encuentra determinado por criterios

³⁹⁶ (Díez-Picazo, 1999, p. 354)

³⁹⁷ (Díez-Picazo, 1999, pp. 353-354)

³⁹⁸ (Aedo Barrena, 2014, p. 29)

³⁹⁹ (Baraona, 1997, p. 155)

⁴⁰⁰ (Aedo Barrena, 2014, p. 30)

morales⁴⁰¹. Se afirma que Ripert es el principal representante de esta forma de concebir la culpa, quien sostenía que la idea de culpa había llegado al Derecho desde la moral, no pudiendo por ello adquirir nunca el perfil técnico de otros términos jurídicos. Y al tratar de precisarlo, (...) vuelve a insistir en que se trata de “la idea moral de que la persona y los bienes del prójimo deben ser sagrados para nosotros”⁴⁰²⁻⁴⁰³.

Estimamos que estas dos primeras concepciones sólo son útiles para el entendimiento de la evolución de la noción de diligencia en la historia del derecho, y para identificar el uso que esta noción puede tener fuera del mundo jurídico; pero no para un acercamiento estrictamente jurídico.

En relación al estado psicológico de los agentes que causan daño, sean o no contratantes, resulta de gran complejidad conocer, descubrir y considerar un estado psicológico. Consideramos que la introducción de dichos elementos para analizar si una persona ha obrado con negligencia, conlleva un riesgo de incertidumbre jurídica.

Este mismo problema se replica en la concepción moral de la culpa, pues serán los jueces los llamados a dotar de contenido la noción moral imperante, sin que nunca pueda conocerse de antemano, con certeza, la diligencia que se debía adoptar en el cumplimiento de los contratos o en la vida en sociedad. Además, en las sociedades pluralistas no existe una idea unívoca de moral⁴⁰⁴, introduciéndose un riesgo de incertidumbre jurídica bajo estas concepciones.

iii. La concepción económica de la negligencia se expone a propósito de la responsabilidad extracontractual, pero consideramos que esta tesis resulta a su vez aplicable a materia contractual. La concepción económica se basa en lo postulado por el juez norteamericano *Learned Hand*, quien en 1947 elaboró una fórmula aritmética para determinar la culpa, según la cual, una persona actúa en forma negligente si el costo de evitar un accidente es menor que

⁴⁰¹ (Díez-Picazo, 1999, p. 355)

⁴⁰² (Díez-Picazo, 1999, p. 356)

⁴⁰³ Se ha sostenido frente a esta interpretación, “que el pensamiento de este gran jurista francés ha sido mal interpretado, porque una lectura atenta de su obra quiere mostrar que detrás de cualquier regla de responsabilidad, hay una regla moral. Otra cosa es que fundara en eso la preeminencia de la culpa. Mirada así la cuestión, en la idea de Ripert no se encuentra el rechazo de una obligación de resarcimiento fundada en el riesgo, sino que, por el contrario, Ripert dirige sus críticas al modelo de la responsabilidad por el simple vínculo causal, cuestión en la que por lo demás, hay un relativo consenso” (Aedo Barrena, 2014, pp. 33-34).

⁴⁰⁴ (Díez-Picazo, 1999, p. 357)

el daño susceptible de ser producido por la actividad de que se trata multiplicado por la probabilidad de que ocurra⁴⁰⁵.

Así, sólo existe negligencia si la probabilidad de que el daño se produzca es muy elevado, siendo el valor de dichos daños también muy elevado, no siendo muy elevados los costos de prevención del daño. Así, no es negligente quien, ante un suceso improbable y un daño no importante en su cuantía, no lleva a cabo costos de prevención que pueden considerarse desproporcionados⁴⁰⁶. De acuerdo con este criterio, no tiene sentido evitar un daño con unos costos extraordinarios, pues la regla de la eficiencia económica es minimizar la suma de daños más costos de prevención de daños, ya que los costos de prevención exigen recursos cuya optimización debería producirse destinándolos a otros fines⁴⁰⁷.

iv. La concepción normativa de la culpa surge como una respuesta a las cuestionadas teorías psicológicas, principalmente desde el derecho penal. Esta concepción entiende la culpa como un juicio de reproche⁴⁰⁸, que en materia contractual consistiría en la discordancia entre el comportamiento del deudor y el modelo abstracto de conducta que le era exigible.

La concepción de culpa que adoptaremos en este apartado, se relaciona con la concepción normativa presentada por el profesor Luis Diez Picazo. De esta manera, la culpa consiste en la falta u omisión de la conducta que era exigible al deudor para la ejecución del contrato. La pregunta que cabe hacerse ahora es, ¿cómo se determina la conducta que le era exigible al deudor? Es frente a esta pregunta donde opera la concepción normativa de la culpa, pues la conducta exigible al deudor se determina mediante la comparación de la conducta efectiva del deudor con un patrón de conducta que se analiza de manera objetiva.

De este modo, es posible afirmar que la culpa constituye un juicio de reproche a la conducta del deudor. Este juicio de reproche opera en términos objetivos y normativos, siendo ajeno a la idea de un juicio de reproche moral, personal o psicológico del deudor, lo que significa que no resultan relevantes los motivos o aptitudes personales del deudor que lo han llevado a

⁴⁰⁵ La fórmula proviene del caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2D Cir. 1947).

⁴⁰⁶ (Diez-Picazo, 1999, p. 359)

⁴⁰⁷ (Diez-Picazo, 1999, p. 359)

⁴⁰⁸ (Diez-Picazo, 1999, p. 357)

incumplir. Lo relevante para saber si se ha obrado con culpa es determinar si la conducta del deudor coincide con la conducta modelo que exigía el contrato.

En virtud de lo anterior, la culpa puede ser conceptualizada como la falta de la diligencia debida, esto es, no actuar como es dable esperar del deudor⁴⁰⁹. En efecto, desde el derecho romano clásico, el concepto jurídico de culpa hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de cuidado a las que debemos atender en nuestra vida de relación⁴¹⁰, lo que incluye las exigencias típicas que se deben cumplir en la ejecución de un contrato. Se trata de requerimientos típicos, porque están referidos a estándares de conducta que debemos ejecutar en los diversos tipos de situaciones en que interactuamos y son objetivas, como será desarrollado *infra*, puesto que no atienden a las características subjetivas, individuales ni personales de cada cual, sino que a un modelo de conducta⁴¹¹.

En todo intento de delimitación de la noción de culpa, se vuelve indispensable referirse a la idea de diligencia, pues la conceptualización de la culpa o negligencia se hace en oposición a ésta. La diligencia es una norma objetiva de conducta, mediante la cual se establece un modelo de conducta que debe seguir el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Con todo, la noción de diligencia varía según el fin que se le haya dado al contrato. De esta manera, la diligencia aparece como el adecuado empleo de energías y medios útiles para la realización de un fin determinado⁴¹². Así, según los diversos fines que se buscan mediante la celebración de un contrato y los intereses que se buscan satisfacer, el contenido de la diligencia puede variar.

Sin embargo, la positividad o no del juicio de diligencia no dependen de la consecución o no del resultado perseguido, sino del metro o medida empleado para la valoración de la idoneidad de la conducta que persigue dicho resultado⁴¹³, lo cual se determina bajo un patrón de conducta objetivo y abstracto.

⁴⁰⁹ (Domínguez Águila, 2008, p. 116)

⁴¹⁰ (Barros Bourie, 2006, p. 78)

⁴¹¹ (Barros Bourie, 2006, p. 78)

⁴¹² (Jordano Fraga, 1985, p. 303)

⁴¹³ (Jordano Fraga, 1985, p. 303)

La negligencia o culpa, consiste en la falta de diligencia que se debe, en el desajuste entre la conducta del concreto deudor y el modelo legal o convencional de diligencia debida⁴¹⁴. De esta forma, la culpa contractual puede ser concebida como la inobservancia del cuidado debido o diligencia debida en el cumplimiento del contrato.

(iii) Subjetivo y objetivo

Para analizar este tema, es necesario hacer una precisión en torno a la noción de culpa en sede penal y civil. En sede penal, no cabe responsabilidad sin culpabilidad, la cual se traduce en un reproche subjetivo doloso o culposo. En sede civil, en cambio, es posible la responsabilidad civil sin culpa (en los sistemas de responsabilidad estricta). A su vez, la culpa civil no requiere necesariamente un reproche subjetivo⁴¹⁵.

En materia de responsabilidad contractual, existe un debate en torno a si el modelo de diligencia debe corresponder a un tipo abstracto de conducta, lo que se conoce como diligencia objetiva, o si debe adecuarse a las características de la persona implicada, llamada diligencia *quam in suis* o diligencia subjetiva⁴¹⁶. Este debate tiene sentido en las obligaciones contractuales, ya que la relación jurídica se establece con una persona concreta, cuya personalidad y características pueden ser conocidas por la otra parte⁴¹⁷.

Según Badosa Coll, la diligencia puede entenderse en un doble sentido. Subjetivo, como predisposición psicológica, tensión de la voluntad, esfuerzo, atención, cuidado, etc., en orden a la conservación o promoción de los intereses ajenos del acreedor. O bien, en sentido objetivo, como conducta materialmente identificable⁴¹⁸.

De esta manera, la diligencia puede contemplarse como modelo de voluntad que señala el esfuerzo o atención que hay que poner en el cumplimiento de los contratos o como modelo

⁴¹⁴ (Jordano Fraga, 1988, p. 823)

⁴¹⁵ (Pantaleón Prieto, 2000, p. 167)

⁴¹⁶ (Díez-Picazo, 1999, p. 360).

⁴¹⁷ (Díez-Picazo, 1999, p. 360)

⁴¹⁸ (Badosa Coll, 1987, p. 33)

de conducta, estableciendo qué o cuáles actos son idóneos para la actividad jurídicamente calificada⁴¹⁹.

La configuración subjetiva de la negligencia se relaciona con el estado o la situación psicológica del deudor, que resulta favorable o no para la realización o cumplimiento efectivo de la obligación. De esta manera, adquieren relevancia elementos que el deudor debe poner en práctica como el esfuerzo, cuidado o atención con que cumple la obligación, en consideración de sus características personales. La noción objetiva de la culpa, en cambio, consiste en una comparación entre la conducta observada por el deudor y la que debía emplearse, es decir, la esperada⁴²⁰.

La noción subjetiva de la culpa es criticada, puesto que la cualidad subjetiva que se pretende aplicar es incongruente con el cumplimiento del contrato, ya que el interés, esfuerzo o cuidado, son términos que describen solamente una postura interna del deudor, cuando lo que la actividad requiere es una conducta material⁴²¹. Por lo demás, resulta de gran dificultad conocer el estado psicológico o las intenciones del deudor.

Actualmente, la idea de culpa se define en contraposición a la diligencia, la que se presenta, a su vez, como un modo de actuar; algo que escapa por completo a la valoración de intenciones del sujeto. Así, la mayoría de la doctrina pone de manifiesto que el estándar del buen padre de familia es un modelo de conducta abstracto y objetivo. Es decir, el complejo de cuidados y cautelas, el comportamiento debido por el deudor no se determina con arreglo a las cuestiones o aptitudes personales, sino con arreglo a un modelo externo de la persona del deudor⁴²².

La culpa debe ser conceptualizada en términos objetivos, entendido esto como la contravención a un modelo objetivo de comportamiento. Se ha sostenido que en nuestro país basta la lectura del artículo 44 C.C. para concluir que la culpa civil no es un concepto que examine el querer del demandado, pues el artículo define ciertos patrones de conducta (del

⁴¹⁹ (Badosa Coll, 1987, p. 34)

⁴²⁰ (Domínguez Águila, 2008, p. 126)

⁴²¹ (Badosa Coll, 1987, p. 39)

⁴²² (Jordano Fraga, 1988, p. 824)

hombre juicioso, del buen padre de familia, del hombre de poca prudencia) que remiten a un modelo objetivo de apreciación de culpa.

Así, que la apreciación de la culpa se haga en abstracto equivale en derecho, a proceder por comparación⁴²³, de modo que la conducta del deudor se compara con la conducta de un modelo ideal –un estándar- y ante desajustes entre la conducta del deudor y la del modelo ideal, podemos afirmar que el deudor ha obrado con culpa.

De esta manera, la culpa, en el lenguaje de los civilistas, asume un significado objetivo de violación de una norma de conducta, de no realización de la conducta debida. Culpa, es precisamente lo contrario a diligencia, que se presenta a su vez como un modo de actuar, algo que escapa por completo a la valoración de intenciones del sujeto⁴²⁴.

Cabe aquí señalar, que al igual que como ocurre en responsabilidad extracontractual, la culpa se aprecia en abstracto, pero se determina en concreto⁴²⁵. Esto no significa que la determinación de la culpa o diligencia pierda su objetividad, toda vez que el análisis en concreto implica considerar las circunstancias concretas y particulares del caso, pero esta consideración se hace a su vez bajo un parámetro objetivo.

Lo anterior es compartido por Jordano Fraga, quien sostiene que el carácter objetivo de la diligencia no es incompatible con su carácter elástico, en el sentido de dar cabida en la valoración de la conducta debida a las diversas circunstancias en que ésta se produce^{426,427}.

La determinación del obrar culposo prescinde, de esta manera, del reproche moral que pueda merecer o no su acto u omisión, sin tomar en consideración los factores subjetivos del caso. En consecuencia, el juicio civil de culpa no es un reproche moral al deudor, sino que es un reproche normativo que permite hacerlo responsable de las consecuencias de su obrar.

⁴²³ (Domínguez Águila, 2008, p. 127)

⁴²⁴ (Jordano Fraga, 1985, p. 303)

⁴²⁵ (Barros Bourie, 2006, p. 84)

⁴²⁶ (Jordano Fraga, 1985, p. 304)

⁴²⁷ Este mismo autor expone como ejemplo del carácter elástico de la diligencia, el hecho de que no es lo mismo operar en un hospital con todos los adelantos técnicos disponibles, respecto de la operación sobre el escenario de un aparatoso accidente y utilizando equipos sanitarios de emergencia. En estos casos, no se menoscaba el carácter objetivo de la diligencia y negligencia, ya que se exige del médico cirujano todo aquello que puede exigirse de un buen profesional puesto en esas circunstancias y no de las singulares aptitudes de aquel concreto médico interviniente (Jordano Fraga, 1985, p. 304).

El entendimiento de la culpa en sentido objetivo fortalece la confianza en el cumplimiento del contrato, pues en base a ello se atiende a las expectativas razonables que podemos tener respecto del comportamiento de los demás, y en la construcción de esas expectativas no puede tener cabida una discriminación sobre la base de aspectos subjetivos de cada cual⁴²⁸.

Se ha afirmado a su vez, que el carácter objetivo de la diligencia y de la culpa no es sino una afirmación del cambio de perspectiva producido en el Derecho de obligaciones, desde la sanción (que propendía por una valoración subjetiva de las aptitudes e intenciones del sujeto) hacia la tutela del crédito que, por el contrario, propende a asegurar la realización del interés del acreedor en fuerza de establecer la medida de lo debido al margen de aquellas intenciones y aptitudes⁴²⁹.

(iv) Contenido de la noción de culpa

Corresponde ahora dotar de contenido la noción de culpa ya desarrollada. Ya se estableció que la culpa consiste en la discordancia existente entre la conducta del deudor y el modelo de diligencia debida, modelo que se establece en términos objetivos y de manera abstracta, teniendo en consideración ciertos elementos del caso concreto, que igualmente son valorados de manera objetiva.

Sin embargo, cabe ahora preguntarse por la forma de determinar en un caso concreto cuál o cuáles conductas del deudor se deben entender como acordes a lo que el modelo de diligencia debida exige y cuáles no.

La doctrina ha dicho que es preciso distinguir, para hablar de culpa, entre negligencia, imprudencia e impericia⁴³⁰.

La negligencia consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen una determinada conducta solicitada, atenta y sagaz. Obra con negligencia quien no toma las debidas precauciones⁴³¹. La imprudencia, por su parte, es entendida como conducta positiva,

⁴²⁸ (Barros Bourie, 2006, p. 79)

⁴²⁹ (Jordano Fraga, 1985, p. 304)

⁴³⁰ (Mosset Iturraspe, 1982, pp. 69-70)

⁴³¹ (Zamora Picciani, 2013, p. 27)

consistente en una acción de la cual había que abstenerse, o en una acción que ha sido realizada de manera no adecuada, precipitada o prematura⁴³². La impericia consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte⁴³³. La impericia se traduciría en la realización de una conducta, oficio o profesión sin la habilidad especial, la experiencia o los conocimientos particulares por ella requeridos a la época o con infracción a las reglas técnicas comprendidas en la misma⁴³⁴. En este último caso, la culpa se relaciona con la violación de una norma de conducta, que viene dada por el buen hacer de un arte, profesión y oficio, es decir, por sus reglas técnicas⁴³⁵. Esta última culpa, referida a la impericia, será la que se exigirá respecto a los médicos, arquitectos, empresario transportista, etc.

Además de lo anterior, se ha sostenido que la culpa se refiere a la inobservancia de normas jurídicas, por cuanto la observancia de las normas constituye el medio útil para la consecución del resultado debido o para el respeto de la esfera jurídica del acreedor. De manera que la violación de normas jurídicas es relevante a los fines del cumplimiento, en tanto su observancia sea útil para la consecución del fin contractual⁴³⁶.

Más allá de lo anterior, resulta necesario entender la manera en que se construye el deber de conducta, modelo que permite analizar caso a caso si se ha obrado con diligencia o no.

En materia extracontractual esta tarea es compleja, pues se distingue si el deber de cuidado que define el patrón de conducta se encuentra definido en la ley (caso en que se habla de culpa infraccional), en los usos normativos⁴³⁷ o si debe ser determinado por el juez en base a diversos criterios.

⁴³² (Zamora Picciani, 2013, p. 27)

⁴³³ (Zamora Picciani, 2013, p. 27)

⁴³⁴ (Rosso Elorriaga, 2008, pp. 702-711)

⁴³⁵ (Jordano Fraga, 1985, p. 307)

⁴³⁶ (Jordano Fraga, 1985, p. 307)

⁴³⁷ Los usos normativos son definidos por el profesor Enrique Barros como “reglas conocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y de aquello que usualmente se tiene por debido y que se expresan en expectativas de seguridad dentro de cada tipo de actividad (...) a veces, estas reglas están formuladas en códigos de ética o de conducta, como los que rigen la actividad publicitaria o la de algunos colegios profesionales. Más frecuentemente se expresan en buenas prácticas profesionales o empresariales” (Barros Bourie, 2006, p. 104)

En materia contractual la situación es distinta, ya que el contrato permite determinar el patrón de conducta a que se obliga el deudor, el que se determinará a partir de su propio contenido, pues son las cláusulas contractuales las que indican- en principio- la forma en que el contrato ha de ejecutarse.

Con todo, puede ocurrir que el contrato no permita determinar de manera minuciosa el patrón de conducta. En estos casos, ¿cómo se sabrá si una determinada conducta del deudor resulta culpable o no? Estimamos que debe acudir a la revisión de la naturaleza de la obligación, el contenido de ésta y la consideración de ciertas circunstancias externas (como el tiempo y lugar en que se ha celebrado el contrato).

(v) La teoría de la culpa contractual y extracontractual: ¿unificación o dicotomía?

Como bien sabemos, en materia de responsabilidad civil se distingue la esfera contractual y la extracontractual, delictual o aquiliana. Esta distinción fue propuesta por primera vez en 1884, en Francia, ante la evidencia de que el *Code* contenía una normativa distinta para ambas especies de responsabilidad⁴³⁸, al igual que nuestro Código Civil.

A partir de lo anterior, surge una larga lista de diferencias entre el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual, que pese a ciertas críticas⁴³⁹, se han sostenido por la mayoría de la opinión doctrinal y jurisprudencial tanto en los sistemas de origen romano-germánicos e incluso en el *common law*, donde es clásica la distinción entre *contracts* y *torts*⁴⁴⁰.

Una de estas diferencias se encuentra en la culpabilidad, donde se ha distinguido entre culpa contractual y extracontractual o aquiliana⁴⁴¹. La primera supone la violación de una obligación preexistente, mientras que la segunda resulta de un acto ilícito, que implica la infracción del mero precepto genérico “no dañar a otro”⁴⁴².

⁴³⁸ (Domínguez Hidalgo, 2005, p. 826)

⁴³⁹ Para algunas de estas críticas, ver: (Domínguez Hidalgo, 2005, p. 826)

⁴⁴⁰ (Domínguez Hidalgo, 2005, p. 827)

⁴⁴¹ La culpa aquiliana se llama así por la *lex Aquilia*, un plebiscito votado a propuesta del tribuno de la plebe Aquilio, que impuso responsabilidad por ciertos daños causados con dolo o culpa.

⁴⁴² (Miguel Traviesas, 1926, p. 288)

En relación a esta materia, algunos autores han estimado que la culpa contractual es distinta a la culpa extracontractual (teoría clásica o dualista), mientras que, por otro lado, han surgido voces que han intentado unificar el tratamiento de esta institución en ambos sistemas de responsabilidad.

Por un lado, la teoría dualista de la culpa afirma que la culpa contractual y extracontractual difieren en cuanto a su objetivo, ya que la obligación violada en la primera nace de un contrato, y presupone por lo tanto un pacto preexistente que determina la naturaleza particular y la extensión de la obligación, lo que a su vez permite graduar la culpa. Esto, se sostiene, sería diferente en la responsabilidad extracontractual, pues al faltar el contrato, la culpa emanaría de la violación de la obligación social de no ofender a otros⁴⁴³.

De esta manera, la teoría dualista plantea que la principal diferencia entre la culpa contractual y extracontractual radicaría en que la primera nacería del contrato, lo que permitiría la gradación de la culpa en la responsabilidad contractual en virtud de las relaciones convencionales de las partes, mientras que en la culpa extracontractual no se admitiría tal gradación⁴⁴⁴.

Pese a esta distinción, históricamente han existido autores que han rechazado la dicotomía. Así, vemos por ejemplo que Cogliolo sostiene que ambos tipos de culpa son jurídicamente regulados del mismo modo, por tanto la culpa es una sola y consiste en no haber hecho lo que un hombre medio habría hecho en aquellas circunstancias de hecho (y entre estas circunstancias está el contrato concluido), o haber hecho aquello que un hombre medio no habría hecho⁴⁴⁵.

La distinción, como vemos, pasa por la consideración de una obligación preexistente que emana del contrato y que permite, según la naturaleza del contrato o el tenor de la convención, determinar el grado de culpa de que van a responder los deudores en cada caso. Sin embargo, dicha diferencia pierde sentido si entendemos que, en materia de responsabilidad extracontractual, pese a no existir un contrato, existe una obligación

⁴⁴³ (Yáñez González, 1992, p. 17)

⁴⁴⁴ (Yáñez González, 1992, p. 18)

⁴⁴⁵ (Cogliolo, 1917, pp. 127-128)

preexistente, presupuesta por la ley y que tiene que ver con los deberes generales de la vida en sociedad.

A nuestro parecer, es claro que existen diferencias entre el régimen contractual y extracontractual en cuanto a la noción de culpa. Lo anterior debido a que el estándar de conducta en uno y otro caso se construye en base a cosas distintas y los riesgos son distribuidos de manera diferente, lo que produce que la regulación legal sea diferente.

Una manifestación de lo anterior se encuentra en lo que dispone el artículo 1547 C.C., en cuanto a la presunción de culpabilidad en sede contractual, mientras que en sede extracontractual, la culpa sólo se presume en casos específicamente regulados por el legislador⁴⁴⁶.

Asimismo, a nuestro juicio, otra manifestación de estas diferencias se encuentra en la determinación de lo que es exigible según el patrón de conducta en el caso de un contrato o en las actuaciones de la vida en sociedad. Posiblemente, en el primer caso referido, la diligencia como modelo de conducta va a ser más exigente por existir un acuerdo previo que establece claramente derechos y obligaciones para el deudor.

Pese a estas diferencias, existe a nuestro entender una coincidencia respecto a la forma en que el Código Civil regula esta materia, en términos generales. Como vimos, el artículo 44 C.C. define las tres gradaciones de culpa, las que consisten en la ausencia de un determinado grado de diligencia y cuidado en la realización de las propias acciones.

Asimismo, el Código define culpa en el Título Preliminar y la incluye entre las “palabras de uso frecuente de las leyes”, lo que implica un uso transversal de esta definición en las distintas materias tratadas en el Código, incluyendo la responsabilidad extracontractual. En efecto, del concepto de culpa del artículo 44 C.C., se sigue que el estándar de conducta general y supletorio es la culpa leve, por tanto, es el que resulta aplicable cuando la ley habla

⁴⁴⁶ Presunción de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 C.C., por el hecho ajeno de los artículos 2320 y 2322 C.C. y por el hecho de las cosas.

de culpa o descuido sin otra calificación⁴⁴⁷. Así, cuando el artículo 2284 C.C. señala que el cuasidelito civil es el hecho “culpable” que causa daño se refiere a culpa leve.

En definitiva, el Código Civil define el concepto de culpa, el que es aplicable al régimen de responsabilidad contractual y extracontractual, pero que gradúa en atención al interés de las partes durante la ejecución de las obligaciones de un contrato; en cambio, en sede extracontractual, sólo es aplicable el estándar general y supletorio de culpa leve⁴⁴⁸. Asimismo, en materia contractual, la culpa se asimila a un descuido o falta de cuidado en relación con el interés que las partes han puesto en el contrato; y en materia extracontractual, la culpa implica la inobservancia de un patrón de conducta seguido por una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado ordinario o mediano.

II. La culpa en el concepto de incumplimiento

1. Introducción

La evolución que revisamos en el primer capítulo de este trabajo, en torno a las nociones de incumplimiento y contrato, resultan relevantes a efecto de considerar la evolución que ha tenido la noción de culpa dentro del incumplimiento.

Tradicionalmente, al tratar el incumplimiento, la doctrina ponía énfasis en la conducta del deudor, pues se entendía que el deudor debía realizar la conducta a la que se había comprometido- dar, hacer o no hacer-, lo cual se analizaba desde la culpa o el dolo con que hubiere actuado⁴⁴⁹. De esta manera, el énfasis estaba en el reproche al deudor relacionado en su aspecto subjetivo, definiéndose el incumplimiento como aquella situación antijurídica que se producía cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no quedaba la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ (Barros Bourie, 2006, p. 80)

⁴⁴⁸ Hay quienes que sostienen que en materia extracontractual se responde de “toda culpa”, pero esto no es efectivo (Barros Bourie, 2006, p. 81).

⁴⁴⁹ (Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga, & Vodanovic Haklicka, 2004, pp. 265 y ss.)

⁴⁵⁰ (Puig Peña, 1945, p. 152)

En nuestro país, Rodríguez Grez ha seguido esta perspectiva, al sostener que “el deudor de una obligación sólo incurre en culpa cuando no se comporta con la diligencia, el cuidado y la atención que le impone la respectiva obligación, independiente de la circunstancia de lograr el objeto propuesto (prestación). De aquí que la obligación sea siempre ‘un deber de conducta’ que se proyecta en función de una ‘prestación’ (resultado), pero que no se halla subordinado a ella. Por consiguiente, cumple el que se comporta como corresponde (sin incurrir en culpa grave, leve o levísima, atendiendo a los diversos tipos de obligaciones), independientemente de que con aquella conducta se alcance la prestación convenida”⁴⁵¹.

Así, es posible desprender que, bajo esta postura, sólo habría incumplimiento cuando mediare una causa imputable al deudor, mientras que, si se tratare de la no ejecución o ejecución imperfecta de la prestación dada por causas ajenas al deudor, habría que hablar de inexecución, insatisfacción u otro término semejante que indique neutralidad⁴⁵².

Consideramos que es necesario, en virtud de la evolución de las nociones de contrato e incumplimiento⁴⁵³, separar al incumplimiento, entendido en términos generales, de la noción de culpa que se ha descrito en este apartado. Para ello, es necesario revisar ciertas posturas, hacer consistente la exigencia de la culpa con las nociones de contrato e incumplimiento que describimos en el primer capítulo de este trabajo, atendiendo a su vez, a la clasificación de las obligaciones, que distingue obligaciones de medio y resultado.

2. El rol de la culpa en la noción de incumplimiento

Como vimos, el contrato puede ser definido como aquel mecanismo de colaboración entre las partes, fijado en base a su autonomía, que busca satisfacer el o los intereses que han llevado a las partes a celebrarlo. A su vez, resulta importante considerar que, además de generar deberes específicos de conducta respecto del deudor, el contrato constituye una garantía de resultado del interés del acreedor.

⁴⁵¹ (Rodríguez Grez, 2012, p. 147). El énfasis es nuestro.

⁴⁵² (San Martín Neira, 2011, p. 2)

⁴⁵³ Hoy, vemos que esta postura que exige culpa para que haya incumplimiento, se ha ido dejando de lado, analizando el cumplimiento como un hecho objetivo relacionado con la satisfacción del interés del acreedor y su protección (Bahamondes Oyarzún et al., 2014, p. 54; Mejías Alonzo, 2008, p. 459; Vidal Olivares, 2007a).

Dicho lo anterior, el incumplimiento se nos presenta desde una óptica objetiva, desprovista de toda valoración de la conducta del deudor, que implique una desviación del programa de prestación convenido por las partes, que produce la insatisfacción de los intereses del acreedor. Aquí, ya no es sólo relevante si el deudor entregó la cosa, o si ejecutó el servicio comprometido, sino que también si el acreedor, mediante la ejecución de la prestación, vea satisfecho su interés⁴⁵⁴.

Enrique Barros sostiene por un lado que resulta conveniente introducir un concepto diferenciado de incumplimiento⁴⁵⁵, toda vez que hay ciertas obligaciones cuyo cumplimiento es inseparable de una apreciación de la conducta del deudor, de un estándar de conducta, que está sólo indirectamente referido al beneficio final perseguido por el acreedor⁴⁵⁶. Así, al ser la negligencia un elemento constitutivo del incumplimiento (en las obligaciones de medios), dicha noción se separa del incumplimiento asumido para el resto de las obligaciones, pues no es posible evaluar la satisfacción de intereses del acreedor, sino que lo que debe evaluarse, es si el deudor ha ejecutado la obligación bajo la diligencia que le era exigible, más allá de la obtención del resultado de ver satisfecho su interés.

El profesor Antonio Morales, discrepa de lo anterior, y defiende un concepto unitario de incumplimiento, que constituye el supuesto básico de todos los remedios contractuales⁴⁵⁷. Para ello, realiza una precisión en torno al concepto de relación obligatoria, formulando que ella se corresponde no sólo con los deberes de conducta del deudor, sino que también con la realización de resultados de satisfacción de interés del acreedor. Ese doble contenido alternativo de la relación obligatoria permite que, conceptualmente, sea inadecuado definir el incumplimiento sólo como la falta de ejecución de los deberes de conducta que le impone el

⁴⁵⁴ Algunos autores han confundido la noción de culpa e incumplimiento. Así, se señala que “[t]radicionalmente la culpabilidad se ha considerado como un elemento del supuesto del incumplimiento, aunque no haya sido necesario al acreedor probar la culpa, porque se ha presumido. Esto es consecuencia del modo tradicional de entender la responsabilidad contractual, circunscrita al remedio indemnizatorio y, a lo más, a la pretensión de cumplimiento. Siendo así, se explica que los requisitos del deber de indemnización (culpabilidad) formen parte del supuesto del incumplimiento” (Morales Moreno, 2006b, p. 32).

⁴⁵⁵ La diferenciación en el concepto de incumplimiento es compartida por el profesor Carlos Pizarro Wilson, quien sostiene que el incumplimiento de las obligaciones de resultado se produce toda vez que el deudor no alcanza el fin al cual se comprometió y, en este sentido, se asimila a la noción amplia de incumplimiento, mientras que, en las obligaciones de medio el incumplimiento se configura cuando el deudor no ha utilizado la diligencia debida en la ejecución del contrato (Pizarro Wilson, 2008).

⁴⁵⁶ (Barros Bourie, 2009a, pp. 157 y ss.)

⁴⁵⁷ (Morales Moreno, 2009, pp. 209 y ss.)

contrato, pues aunque muchas veces el contrato se refiera a deberes de conducta, en otras se refiere a la falta de consecución de ciertos resultados garantizados por el contrato, siendo mejor definir el incumplimiento como la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato⁴⁵⁸.

Desde nuestra perspectiva, el incumplimiento debe ser entendido como un concepto uniforme relativo a todo tipo de obligaciones, pero consideramos que las razones para ello se deben a la noción que hemos asumido de contrato. A diferencia del profesor Morales, no estimamos que la relación obligatoria tenga un contenido alternativo entre los deberes específicos de conducta del deudor y la satisfacción del interés de las partes. El contrato debe ser considerado como un mecanismo que permite, por medio de la colaboración, satisfacer el interés del acreedor de la relación obligatoria, lo cual es garantizado por el deudor, independiente de si el contrato contiene obligaciones de medio o de resultado. Lo relevante es, a nuestro juicio, entender que la idea de satisfacción de intereses no tiene que ver, necesariamente con el interés económico o fin último que ha llevado a las partes a celebrar el contrato, sino que con el interés que las partes han podido plasmar en el contrato en virtud del cual han distribuido los riesgos económicos, por ejemplo, mediante la fijación de un precio. En palabras del propio profesor Antonio Morales, "la completa satisfacción del interés concreto de cada contratante queda a menudo más allá de lo que el contrato le procura o garantiza"⁴⁵⁹.

Sobre el punto anterior, estimamos que un ejemplo puede expresar de mejor forma lo que venimos diciendo. Si se celebra un contrato de compraventa, en el cual la cosa vendida es un producto de belleza fijado según el precio de mercado, posiblemente el interés final del comprador va a ser lucir físicamente mejor, pero, en condiciones normales, ese no va a ser el interés que el deudor va a asegurar, pues de ser así habría cobrado un precio más alto o, posiblemente se habría negado a celebrar el contrato. El interés asegurado por el deudor es la entrega del producto y que éste contenga las características específicas pactadas (por ejemplo, si se trata de una crema, que ésta contenga las propiedades químicas descritas). Si dicho

⁴⁵⁸ (Morales Moreno, 2009, p. 211)

⁴⁵⁹ (Morales Moreno, 2009, p. 206)

interés no se ve satisfecho, por la falta de entrega o porque el producto no tiene las propiedades pactadas, hay incumplimiento y operan los remedios que correspondan.

Asimismo, en una obligación de medios, es posible afirmar que el rol del contrato es asegurar el interés del acreedor plasmado en el contrato. Por ejemplo, si analizamos el interés plasmado en un contrato de prestaciones médicas, el interés del acreedor, plasmado en el contrato, no es que se cure la enfermedad, pues dicho interés personal exige el pago de un precio exorbitante o la asunción de riesgos que posiblemente ningún médico esté dispuesto a pactar, sino que es precisamente que el médico despliegue de manera diligente y según corresponda, la conducta o servicio pactado.

La negligencia es un elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medios⁴⁶⁰. Sin embargo, ello no afecta la unidad de la noción de incumplimiento, precisamente porque en dicho tipo de obligaciones la diligencia del deudor se relaciona estrechamente con el interés que se busca satisfacer, de modo que, si el deudor no ejerce los deberes pactados bajo el grado de diligencia que corresponde según el pacto o la ley, lo que se produce es la insatisfacción del interés que el acreedor pactó.

En virtud de lo anterior, es posible arribar a las siguientes conclusiones preliminares:

- i. El concepto de incumplimiento es un concepto unitario, tanto para las obligaciones de medio como resultado, que se produce cuando el deudor no satisface el interés del acreedor plasmado en el contrato. Dicho concepto, debe en principio abstraerse de la consideración de la culpa o negligencia, salvo cuando el contenido de la obligación y el interés de las partes exija atender a dicha noción para evaluar el incumplimiento (en las obligaciones de medios).
- ii. Así, la concurrencia de la culpa o el dolo no se exige en la actuación del deudor para incurrir en un incumplimiento contractual en lo que concierne a las obligaciones de resultado.
- iii. Es necesario analizar el rol que le cabe a la culpa, más allá de ser constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medios. A continuación, revisaremos el rol que

⁴⁶⁰ (Barros Bourie, 2009b, p. 309)

le cabe a la culpa, como presupuesto de procedencia de los diversos remedios contractuales.

III. La culpa como presupuesto de hecho de los medios de tutela del acreedor

1. Introducción

La doctrina tradicional en Chile identifica al incumplimiento culpable del deudor con el supuesto de todos los remedios⁴⁶¹. Como revisamos, el único presupuesto común a todos los remedios es el incumplimiento. Recientemente, la doctrina nacional se ha esforzado por dilucidar el rol que le cabe a la culpa como presupuesto o requisito de los remedios contractuales⁴⁶².

De esta manera, en principio la culpa no sería una condición necesaria para el ejercicio de cada remedio en particular, siendo el incumplimiento el único presupuesto de procedencia transversal. A continuación, revisaremos el rol que le cabe a la culpa dentro del cumplimiento forzado, la facultad resolutoria y la indemnización de perjuicios.

2. Rol de la culpa en el cumplimiento forzado

Dilucidar el rol que le cabe a la culpa en el cumplimiento forzado de la obligación no resulta de gran complejidad hoy en día. Como veremos, la doctrina nacional y comparada considera que no cabe exigir ni probar la culpa del deudor para que opere este remedio.

El cumplimiento forzado, una vez que se ha producido el incumplimiento, constituye una de las medidas de reacción que en el orden lógico debiera intentar el acreedor para ver satisfecho su interés. Con todo, este remedio tiene como límite la imposibilidad objetiva en el cumplimiento de la obligación.

El cumplimiento específico constituye un remedio independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor⁴⁶³. Producido el incumplimiento, en cualquiera de sus formas, como hipótesis general, el acreedor puede demandar cumplimiento forzado. Para tal efecto,

⁴⁶¹ (Abeliuk Manasevich, 2009b, pp. 654-656; Claro Solar, 1978a, p. 554 para indemnización; y pp. 555-556 para ejecución forzada)

⁴⁶² (Pizarro Wilson, 2008, p. 256)

⁴⁶³ (Pantaleón Prieto, 1993, p. 1729)

sólo se requiere el incumplimiento del contrato y, ciertamente, no se requiere culpa del deudor. El fundamento de la pretensión está en el incumplimiento contractual⁴⁶⁴, más precisamente en el fundamento de la obligatoriedad del contrato que ha sido infringido. De esta manera, y siempre que ello sea posible, el acreedor puede pedir que el deudor cumpla forzosamente la obligación para satisfacer su interés, debido a que el deudor se ha obligado y ha garantizado dicha satisfacción. Por ello la culpa no tiene intervención en este mecanismo del acreedor. Producido el incumplimiento, no se divisa razón para exigir un nuevo requisito más allá del contrato a fin de que el acreedor pueda exigir la prestación convenida⁴⁶⁵.

De este modo, la culpa no integra el supuesto del remedio, sin embargo la falta de imputabilidad puede afectarle, sea privando al acreedor del remedio porque la obligación se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida no imputable; o suspendiendo su ejercicio mientras subsista el caso fortuito causante del incumplimiento.

En efecto, el caso fortuito afecta la titularidad del remedio o su ejercicio. En el primer caso porque la obligación se extinguió, en el segundo porque su exigibilidad se halla en suspenso. La prescindencia del criterio de culpa se aprecia mejor en los cumplimientos imperfectos. En ellos no interesa la causa del defecto o falta de conformidad (culpa o caso fortuito); siempre el acreedor tendrá a su disposición las pretensiones de sustitución o reparación si concurren sus requisitos de procedencia⁴⁶⁶.

3. Rol de la culpa en la resolución

Tradicionalmente se ha sostenido dentro de los requisitos de la facultad resolutoria, la necesidad de que el incumplimiento sea imputable a culpa o dolo del deudor⁴⁶⁷. El principal argumento que se esgrime, para arribar a esta conclusión, se centra en el propio artículo 1489 C.C., disposición que permite al acreedor demandar la indemnización de perjuicios junto a la resolución, indemnización que sólo se debería desde que el deudor se ha constituido en mora y siempre que el incumplimiento le sea imputable al deudor⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 334)

⁴⁶⁵ (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 334)

⁴⁶⁶ (Vidal Olivares, 2010, p. 24)

⁴⁶⁷ Ver: (Claro Solar, 1992, pp. 180-188; Fueyo Laneri, 2004, pp. 331-336; López Santa María, 2005, p. 556).

⁴⁶⁸ (Mejías Alonzo, 2011, p. 22)

Se ha criticado lo anterior, toda vez que el artículo 1489 C.C. no exige imputabilidad para ejercer la facultad resolutoria. Del hecho de que dicha facultad pueda ejercerse conjuntamente con la indemnización de perjuicios, no se colige que ambos remedios compartan los mismos requisitos, siendo su único presupuesto común el incumplimiento⁴⁶⁹. En el ejercicio de la facultad resolutoria no existe razón para restringir su procedencia a la culpa. Si bien la resolución y la indemnización de daños pueden pedirse conjuntamente, cada remedio tiene su propio presupuesto que le diferencia y determina su propia y separada funcionalidad⁴⁷⁰.

En el derecho comparado también se ha defendido la idea de que el ejercicio de la facultad resolutoria, basada en el incumplimiento, debe ser independiente de la culpabilidad⁴⁷¹.

Desde nuestro punto de vista, la facultad resolutoria debe ser entendida en forma objetiva, lo que significa que dicha facultad debiese poder ejercerse ante cualquier tipo de incumplimiento, esto es, ante la insatisfacción del interés por parte del acreedor⁴⁷². El incumplimiento resolutorio es un hecho objetivo que prescinde de la valoración de la conducta del deudor, pues no es importante evaluar la conducta del deudor, sino que lo que importa es satisfacer el interés del acreedor que ha sido asegurado mediante el contrato. Lo que sí resulta relevante para determinar que un incumplimiento sea resolutorio, es la entidad o gravedad de dicho incumplimiento, debido a que el principio de buena fe exige que los contratos bilaterales se resuelvan no por mero capricho del acreedor, sino cuando realmente el incumplimiento es de una entidad tal que impide que éste vea satisfecho su interés. La resolución, por consiguiente, es un efecto de ese especial incumplimiento y no de la culpa del deudor⁴⁷³.

⁴⁶⁹ (Mejías Alonzo, 2011, pp. 23 y ss.)

⁴⁷⁰ (Vidal Olivares, 2009, pp. 364-365)

⁴⁷¹ (Morales Moreno, 2006b, pp. 44-45)

⁴⁷² Fernando Pantaleón ha sostenido que la imputabilidad al deudor de la falta de cumplimiento, no es y, debe seguir sin ser, elemento del supuesto de hecho de la resolución del contrato (Pantaleón Prieto, 1993, pp. 1732-1733)

⁴⁷³ (Vidal Olivares, 2010, p. 35)

El artículo 1489 C.C. simplemente requiere que no se cumpla lo pactado, sin valorar la conducta del deudor, siendo suficiente el incumplimiento como hecho objetivo, siempre y cuando éste tenga el carácter de esencial, según se expuso en el Capítulo II⁴⁷⁴.

4. Rol de la culpa en la indemnización de perjuicios

Los requisitos que tradicionalmente se exigen para que surja la obligación de indemnizar los perjuicios producidos son: que exista incumplimiento por parte del deudor, que el acreedor haya sufrido un daño producto del cumplimiento, que exista un nexo causal entre el daño producido y el incumplimiento del contrato, que el incumplimiento sea imputable a culpa o dolo del deudor y que se constituya en mora al deudor⁴⁷⁵.

De esta forma, la culpa sería parte de los requisitos adicionales al incumplimiento para que opere la indemnización como remedio. A su vez, según la concepción tradicional, la mora se definiría como el retardo imputable a culpa o dolo del deudor, incluyéndose también en dicho presupuesto el requisito de culpa del deudor. A continuación, pasaremos a revisar ambos presupuestos.

(i) La culpa como presupuesto de la indemnización de perjuicios

a. La defensa de la culpa como presupuesto de procedencia de la indemnización de perjuicios

La culpa y el dolo han constituido tradicionalmente el factor de atribución de responsabilidad al deudor y a su vez, se ha sostenido que serían el fundamento de la responsabilidad contractual⁴⁷⁶. La tesis de que la responsabilidad del deudor supone un incumplimiento culpable, puede proceder de la caracterización del incumplimiento como un ilícito civil, que

⁴⁷⁴ En contra de esta postura, se invocan los artículos 1826 y 1873 C.C., para el incumplimiento del vendedor y del comprador, respectivamente. Ambas disposiciones aparentemente prevén para la resolución la culpa o el hecho del deudor y la mora. Sin embargo, según el profesor Álvaro Vidal Olivares, debe entenderse que la exigencia de imputabilidad en estas disposiciones refiere a la indemnización de daños y no a la resolución, la que conforme al artículo 1489 C.C., se desenvuelve inclusive frente a incumplimientos fortuitos. A lo sumo, podría aceptarse la exigencia de la imputabilidad para la resolución del contrato de compraventa, entendiendo que las normas citadas tienen un ámbito limitado a este contrato por el principio de especialidad (Vidal Olivares, 2009, pp. 366-367)

⁴⁷⁵ (Alessandri Rodríguez, 1998, pp. 78 y ss.)

⁴⁷⁶ (Alessandri Rodríguez, 1941, p. 177; Claro Solar, 1978a, pp. 673-675; Gatica Pacheco, 1959, p. 11; Rodríguez Grez, 2012, p. 142)

necesita la culpa para imponer ciertas consecuencias o “castigos”⁴⁷⁷. La generalidad de la doctrina nacional ha sostenido que el fundamento de la indemnización de daños está en la actuación culpable⁴⁷⁸ del obligado a prestarla. Así, se da por establecido que para desencadenar la responsabilidad contractual se requiere, como uno de sus elementos, la culpa o dolo del deudor.

Al respecto, estos autores sostienen que, a partir de un breve examen de las reglas de responsabilidad contractual, es posible determinar que sin culpa no hay lugar a la obligación de pagar los perjuicios que produce el incumplimiento⁴⁷⁹. Así, por ejemplo, los artículos 44, 1547, 1558 y 1672 C.C. y siguientes, permitirían construir la llamada “teoría subjetiva de la responsabilidad contractual”.

Particularmente, en virtud del artículo 44 C.C., en relación al artículo 1547 C.C., se ha asentado la idea de que la indemnización exige como factor de atribución la culpa del deudor, la cual se presume. En virtud de esta presunción, pudimos constatar que muchas veces la jurisprudencia no ahonda profundamente en el requisito de la culpa, pues una vez que se presume ésta, se suele señalar que el deudor no ha desvirtuado la presunción, sin realizar un análisis acabado de la institución en el caso concreto, debiendo por tanto indemnizar los perjuicios⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ (Díez-Picazo, 2008a, p. 712)

⁴⁷⁸ (Abeliuk Manasevich, 2009b, pp. 673–675, 724–725; Alessandri Rodríguez, 1941, p. 177; Claro Solar, 1978b, p. 499; Fueyo Laneri, 2004, p. 344; Rodríguez Grez, 2003, pp. 142 y ss.)

⁴⁷⁹ (Domínguez Águila, 2008, p. 108)

⁴⁸⁰ En este sentido, nuestros tribunales han señalado: “[q]ue la parte demandada no aportó probanza alguna en orden a demostrar el correcto y oportuno cumplimiento de la obligación que asumió al celebrar el contrato sub iudice, en circunstancias que obraba en favor de la tesis sostenida por la demandante una presunción simplemente legal de culpabilidad de la contraria, que ésta pudo llegar a contrarrestar mediante el ejercicio de la carga de aportar los medios probatorios idóneos al efecto, pero que no rindió” (Corte Apelaciones de Talca, Rol N°1235-2012). Asimismo, se ha sostenido: “[q]ue en cuanto a la alegación de que la demandante debió probar el actuar negligente de la demandada, ha de tenerse presente que el proveedor no rindió prueba alguna en el procedimiento y que sólo puede quedar eximido de responsabilidad si demuestra que empleó y agotó todas las medidas necesarias para evitar los daños causados. Constituye una obligación permanente vigilar y custodiar el vehículo y no es una quimera el pretender que sea devuelto en las condiciones en que fue estacionado, pues el proveedor debió otorgar seguridad en el consumo de bienes o servicios y tienen en todo momento el deber de evitar los riesgos que pueden afectar a los consumidores, sean ellos finales o no. Es una responsabilidad sujeta a prueba, vale decir, deben acreditarse los hechos que se alegan por parte de quien se pretende eximir de responsabilidad de acuerdo al artículo 1547, inciso tercero, del Código Civil, entonces, una presunción, cual es, que los daños han tenido su origen en la culpa del dueño del estacionamiento y, en la especie y como se señalara, el demandado no rindió prueba alguna para destruir tal presunción (...)” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1262-2015) La Corte Suprema ha dispuesto, en el mismo sentido: “[q]ue ha quedado establecida en el proceso la

Más allá de las disposiciones legales, se ha argumentado a favor de la culpa como presupuesto de la responsabilidad, al entender que resulta consubstancial al ser humano el responder de sus acciones y de sus consecuencias necesarias u objetivamente previsibles⁴⁸¹, lo que se traduciría en la responsabilidad que se debe asumir por las acciones y consecuencias imputables a su actuar. Asimismo, se agrega un argumento de orden económico, en virtud del cual se señala que la responsabilidad contractual basada en la culpa permitiría restaurar el desequilibrio que se ha producido en el patrimonio del acreedor, por el incumplimiento imputable del deudor⁴⁸². Así, el ordenamiento jurídico permitiría indemnizar los perjuicios, basándose en el principio de que nadie puede perjudicarse por el acto culpable de otro y, recíprocamente, nadie puede beneficiarse sin causa justa y, más todavía, cuando el perjuicio pueda corresponder, como contrapartida, a un beneficio⁴⁸³.

Desde la perspectiva de sus fundamentos, se ha sostenido que la responsabilidad por culpa es éticamente bien fundada y es superior desde esta perspectiva a la responsabilidad sin culpa. El argumento central es que la culpabilidad le otorga a la parte incumplidora más libertad, ya que no tiene que responder por los acontecimientos que no podía controlar, lo que, desde la perspectiva kantiana, consiste en un acto de libertad para elegir entre el incumplimiento o la conformidad con un contrato⁴⁸⁴.

b. Fundamentos de la responsabilidad sin culpa en el derecho comparado

A diferencia de lo que ocurre en el derecho nacional, parte del derecho comparado ha prescindido de la culpa como criterio de atribución de responsabilidad. Asimismo, la evolución que ha tenido el derecho de contratos a partir de las concepciones introducidas por la Convención de Viena y otros cuerpos normativos, tiende a prescindir de la culpa como

infracción de la obligación por parte de la demandada, toda vez que rehusó celebrar el contrato de compraventa a que se encontraba contractualmente obligada. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1547 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que debió emplearla, lo que significa en materia de responsabilidad civil contractual que la ley presume la culpa del deudor que es, en este caso, la culpa leve toda vez que el contrato cede en beneficio de ambas partes, sin que la demandada haya desvirtuado, de manera alguna, la presunción de culpa que pesaba en su contra” (Corte Suprema, Primera sala (Civil) Rol N°20.296-2015).

⁴⁸¹ (Fueyo Laneri, 2004, p. 344)

⁴⁸² (Fueyo Laneri, 2004, p. 345)

⁴⁸³ (Fueyo Laneri, 2004, p. 345)

⁴⁸⁴ (Grundmann, 2011, p. 36)

elemento de atribución exigible para indemnizar los perjuicios que ocasiona el incumplimiento.

La Convención de Viena, siguiendo el modelo de la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de la Haya del año 1964, recoge la «Teoría de las Esferas de Control» del jurista Rabel⁴⁸⁵. Según esta doctrina el contrato asigna a cada parte todos los eventos que encuentran su origen dentro de lo que representa su esfera de control [su casa, su empresa, sus dependientes], con independencia de su culpabilidad y, también, aquellos que, hallándose fuera de la misma, ella estaba obligada a tenerlos en cuenta o a evitarlos o superarlos según el contenido y finalidad de la regla contractual. Ello significa que el deudor no sólo asume la responsabilidad por los riesgos por él previstos concretamente al momento de contratar, sino por todos los que él puede y debe controlar. Dentro de éstos, se encuentran los incumplimientos culposos, porque siempre son previsibles, evitables y superables. Sin embargo, la responsabilidad típica del deudor se extiende más allá de la noción de culpa, comprendiendo todos los eventos que se originan en su esfera y que, por ello, siempre pueden mantenerse bajo su control mediante medidas que le son exigibles conforme a la regla contractual⁴⁸⁶.

Aunque la Convención de Viena prevé un sistema de responsabilidad con particularidades únicas, se trata de un sistema de responsabilidad objetivado que se desenvuelve con independencia de la culpabilidad del deudor⁴⁸⁷. En este sentido, el principal referente del régimen de responsabilidad de la Convención de Viena es el sistema de responsabilidad del *common law*, con el que encuentra las mayores coincidencias. Este sistema también fue el referente de Rabel para la elaboración de su doctrina. En efecto, al analizar sus influencias se ha indicado que *“he strongly advocated a strict liability regime, a trademark of Anglo-American contract law, which was ultimately introduced into Article 79 of the CISG. And because of the eminence of the CISG, this regime has remained on the international agenda; it is evident in more*

⁴⁸⁵ La teoría de las esferas de control estaba vigente al tiempo de la entrada en vigencia del BGB, la que no encuentra acogida en los otros ordenamientos internos. Tampoco la ha encontrado en Francia, luego de la propuesta de Josserand, según la cual, inclusive por *lege lata*, el deudor debe responder de todos los sucesos que actúan en la esfera de control. En tales ordenamientos se llega, cuando más, a la síntesis de que el vendedor es liberado de aquellos sucesos con los que, en el momento de contratar, no tenía que contar y no podía evitar con las medidas a él exigibles (Vidal Olivares, 2005, n. 2)

⁴⁸⁶ (Vidal Olivares, 2005, n. 2)

⁴⁸⁷ (Vidal Olivares, 2005, n. 2)

general sets of contract law principles developed over the last decades at the Unidroit level and in Europe"⁴⁸⁸.

La doctrina comparada sostiene que el núcleo de la responsabilidad contractual sin culpa se basa en la idea de que el contratante es responsable por el incumplimiento de su promesa, y que dicha responsabilidad es independiente del debido cuidado o diligencia del promitente⁴⁸⁹. Esta visión incide en el rol que tienen los distintos remedios en el sistema de responsabilidad, en donde la indemnización de perjuicios tiene una clara preponderancia por sobre los demás.

Si bien tradicionalmente se ha indicado que los sistemas de derecho continental optan por la responsabilidad por culpa, mientras que los sistemas del *common law* lo hacen por la responsabilidad contractual estricta, la doctrina contemporánea indica que esta conclusión sería el resultado de un exceso de abstracción en ambos lados, pues todos los sistemas optan por una combinación de ambos⁴⁹⁰.

Según Stefan Grundmann la responsabilidad sin culpa se justificaría en el principio *pacta sunt servanda*. Este autor señala que existe una jerarquía entre la Libertad (principio de la responsabilidad por culpa) y el principio *Pacta Sunt Servanda*, en donde este último es claramente más importante. Aquellos que abogan por la superioridad moral del principio de culpa porque otorga mayor libertad a la parte deudora (incumplidora) al limitar su responsabilidad a los daños que se siguen de su incumplimiento negligente omiten que existe una libertad anterior que permite a las partes decidir que ofertas realizará y a que estándares se quiere someter, esto es, el principio de libertad contractual. De hecho, el individualismo normativo o la idea de sociedad de derecho privado de Böhm son significativos por lo siguiente: ambos consideran que el elemento más importante de la libertad de la época moderna es el derecho que tiene cada persona para decidir, dentro lo más amplio posible, a qué obligarse. Esta libertad – que es anterior – es menospreciada si la pregunta respecto al

⁴⁸⁸ "(Rabel) abogó firmemente por un régimen de responsabilidad objetiva, una marca registrada de la ley de contrato anglo-estadounidense, que finalmente fue introducida en el artículo 79 de la Convención de Viena. Y debido a la eminencia de la Convención de Viena, este régimen se ha mantenido en la agenda internacional; es evidente en conjuntos más generales de los principios del Derecho contractual desarrollado durante las últimas décadas a nivel Unidroit y en Europa" (Grundmann, 2011, p. 36) (traducción libre).

⁴⁸⁹ (Scott, 2011, p. 21)

⁴⁹⁰ (Grundmann, 2011, p. 37)

régimen de responsabilidad se decide en base a la superioridad de la culpa o responsabilidad estricta, en vez de guiarse por las intenciones expresas e implícitas de las partes al contratar. Si el principio de libertad contractual es tomado en serio, entonces corresponde interpretar dichas intenciones, no imponer a las partes un régimen formulado por la doctrina, jurisprudencia o cualquier otro tercero para promover su libertad y ser entonces una solución moralmente superior. Reemplazar la decisión de las partes – incluso bajo la justificación de promoción de libertad – es absolutamente paternalista. El individualismo normativo, sobre el cual descansa el análisis económico del derecho contractual, tiene también un fundamento moral, que incluye la idea que la libertad de cada individuo debe ser ejercido en los términos más amplios y tempranos posibles”⁴⁹¹.

Desde un punto de vista económico, Richard Posner, siguiendo la teoría *holmesiana*, sostiene que el contrato provee de opciones, donde se otorga la opción de cumplir o de pagar los daños⁴⁹². De esta manera, si se incumple el contrato (incluso de manera voluntaria, como cuando se incumple para contratar con alguien más), no se estaría realmente rompiendo la promesa pactada, pues lo prometido era cumplir o compensar los perjuicios que ocasiona el incumplimiento⁴⁹³. Así, R. Posner defiende la idea de responsabilidad sin culpa en materia contractual, pues la parte que se ve afectada por el incumplimiento (el acreedor insatisfecho) no debe alegar que el deudor obró con culpa para reclamar los daños, pues la promesa consiste precisamente en cumplir (*to perform*) o en pagar los daños (*to pay damages*), por lo que si el deudor elige no cumplir debe pagar los daños⁴⁹⁴.

Este autor otorga, desde una óptica económica, diversos argumentos para explicar la conveniencia de una responsabilidad contractual ajena a la noción de culpa.

De partida, el autor sostiene que existe un componente de seguro que debe ser considerado, y que permite reducir los costos de transacción. El seguro funciona en el sentido de que la promesa de cumplir o pagar los daños ante el incumplimiento, es una manera de asegurar al acreedor respecto a las consecuencias de dicho incumplimiento. De esta manera, quien asume

⁴⁹¹ (Grundmann, 2011, p. 44)

⁴⁹² (Posner, 2011, p. 4)

⁴⁹³ (Posner, 2011, p. 4)

⁴⁹⁴ (Posner, 2011, p. 5)

el riesgo del incumplimiento es el deudor, pues si no cumple, paga. Los costos de transacción se reducen, pues dicho deudor debiese contratar cuando entienda que el riesgo de incumplir sea bajo. Así, estará dispuesto a contratar, en principio cuando asegurar el riesgo de incumplimiento le resulte más barato. De esta manera, la responsabilidad estricta reduce los costos de transacción optimizando la distribución de riesgos⁴⁹⁵.

A esto se puede agregar que la responsabilidad sin culpa sería más eficiente que la responsabilidad basada en ésta. Lo anterior se puede explicar gracias a un ejemplo: supongamos que a una de las partes de un contrato en que se ha pactado la entrega de un producto determinado, le ofrece, un tercer contratante comprar dicho producto a un precio mayor. En dicho caso, quien ofrece el producto sólo tiene un producto, de modo que sólo puede satisfacer a uno de los contratantes. En base a la idea de culpa, el contratante debiese cumplir su contrato inicial. Sin embargo, ello sería ineficiente, pues le otorgaría el producto a una parte que valora menos el producto, disminuyendo el beneficio social⁴⁹⁶.

c. Críticas a la culpa como presupuesto de la responsabilidad

A partir del desarrollo de la responsabilidad sin culpa en el derecho comparado, se ha empezado a discutir en nuestro país la posibilidad de indemnizar los perjuicios sin la necesidad de requerir la culpa del deudor.

Una primera aproximación a este punto, la presenta el profesor D. Peñailillo, quien distingue dentro de los remedios contractuales, el cumplimiento por equivalencia y la indemnización de perjuicios. Señala que el cumplimiento por equivalencia constituye un remedio distinto de la indemnización, toda vez que lo que se busca obtener mediante la primera es el valor de la prestación, ante la imposibilidad de obtener el cumplimiento en la especie⁴⁹⁷, mientras que la indemnización no persigue el valor de la prestación incumplida, sino que resarcir los perjuicios que se causaron al acreedor por el incumplimiento, más allá de la cosa o prestación ejecutada. Visto así, en relación con el cumplimiento por equivalencia, no habría texto legal que exigiría culpa para su procedencia, pues ante este remedio la obligación subsiste, pero

⁴⁹⁵ (Posner, 2011, p. 6)

⁴⁹⁶ (Posner, 2011, p. 8)

⁴⁹⁷ (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 335)

varía de objeto, debiendo el deudor pagar el valor de la prestación y siendo, por tanto, su fundamento no la culpa o el dolo del deudor, sino que más bien la obligatoriedad del contrato incumplido. A esto se agrega, más allá de los argumentos de texto, que “la ausencia de culpa no libera al deudor del cumplimiento, sea en especie o en su equivalente pecuniario (porque la culpa no es exigida), por la razón de que el deber de cumplimiento persiste mientras no se extinga la obligación (y no se ve porqué la mera diligencia pueda extinguirlo)”⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹.

A esto, Peñailillo agrega que si lo demandado es la indemnización de perjuicios, tampoco se requeriría la culpa del deudor, pues el fundamento de la responsabilidad contractual estaría precisamente en el hecho del incumplimiento contractual⁵⁰⁰, de modo que, si se libera al deudor de indemnizar los perjuicios en razón de la falta de culpa en su actuar, se daría la inaceptable situación de que el único que soportaría los perjuicios sería quien ha cumplido por su parte, quedando impune el incumplidor. Este es, a juicio de Peñailillo, el argumento jurídico fundamental para prescindir de la culpa como presupuesto de la responsabilidad contractual⁵⁰¹. El mismo autor agrega que, desde su perspectiva, ninguna de las normas que regulan la indemnización de perjuicios⁵⁰² menciona a la culpa como fundamento o elemento

⁴⁹⁸ (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 337)

⁴⁹⁹ Si bien lo anterior constituye un aporte a la discusión, desde nuestra perspectiva y como ya fue establecido *supra* en el Capítulo II, la responsabilidad contractual cumple una doble función, que tiene que ver con indemnizar los perjuicios relacionados con el valor de la prestación y los daños subsecuentes que se produzcan en el acreedor. Si bien con esta distinción, se lograría superar la exigencia de la culpa en cuanto al valor de la prestación, la exigencia de la culpa persistiría en cuanto a los demás perjuicios indemnizables.

⁵⁰⁰ (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 338)

⁵⁰¹ (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 338)

⁵⁰² El profesor Daniel Peñailillo sostiene que los artículos 1556, 1557, 1558 y 1559 C.C. son las normas destinadas a regular la indemnización de perjuicios contractuales. El artículo 1556 C.C. sólo precisa cuáles son los supuestos que constituyen el incumplimiento y declara que en tales circunstancias debe indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante. El artículo 1557 C.C. dispone a la mora del deudor como una tercera exigencia, prescindiendo asimismo de la culpa. Este autor precisa que el artículo 1558 inciso 1º C.C., que tradicionalmente se ha considerado clave para exigir culpa y dolo respecto del deudor, en realidad regula solamente la influencia del dolo en la indemnización. A esto se agrega un análisis de las reglas que regulan la culpa, sosteniendo que las normas que regulan a esta institución (44 y 1547 C.C.) se refieren al rol que le cabe a la diligencia (en oposición a la culpa) como integradora de la prestación en el caso de las obligaciones de medios. En este caso, la diligencia que forma parte de la prestación no significa que la ausencia de culpa exonere al deudor de la obligación de indemnizar, sino que al desarrollar el deudor la prestación comprometida con la diligencia debida, ha cumplido su obligación y, por tanto, no hay incumplimiento, y por lo mismo, nada hay que indemnizar (Peñailillo Arévalo, 2009, pp. 338 y ss.).

de la responsabilidad contractual, ni a la ausencia de culpa como el límite de tal responsabilidad, a partir del cual el deudor quedaría liberado⁵⁰³.

Desde nuestra perspectiva, existen diversas críticas a la exigencia de culpa como presupuesto de la responsabilidad. Uno de estos cuestionamientos, tiene que ver con la supuesta eficacia liberatoria que debiese tener la ausencia de culpa en el incumplimiento de la obligación. Al ser la culpa el fundamento de la responsabilidad, la ausencia de culpa debiese excluir la responsabilidad misma al excluir su fundamento. Dicho de otro modo, el deudor debiese liberarse, siempre que, no obstante la falta o inexactitud del cumplimiento, hubiese empleado en la preparación u organización del cumplimiento el grado de diligencia requerido⁵⁰⁴.

Sin embargo, la doctrina tradicional no acepta lo anterior, pues para liberar al deudor de responsabilidad no se acepta por lo general la prueba de la ausencia de culpa (o prueba de diligencia)⁵⁰⁵. La causal de exoneración que tradicionalmente se ha aceptado para liberar al deudor se limita al caso fortuito o fuerza mayor, que consiste en la imposibilidad sobrevinida de la prestación determinada por causa no imputable al deudor⁵⁰⁶⁻⁵⁰⁷.

De esta manera, si la culpa va a constituir un requisito de la responsabilidad, inexorablemente se debiese admitir una nueva causa de exoneración de responsabilidad (que actualmente no figura en nuestro ordenamiento jurídico): la ausencia de culpa.

⁵⁰³ (Peñailillo Arévalo, 2009, p. 339)

⁵⁰⁴ (Jordano Fraga, 1985, pp. 335-336)

⁵⁰⁵ (Barros Bourie, 2009b, p. 312)

⁵⁰⁶ Algunos autores han sostenido que la ausencia de culpa conforma uno de los elementos del caso fortuito o de la fuerza mayor: en este sentido parte de la doctrina nacional “estima que en el sistema chileno (la ausencia de culpa del deudor) es el primero y más importante de los elementos del caso fortuito. Si el caso de fuerza mayor exonera al demandado, es porque se excluye la culpa. Si la culpa del deudor es la fuente del hecho invocado como constitutivo de caso fortuito, el demandado no será exonerado. La culpa excluye el caso fortuito” (Pizarro Wilson, 2005, p. 117).

⁵⁰⁷ Al respecto, se ha sostenido: “pese a la cuidada y lógica elaboración que presenta esta distinción entre el caso fortuito y la ausencia de culpa, la jurisprudencia no ha acudido a ella para justificar la exoneración del deudor y ambos conceptos han permanecido en un estado de indiferenciación a la hora de su aplicación. La razón no es difícil de comprender. La prueba de su exoneración corresponde al deudor (...) y a éste le resulta mucho más fácil probar el acaecimiento de un caso fortuito (...) que demostrar que ha obrado observando la diligencia que le era exigible de acuerdo con la regla contractual (...). Para demostrar su ausencia de culpa deberá agotar hasta lo indecible el espectro posible de hechos potencialmente relevantes, la mayoría de los cuales son de índole negativa. Ante esto, al deudor le será mucho más simple acreditar que, en el desenvolvimiento del programa de prestación, ha acaecido un hecho que reúne las condiciones de exoneración previstas (...), cualquiera sea la clase de obligación de que se trate, y alegar así el caso fortuito” (Alcalde Silva, 2013, pp. 55-56).

Parte de la doctrina nacional ha sostenido que la ausencia de culpa como elemento de exoneración de responsabilidad es relevante en el caso de las obligaciones de medio, donde la diligencia cumple un rol integrador de la obligación. La consecuencia de esta integración es que, en las obligaciones de medio hay propiamente cumplimiento cuando el comportamiento prometido se lleva a cabo con la diligencia requerida. Como contrapartida, al deudor le basta demostrar que ha empleado ese grado de diligencia para acreditar que ha cumplido con su obligación, pues la consecución de un determinado resultado no es el único modo de acreditar que ha existido cumplimiento. A diferencia de lo ocurre con las obligaciones de resultado, se sostiene que en las obligaciones de medio la consideración de la diligencia comprometida siempre es importante, al punto que su inobservancia comporta un hecho determinante para establecer el propio incumplimiento, puesto que aquella integra el contenido del deber de prestación al que se ha comprometido el deudor. Si ello es así, al menos teóricamente, el empleo de la diligencia debida comporta un medio de defensa distinto del caso fortuito⁵⁰⁸.

Este último entendimiento ha sido considerado por algunos tribunales. Nuestra jurisprudencia ha aplicado la ausencia de culpa como factor de exoneración de responsabilidad, pero respecto a las obligaciones de medio, donde la culpa supone incumplimiento y la ausencia de culpa supone que se ha cumplido. De esta manera, vemos por ejemplo que la Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo en un reciente fallo que: “(...) cuando se alude a una presunción de culpa debe entenderse que el deudor queda liberado si prueba la ausencia de culpa o, lo que es lo mismo, la prueba que cumplió con su prestación adecuando su conducta a la diligencia que le era exigible conforme a la teoría de prestación de culpas prevista en el mismo artículo 1547”⁵⁰⁹.

En virtud de lo anterior, frente a obligaciones de resultado, cierta jurisprudencia ha establecido que el deudor sólo podrá exonerarse de responsabilidad, probando el caso fortuito o la fuerza mayor. En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido recientemente “[q]ue, en todo caso, prescindiendo de que se trataba de una obligación de resultado- según

⁵⁰⁸ (Alcalde Silva, 2013, pp. 54-55)

⁵⁰⁹ (Corte de Apelaciones de Concepción, Tercera Sala, Rol N° 1.558-2014, 2015)

estima esta Corte- en que el régimen de responsabilidad es objetivo o estricto, siendo la única causal de exoneración del deudor la causa extraña o ajena (...)”⁵¹⁰.

A nuestro modo de ver, en los casos descritos, la ausencia de culpa aplicada en las obligaciones de medio no opera como un factor de exoneración de responsabilidad, sino que más bien excluye el incumplimiento.

El gran problema que surge, desde nuestro punto de vista, es que no hay claridad respecto a la forma en que puede razonablemente defenderse el deudor para no responder de los perjuicios que el incumplimiento ocasiona. Actualmente, en términos generales, se debe determinar (lo cual se presume) si el deudor ha obrado o no con culpa. La defensa que puede sostener el deudor es probar la existencia de caso fortuito, y, tratándose de obligaciones de medio, de ausencia de culpa, lo que excluiría el incumplimiento. Sin embargo, este esquema no es consistente con la exigencia de culpa del deudor como presupuesto de la responsabilidad, pues el caso fortuito no es sinónimo de la ausencia de culpa, de modo que, si la doctrina nacional quisiese ser consistente, debiese permitir que en todo tipo de obligaciones se pudiese eximir el deudor probando la ausencia de culpa, ya que ello excluiría uno de los presupuestos de la responsabilidad contractual.

Sin embargo, la solución anterior no aparece como una solución justa si consideramos que, el contrato es un mecanismo que garantiza la satisfacción de cierto resultado respecto del acreedor. Entender que la culpa es un elemento de la responsabilidad, y que, lógicamente, la ausencia de ésta debiese excluir la responsabilidad, no responde a la idea de que el contrato es una garantía de satisfacción de intereses respecto del acreedor.

Finalmente, cabe señalar que, desde nuestra perspectiva, prescindir de la culpa para indemnizar los perjuicios puede justificarse a partir de dos ideas fundamentales. La primera, radica en entender que la indemnización de los perjuicios al acreedor insatisfecho no tiene que ver con una sanción o un reproche de ningún tipo al deudor. Si bien ya hemos establecido que la culpa es ajena a un juicio de reproche personal al deudor, estimamos que evaluar la conducta del deudor para reparar los daños que ha sufrido el acreedor no es justo.

⁵¹⁰ (Corte Suprema, Primera sala (Civil), Rol N° 21.373-2015, 2016).

El contrato, entendido como mecanismo de colaboración entre las partes, mediante el cual se garantiza un resultado respecto al acreedor, exige que éste pueda ver satisfecho su interés mediante el remedio indemnizatorio, independiente de si el deudor ha obrado con diligencia o no. La óptica ya no debe estar en la conducta del deudor, sino en la satisfacción de los intereses de las partes. La segunda, tiene que ver con entender que la responsabilidad sin culpa no es sinónimo de la responsabilidad estricta. Como revisaremos a continuación, la propuesta elaborada en el derecho comparado para prescindir de la culpa como factor de atribución de responsabilidad recurre a la idea de la esfera de riesgo para atribuir y limitar el remedio indemnizatorio.

d. Una propuesta intermedia: la esfera de riesgo del deudor

Desde nuestro punto de vista, una manera de entender la crítica que se hace a la exigencia de la culpabilidad como presupuesto de procedencia del remedio indemnizatorio tiene que ver con lo que se ha dicho respecto a la noción de contrato, cumplimiento e incumplimiento que aquí hemos asumido.

El contrato, como mecanismo de colaboración, permite que el acreedor vea garantizada la satisfacción de su interés por parte del deudor. Si no se produce dicha satisfacción (con los límites y precisiones desarrollados *supra*), existe un incumplimiento del contrato y el acreedor debe optar por el remedio que le permita ver satisfecho su interés, siempre que concurren sus presupuestos de procedencia en un caso concreto. Prescindir de la culpa en esta etapa se debe a que la indemnización de perjuicios no constituye un juicio de reproche o un castigo hacia el deudor que amerite que su conducta se compare con la de cierto patrón de conducta determinado para saber si debe pagar los perjuicios producidos, sino que tiene que ver con que la indemnización constituye uno de los remedios a que puede acudir el acreedor para satisfacer su interés. El énfasis de este nuevo entendimiento ya no está en la conducta del deudor, sino en la satisfacción de los intereses de las partes.

Como vimos *supra*, el contrato como mecanismo de colaboración entre las partes, permite que éstas distribuyan los riesgos en diversos sentidos, uno de los cuales se relaciona con la noción de incumplimiento contractual, al permitir determinar los remedios a que da lugar el incumplimiento y, en particular, los requisitos adicionales de procedencia (más allá del

incumplimiento) de cada uno de ellos⁵¹¹. Es en este sentido donde adquiere relevancia el rol que le cabe a la culpa como presupuesto de la responsabilidad. Como vimos, el contrato establece una garantía de resultado respecto a la satisfacción del interés del acreedor, no siendo neutral en cuanto a la atribución de riesgos entre las partes contratantes. El deudor, debe en principio responder siempre, con independencia de la diligencia que haya demostrado en el cumplimiento de la obligación, pues se asume que es el deudor quien debe controlar los riesgos propios del programa prestacional que pueden afectar su cumplimiento.

De esta manera, al imponer el contrato la obtención de un determinado resultado, relacionado con la satisfacción del interés del acreedor, el deudor asume sobre sí los riesgos conectados con su promesa. El contrato crea un ámbito de protección que sitúa al deudor en posición de garante de las consecuencias que suponga cualquier comportamiento relacionado con la consumación de la regla contractual⁵¹². De esa garantía de satisfacción, surge la tutela resarcitoria del acreedor: cuando ha existido un incumplimiento y de ahí se han producido daños para el acreedor, el principio general es el de reparación integral⁵¹³. Sin embargo, una aplicación estricta de este principio sería injusta.

Así, podemos concluir preliminarmente que, prescindir de la culpa como presupuesto de la indemnización de perjuicios se condice con la noción que hemos asumido del contrato y de incumplimiento. La pregunta que cabe hacernos ahora es, ¿cómo se limita el ejercicio de este remedio para que, siendo acorde con la garantía del deudor de satisfacer el interés del acreedor, no torne a la institución en un instrumento de injusticia por su procedencia ilimitada?

La doctrina comparada intenta dar respuesta a lo anterior señalando que en la indemnización de los daños derivados del incumplimiento, el sistema tradicional de imputación, conectado a la culpa, tiende hoy a sustituirse por un sistema basado en la delimitación de un ámbito o esfera jurídica de imputación de riesgo. Esto consiste en que el deudor asume el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que en esa esfera se localicen y queda, por tanto, obligado a

⁵¹¹ (Barros Bourie, 2009a, p. 156)

⁵¹² (Corral Talciani, 2010, p. 159)

⁵¹³ (Alcalde Silva, 2013, p. 200)

indemnizar al acreedor por los daños producidos por ese incumplimiento⁵¹⁴. De esta manera, el criterio de atribución de responsabilidad pasa a ser el de la esfera de control o el control del riesgo del incumplimiento, en virtud del cual, el deudor responde porque el incumplimiento constituye la realización de un riesgo que debía controlar, según lo establecido en el contrato. En virtud de este entendimiento, el deudor no va a ser responsable de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, si logra probar que la causa del incumplimiento fue un impedimento ajeno a su esfera de control. Así, el deudor respondería de cualquier impedimento (factor determinante del incumplimiento) que se haya producido en el ámbito de su esfera de control⁵¹⁵.

Este factor de atribución de responsabilidad es, precisamente, el adoptado por la Convención de Viena, que establece en su artículo 79 que el deudor responde de cualquier impedimento que se haya producido en el ámbito de su “esfera de control”, siempre que no se pueda suponer razonablemente que el impedimento era previsto al momento de conclusión del contrato, ni tampoco que razonablemente podía ser superado o evitado. Este entendimiento implica que el deudor gestiona en su ámbito de control la ejecución del contrato y asume el riesgo de lo que en ese ámbito suceda⁵¹⁶.

En nuestro país, el profesor E. Barros, ha sostenido que la responsabilidad contractual prescinde del análisis de la culpa como criterio de atribución, pues la mera alegación de diligencia, y con mayor razón, la llamada ausencia de culpa, suelen no ser excusas admisibles para enervar la acción indemnizatoria. Así, el deudor sólo podría exonerarse de responsabilidad alegando la imprevisibilidad del perjuicio o un impedimento ajeno a su control y que constituya un riesgo que no podía razonablemente esperarse que fuera considerado, evitado o superado por el deudor, de acuerdo con lo pactado o la naturaleza del contrato⁵¹⁷.

⁵¹⁴ (Morales Moreno, 2006a, p. 52)

⁵¹⁵ (Morales Moreno, 2006a, p. 52)

⁵¹⁶ El artículo 79 de la Convención de Viena, junto con disponer la exoneración del deudor, permite extraer las reglas de atribución de responsabilidad por incumplimiento. Dicho precepto es, a su vez, el modelo de los artículos 7.1.7 de los PICC y 8.108 de los PECL. Conforme a estas disposiciones, el deudor se exonera de responsabilidad cuando el incumplimiento tiene su causa en un impedimento ajeno a su esfera de control, razonablemente previsible, inevitable e insuperable (Vidal Olivares, 2010, p. 40).

⁵¹⁷ (Barros Bourie, 2009b, p. 312)

De este modo, prescindir de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad contractual no significa que ésta sea indesafiante, sólo que los argumentos para desafiarla son más estrechos que la mera alegación de diligencia. Al ser el contrato un mecanismo de colaboración en que el deudor ha garantizado la satisfacción del interés del acreedor, corresponde que el contrato radique en el deudor aquellos riesgos que se ubican dentro de su esfera de control. Desde un punto de vista económico, este criterio de atribución basado en la esfera de control es un fuerte incentivo para que el deudor asegure el beneficio económico que el acreedor tiene derecho a obtener y, además, evita costos y riesgos del proceso de adjudicación judicial, porque lo único relevante en el juicio indemnizatorio pasa a ser el daño que se sigue del incumplimiento⁵¹⁸.

Dicho lo anterior, corresponde analizar los criterios de exoneración de responsabilidad contractual, pues todas las reglas de responsabilidad presentan una doble perspectiva, que constituyen dos caras del mismo fenómeno: la indagación de los criterios de imputación de responsabilidad a favor del acreedor, que significa pesquisar en qué condiciones un incumplimiento es susceptible de ser puesto de cargo del deudor y, simultáneamente, de parte de este último, en qué condiciones queda exonerado de toda responsabilidad no obstante la insatisfacción del interés del acreedor⁵¹⁹.

Como se mencionó *supra*, una de las debilidades que presenta la aplicación de la culpa como presupuesto de procedencia de la indemnización de perjuicios tiene que ver con la falta de claridad respecto a los factores de exoneración de responsabilidad contractual.

Con el nuevo modelo propuesto, se resuelve mediante el sistema de atribución el tema de exoneración del deudor y, asimismo, en virtud del modelo de responsabilidad contractual basado en el riesgo, no es necesario diferenciar la doctrina de la responsabilidad contractual de la teoría de los riesgos.

Lo primero que cabe señalar es que la garantía de satisfacción del interés de acreedor que asumió el deudor por el contrato no es absoluta o ilimitada, quedando circunscrita a la ocurrencia de un riesgo previsible para las partes contratantes. La responsabilidad del

⁵¹⁸ (Barros Bourie, 2009b, p. 312)

⁵¹⁹ (Alcalde Silva, 2013, p. 205)

deudor depende así de que el incumplimiento tenga su origen en algunos de los riesgos atribuidos a su esfera jurídica al momento de contratar, y se extiende sólo hasta donde le sea exigible su control⁵²⁰. De modo que, en términos negativos, el deudor no estará obligado a indemnizar los perjuicios cuando la imputación del incumplimiento se encuentre fuera de su esfera de control.

De esta manera, la misma regla permite establecer la regla de atribución y exoneración de responsabilidad, no habiendo lugares intermedios como ocurre con el caso fortuito y la culpa del deudor. La idea del riesgo fuera de la esfera de control es una causal de exoneración y una institución de mayor alcance que el caso fortuito o la fuerza mayor.

Finalmente, la pregunta relevante será determinar qué riesgos van a caber dentro de la esfera de control del deudor, por un lado, y dentro de la esfera del acreedor, por otro. Algunos autores entregan criterios para delimitar el ámbito de riesgos que el contrato pone de cargo del deudor, distinguiendo el riesgo típico⁵²¹, el riesgo previsible⁵²², el riesgo de colaboración⁵²³

⁵²⁰ (Alcalde Silva, 2013, p. 206)

⁵²¹ Corresponde a “aquella esfera de riesgo que corresponde administrar a cada uno de los contratantes en virtud del contenido típico de su propio deber de prestación (...). El tipo contractual elegido impone a los contratantes la obtención de un determinado resultado material relacionado con la satisfacción del interés del acreedor, de suerte que ellos asumen sobre sí los riesgos conectados con su promesa de prestación o, dicho de otra forma, responden de ella hasta el límite de los riesgos controlables según el contrato. Esta mayor o menor dificultad que entraña la obtención del resultado que debe procurar el deudor favorece que afloren al contrato las contingencias que ponen en peligro su ejecución, y que éstas se calculen y trasladen al precio o se distribuyan de otro modo mediante el campo de acción que permite la autonomía de la voluntad” (Alcalde Silva, 2013, p. 196). “Esta esfera típica representa el ámbito definido y reconocible de dominio e influencia de cada contratante en relación con la prestación prometida y sobre la que funda su expectativa aquél que tiene derecho a pretenderla. Dicho ámbito viene circunscrito por (i) la cosa misma objeto de la obligación y el tipo contractual elegido (...). Y (ii) por la empresa o actividad económica usual que desarrolla el deudor, que define las medidas de organización y control que se deben adoptar según el caso en el proceso productivo o de prestación de un servicio para que el propósito práctico perseguido por las partes efectivamente se consume” (Alcalde Silva, 2013, p. 197).

⁵²² Esta esfera de riesgo indica que “el deudor viene así liberado de resarcir los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento cuando éste tenga su origen en un suceso que no hubiera podido preverse, o que, previsto, fuera inevitable” (Alcalde Silva, 2013, p. 208). Por esta razón, “el deudor responde de aquellos riesgos que se conectan con (i) la razonable previsión del impedimento al momento de contratar, que despliega su eficacia con independencia de su real posibilidad de control y hace responsable al deudor por no haberlo excluido expresamente (...); o con (ii) la razonable posibilidad de evitar o superar el impedimento previsible o sus consecuencias cuando éste se manifiesta durante el desenvolvimiento del programa prestacional” (Alcalde Silva, 2013, pp. 209–210).

⁵²³ El riesgo de colaboración “queda comprendido por la esfera intermedia situada entre la esfera típica y aquella que va más allá de ella, referida a la responsabilidad del deudor por los terceros que lo auxilian en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y por aquellos a quienes ha encargado la ejecución del contrato o que colaboran con él en su cumplimiento, sin que importe en principio la clase de relación que media entre ambos. La única excepción es la de aquellos terceros que, por su vínculo de subordinación y dependencia, se entienden incorporados a la empresa del deudor y, por tanto, a su esfera típica de riesgo (Alcalde Silva, 2013, p. 195).

y, el riesgo por resultado⁵²⁴. El profesor Enrique Barros sostiene que, para llegar a determinar el contenido de la obligación contractual, bajo el criterio de riesgo que naturalmente asume el deudor, no es necesario reconstruir una voluntad supuesta de las partes, sino que más bien conviene atender objetivamente a lo que el deudor podía esperar como riesgos propios en la ejecución de su prestación en un contrato de ese tipo. Este enfoque da cuenta de que es el deudor quien asume voluntariamente su obligación, en un horizonte de lo que previsiblemente puede suceder⁵²⁵.

Cabe recordar que la exoneración sólo afecta al remedio indemnizatorio, quedando el resto de los remedios de que dispone el acreedor para ver satisfecho su interés.

(ii) La culpa como elemento integrante de la constitución en mora del deudor

El artículo 1557 C.C.⁵²⁶ exige la constitución en mora del deudor para que éste deba la indemnización de perjuicios. Tradicionalmente, se ha sostenido que la mora consiste en el no cumplimiento de la obligación, imputable al deudor⁵²⁷. Para que opere esta institución, se dispone que es necesario que exista un incumplimiento imputable al deudor y un requerimiento del acreedor, esto es, un acto por el cual éste le hace saber al deudor que su retardo en el cumplimiento le ocasiona perjuicios⁵²⁸. De este modo, es posible diferenciar a la mora del simple retraso o retardo en el cumplimiento de la obligación, pues la mora consistiría en aquél retraso al cual se le agregan ciertos presupuestos, en virtud de los cuales aparecen consecuencias jurídicas y el retraso es elevado a la categoría de mora⁵²⁹.

En cuanto a la exigencia de culpabilidad en la constitución en mora del deudor, ésta presenta sus antecedentes remotos en el derecho romano. Así, se ha señalado que es general entre los

⁵²⁴ Esta esfera de riesgo “está integrada por aquellos casos en que, por disposición de la ley, el deudor responde de todas formas, con una responsabilidad más o menos estricta según sea el caso. Todos estos supuestos comparten la característica común de tratarse de situaciones en que la responsabilidad viene atribuida normativamente en virtud de que el deudor se encuentra en un cierto estado de contradicción con la regla contractual o de vulneración de una prohibición legal” (Alcalde Silva, 2013, p. 195).

⁵²⁵ (Barros Bourie, 2008, p. 417)

⁵²⁶ Para algunos, en virtud de esta norma no se exige la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 854; Claro Solar, 1992, p. 730).

⁵²⁷ (Claro Solar, 1992, p. 732).

⁵²⁸ El profesor René Abeliuk ha definido a esta institución como “el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor” (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 854).

⁵²⁹ (Díez-Picazo, 2008a, p. 657)

romanistas la opinión de que para que la mora existiera, era necesaria la presencia de culpa en el deudor. Ahora bien, más que de culpa, se debía hablar de retraso injustificado o imputable al deudor, ya que, si éste tenía un motivo justificado para retrasarse en cumplimiento de la obligación, no habría mora⁵³⁰⁻⁵³¹.

Respecto al requisito de la culpa para constituir en mora al deudor, lo primero que cabe decir es que nada señala respecto a esto el Código Civil. Para algunos, el argumento de imputabilidad como requisito de la mora se podría construir a partir del art. 1558 del C.C., que establece que “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.” De esta suerte, si el caso fortuito excluye la culpa del deudor, luego, el incumplimiento (retraso) debiera ser imputable al deudor⁵³²⁻⁵³³. La aplicación del principio de culpabilidad se considera, tanto en nuestro país como en derecho comparado⁵³⁴, como un principio general del derecho en esta materia.

A nuestro parecer, es necesario establecer un concepto de mora que sea independiente de la imputabilidad o no del retraso del deudor. Como bien sabemos, el retraso en el cumplimiento de la obligación es una de las formas en que tradicionalmente se ha categorizado al incumplimiento⁵³⁵, y en virtud a la constitución en mora se permite que, ante este tipo de incumplimiento, que debe producir la insatisfacción de intereses en el deudor, se puedan demandar los perjuicios producidos por el retraso.

El requisito de imputabilidad de la conducta del deudor como presupuesto de la constitución en mora del deudor para proceder a la indemnización de los perjuicios puede ser criticado desde dos perspectivas diferentes:

⁵³⁰ (Díez-Picazo Giménez, 1994, p. 80)

⁵³¹ Pomponio señalaba que: “[s]i aquello que debes darme hubiese perecido después de que por acto tuyo me lo hubieras dejado de dar, es claro que esa pérdida ha de ser tuya. Mas, cuando se indaga si fue por acto tuyo, deberá tenerse en cuenta, no sólo si podrías dar o no y si obraste o no con dolo para no poder o no haber podido, sino también si existía alguna justa causa en virtud de la cual debieras entender que estabas obligado a dar” (Pomponio. 22 Sab) (D. 12, 1, 5).

⁵³² (Abeliuk Manasevich, 2009b, p. 856; Contardo González, 2014b, p. 91)

⁵³³ A nuestro modo de ver, esta interpretación parece artificiosa. El artículo 1558 C.C. parece referirse a que el deudor que está en situación jurídica de incumplimiento, no es responsable si logra mostrar que éste se debió a un caso fortuito.

⁵³⁴ (Díez-Picazo, 2008a, p. 667)

⁵³⁵ Ello a partir del artículo 1556 C.C., que distingue entre “no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

- i. Si seguimos la postura mayoritaria, que exige culpa como presupuesto necesario para indemnizar los perjuicios producidos por el incumplimiento, se daría la paradójica situación de que, el supuesto de culpabilidad sería exigido en dos elementos que exige la indemnización de perjuicios: la imputación de la conducta del deudor y la constitución en mora de éste. La imputabilidad, al ser un requisito o presupuesto independiente para pedir la indemnización, no debiese ser exigida nuevamente para constituir en mora al deudor.
- ii. Asimismo, consideramos que, más allá de la situación paradójica que se produce por la doble exigencia de culpabilidad (en dos momentos distintos) para la responsabilidad contractual, existen argumentos para rebatir la presencia de culpa dentro de la constitución en mora del deudor. Esto pues, dentro de los presupuestos o requisitos para constituir en mora al deudor, se exige que el acreedor interpele al deudor, lo que significa que, debe hacerle saber al deudor que la demora en el cumplimiento le está ocasionando perjuicios. De esta manera, la mora debiese entenderse como un elemento neutral y objetivo, por cuyo intermedio el acreedor advierte al deudor que el incumplimiento le está ocasionando perjuicios. Esa debe ser, a nuestro juicio, la principal función de esta herramienta jurídica.

Es irrelevante entonces que, para constituir en mora al deudor, el incumplimiento le sea imputable al deudor, sino que más bien, es necesario que el acreedor vea afectado sus intereses por el incumplimiento y, que se lo comunique al deudor para que éste responda. Así, la mora debiese ser entendida como un “evento meramente objetivo, suprimiendo la imputabilidad del deudor”⁵³⁶, siendo el retraso cualificado por la interpelación del acreedor o por el cumplimiento del plazo dentro del cual el deudor debía cumplir y partir de lo cual el acreedor puede reclamar sus perjuicios.

IV. Conclusión

En virtud de lo aquí expuesto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

⁵³⁶ (Badosa Coll, 1987, p. 29)

- i. La noción de culpa recogida por nuestro Código Civil es objetiva, pues establece un parámetro o estándar con el que se compara la conducta efectivamente desplegada. Así, en la responsabilidad contractual, la culpa se asimila a un descuido o falta de cuidado en relación con el interés que las partes han puesto en el contrato; y en materia extracontractual, la culpa implica la inobservancia de un patrón de conducta seguido por una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado ordinario o mediano.
- ii. El incumplimiento es un concepto y presupuesto general de los mecanismos de defensa, unitario y objetivo, desprovisto de toda valoración de la conducta del deudor, que implique una desviación del programa de prestación convenido por las partes, que produce la insatisfacción de los intereses del acreedor.
- iii. Si bien la negligencia es un elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medios, esto no afecta la unidad de la noción de incumplimiento, precisamente porque en dicho tipo de obligaciones la diligencia del deudor se relaciona estrechamente con el interés que se busca satisfacer, de modo que, si el deudor no ejerce los deberes pactados bajo el grado de diligencia pactado o establecido por la ley, lo que se produce es la insatisfacción del interés que el acreedor pactó.
- iv. Los nuevos planteamientos sobre conceptos clave como la noción de contrato e incumplimiento, y la búsqueda de nuevos fines en las relaciones contractuales, ha implicado también una reinterpretación sobre el rol de la culpa en el sistema de remedios vigente.

En efecto, la doctrina tradicional en Chile identificaba al incumplimiento culpable del deudor como supuesto general de todos los remedios, como vimos; lo que no es compatible con la idea de que el incumplimiento es el presupuesto base del sistema y se encuentra desprovisto de cualquier valoración o reproche. En este contexto, consideramos que se vuelve necesario replantearse el rol de la culpa como requisito de procedencia de los remedios, en específico, de la resolución e indemnización.

- v. Al ser concebido el contrato como un mecanismo de colaboración entre las partes contratantes, estableciendo una garantía de resultado por parte del deudor respecto de la satisfacción del interés del acreedor, el deudor debe, en principio responder de la indemnización de los perjuicios siempre, con independencia de la diligencia que

haya demostrado en el cumplimiento de la obligación. El límite al ejercicio de la acción indemnizatoria debiese estar dado por un sistema basado en la delimitación de un ámbito o esfera jurídica de imputación de riesgo, asumiendo el deudor el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que se localicen en su esfera de control.

CONCLUSIÓN

El objetivo de este trabajo ha consistido en analizar la evolución que presenta la noción de contrato y, particularmente, cómo dicha evolución incide en diversas instituciones del derecho contractual, como el incumplimiento, los remedios contractuales y los presupuestos de procedencia de cada uno de ellos.

La noción de contrato presenta un desarrollo que se relaciona con la evolución que ha tenido la discusión en torno a la justificación de su obligatoriedad, que como vimos, ya no se funda en el concepto objetivo de valor que justifica la contraprestación centrado en el deudor, sino que ha pasado a ser un instrumento colaborativo que beneficia a ambas partes.

El contrato, más allá del acuerdo de voluntades, constituye un mecanismo de cooperación, mediante el cual las partes contratantes disciplinan una determinada situación con miras a satisfacer sus intereses, siendo su principal objetivo reglar un conjunto de expectativas, riesgos y circunstancias. En virtud del contrato, el deudor pasa a garantizar un resultado respecto a la satisfacción de los intereses del acreedor. Esta garantía permite que los riesgos de incumplimiento sean asumidos, en principio, por el deudor, quien debe asegurar que el acreedor satisfaga su interés.

De esta manera, el contrato es un mecanismo de distribución y atribución de riesgos entre las partes contratantes, en diversos sentidos. En un primer sentido, el contrato es un instrumento para negociar riesgos de un modo puramente económico. En un segundo sentido, la pregunta sobre los riesgos se relaciona con la noción de incumplimiento y con las acciones y remedios a que da lugar dicho incumplimiento, en particular, a los requisitos adicionales de procedencia de cada remedio en específico.

Esta evolución en torno a la noción de contrato, alteró el entendimiento relativo a la noción de incumplimiento. Esta institución, en virtud de la garantía de resultado que supone el contrato, debe ser entendida como toda desviación del programa de prestación convenido que conlleve a una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer al momento de la celebración del contrato. De esta manera, el incumplimiento se relaciona con

la insatisfacción de un interés del acreedor, siendo el concepto que articula el conjunto de pretensiones y mecanismos ante el incumplimiento reconocidas al acreedor.

En relación a lo anterior, hemos concluido asimismo que la noción de incumplimiento es objetiva y unitaria, al operar de igual manera ante obligaciones de medio y resultado. El incumplimiento opera cuando el deudor no satisface el interés del acreedor, siendo relevante precisamente la determinación de ese interés insatisfecho.

Como vimos, el interés al que debe atenderse es aquél que el acreedor ha plasmado en el contrato y al cual el deudor ha accedido garantizar. El incumplimiento, debe en principio, abstenerse de la consideración de la culpa o negligencia para su determinación, salvo cuando el contenido de la obligación y el interés de las partes exija atender a dicha noción para evaluar el incumplimiento, como ocurre en las obligaciones de medio.

El contrato, como mecanismo de colaboración y garantía de resultado respecto del interés del acreedor permite unificar el concepto de incumplimiento. La satisfacción de los intereses de las partes no tiene que ver necesariamente con intereses abstractos de las partes (en el sentido de no haber un límite respecto a lo que ha garantizado el deudor), sino que debe atenderse al interés plasmado en el contrato, en virtud del cual las partes distribuyen riesgos de carácter económico. La determinación de la insatisfacción de ese interés puede hacerse tanto en las obligaciones de medio como en las obligaciones de resultado, que es donde algunos autores han diferenciado la noción de incumplimiento.

Este entendimiento del contrato y del incumplimiento, exige a su vez una revisión de los remedios contractuales, debido a que el acreedor que ve insatisfecho su interés debe contar con un abanico de mecanismos de tutela y protección, al cual acceder libremente. El límite de dicha opción debe estar dado por los presupuestos que caso a caso se exigen respecto al remedio determinado, ya sea por lo que establece la ley o la voluntad de las partes.

La dispersión normativa existente en el Código Civil respecto a los remedios contractuales, conlleva una serie de discusiones relativa a los presupuestos de procedencia de los mismos. Así, revisamos discusiones relativas a los límites que le caben al cumplimiento forzado, particularmente respecto a la posibilidad de limitar su procedencia de manera convencional y, asimismo, limitar dicho remedio cuando el costo de su operación aparece como

excesivamente desproporcionado respecto del deudor. La facultad resolutoria, por su parte, requiere considerar la discusión relativa a este remedio como un acto jurídico unilateral recepticio, sin necesidad de declaración judicial. La indemnización de perjuicios por su parte, exige la revisión de su autonomía. Si bien dicha materia ya ha comenzado a ser tratada por los tribunales, debe continuar avanzando para consagrar de manera definitiva la autonomía e independencia de este remedio.

Respecto al tema de la culpa como presupuesto de los remedios contractuales, hemos considerado una noción objetiva de esta institución. La culpa constituye un juicio de reproche a la conducta del deudor, que opera en términos objetivos y normativos, siendo ajeno a la idea de un juicio de reproche moral, personal o psicológico del deudor. Así, la culpa puede conceptualizarse como la falta de diligencia debida, esto es, no comportarse según el modelo o parámetro de conducta que se le exige al deudor según el fin que se le haya dado al contrato.

En virtud de la evolución de la noción de contrato e incumplimiento, es posible determinar que la procedencia de la culpa como presupuesto de los remedios contractuales ha variado. En principio, la culpa no es una condición necesaria para el ejercicio de cada remedio en particular, siendo el incumplimiento el único presupuesto de procedencia transversal a todo remedio.

En el caso del cumplimiento forzado, es claro que el ejercicio de este remedio no supone probar la culpa del deudor. Ello pues el cumplimiento forzado es un remedio independiente de la imputabilidad, ya que su fundamento es la obligación que ha surgido del contrato y la garantía del deudor en satisfacer al acreedor. Producido el incumplimiento, no encontramos razón alguna para exigir un nuevo requisito más allá del contrato para que el acreedor pueda exigir la satisfacción de su interés mediante la ejecución de la prestación convenida.

En cuanto a la facultad resolutoria, tradicionalmente se sostuvo que uno de sus requisitos de procedencia era la imputabilidad del incumplimiento a culpa o dolo del deudor. Sin embargo, hemos considerado que este remedio debe ser entendido en forma objetiva, lo que significa que debe poder ejercerse siempre que el acreedor vea insatisfecho su interés. El incumplimiento resolutorio debe ser un hecho objetivo que prescinda de la valoración de la

conducta del deudor, siendo únicamente relevante la entidad o gravedad de dicho incumplimiento.

Finalmente, respecto a la indemnización de los perjuicios es donde encontramos la mayor discusión. Ello por cuanto, en nuestra tradición, la culpa se ha exigido como presupuesto de procedencia de la indemnización y, asimismo, se ha exigido a propósito de la constitución en mora del deudor.

Como presupuesto de procedencia en sí mismo, es posible establecer que la evolución de la noción de contrato, exige prescindir de la culpa, al ser éste un mecanismo de colaboración mediante el cual el deudor garantiza la satisfacción de los intereses del acreedor. De esta manera, la indemnización de perjuicios no tiene que ver con una sanción o reproche de ningún tipo respecto del deudor. El contrato exige que el acreedor pueda ver satisfecho su interés mediante el remedio indemnizatorio, independiente de si el deudor ha obrado con diligencia o no. La óptica ya no debe estar en la conducta del deudor, sino en la satisfacción de los intereses del acreedor.

Pese a ello, estimamos que abogar por la responsabilidad sin culpa no es sinónimo de defender la responsabilidad estricta. La propuesta elaborada en el derecho comparado para prescindir de la culpa como factor de atribución de responsabilidad recurre a la idea de la esfera de riesgo para atribuir y limitar el remedio indemnizatorio. Esto consiste en que el deudor asume el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que en esa esfera se localicen y queda, por tanto, obligado a indemnizar al acreedor por los daños producidos por ese incumplimiento. De esta manera, el criterio de atribución de responsabilidad pasa a ser el de la esfera de control o el control del riesgo del incumplimiento, en virtud del cual, el deudor responde porque el incumplimiento constituye la realización de un riesgo que debía controlar, según lo establecido en el contrato.

En cuanto a la exigencia de culpa para constituir en mora al deudor, estimamos que ello también debiese ser superado, pues uno de los objetivos de la constitución en mora del deudor es hacerle saber a éste que la demora en el cumplimiento le está ocasionando perjuicios. De esta manera, la mora debiese entenderse como un elemento neutral y objetivo,

por cuyo intermedio el acreedor advierte al deudor que el incumplimiento le está ocasionando perjuicios.

Con todo, estimamos que es el enfoque el que ha cambiado, pues los remedios contractuales ya no deben ser vistos como una sanción respecto del deudor. Es necesario que nuestro derecho de contratos se adapte y evolucione respecto a lo que contexto actual le exige. Hoy, el contrato constituye un mecanismo de colaboración entre las partes, donde más allá de la literalidad del contrato, es necesario atender al interés que el contrato busca satisfacer. Por ello, ya no debiese ser relevante si el cumplimiento es o no posible para accionar por la indemnización de perjuicios o, si la conducta del deudor responde o no a un patrón de conducta determinado para poder ejercer la acción indemnizatoria, pues lo relevante es hoy que el acreedor vea satisfecho el interés que el deudor ha garantizado mediante el contrato.

Al ser el contrato un mecanismo para garantizar cierto resultado por un contratante en favor del otro, es necesario establecer un sistema unitario y coherente de remedios contractuales que permita actuar el interés del acreedor y conseguir la satisfacción de su interés.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, *Warnken con Ferrer*. Casación en el fondo (28 de julio de 1933). En *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1933) (Vol. XXX), 495-501.

Corte Suprema, Primera sala. (23 de marzo de 2006) Rol N° 1.088-2006.

Corte Suprema, Primera sala. (26 de diciembre de 2006), Rol N° 3.614-2004.

Corte Suprema, Primera sala. (16 de agosto de 2007) Rol N° 6.042-2005.

Corte Suprema, Primera sala. (7 de diciembre de 2010), Rol N° 3.341-2009.

Corte Suprema, Primera sala (31 de agosto de 2011), Rol N° 1.061-2010.

Corte Suprema, Primera sala (10 de julio de 2012), Rol N° 4.328-2012.

Corte Suprema, Primera sala. (31 de octubre de 2012), Rol N° 3.325-2012.

Corte Suprema, Primera sala (20 de noviembre de 2012), Rol N° 3.538-2012.

Corte Suprema, Primera sala. (10 de diciembre de 2012) Rol N° 3.320-2012.

Corte Suprema, Primera sala. (10 de septiembre de 2013) Rol N° 885-2013.

Corte Suprema, Primera sala. (15 de mayo de 2014) Rol N° 720-2013.

Corte Suprema, Primera sala (26 de noviembre de 2014), Rol N° 14.008-2013.

Corte Suprema, Primera sala (10 de marzo de 2016), Rol 21.373-2015.

Corte Suprema, Primera sala (14 de julio de 2016), Rol N°20.296-2015.

Corte Suprema, Primera sala. (3 de octubre de 2016), Rol N° 37.715-2015.

Corte de Apelaciones de Talca, Primera sala. (4 de marzo de 2013), Rol N°1.235-2012.

Corte de Apelaciones de Concepción, Tercera sala, (28 enero de 2015), Rol N° 1.558-2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, Tercera sala, (19 de noviembre de 2015), Rol N°1.262-2015.

Bibliografía

- Abeliuk Manasevich, R. (1983). *Las Obligaciones* (2a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Abeliuk Manasevich, R. (2009a). *Las Obligaciones. Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Abeliuk Manasevich, R. (2009b). *Las Obligaciones. Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Accatino, D. (2015). La “teoría clásica” del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial. *Revista Chilena de Derecho*, 42(1).
- Aedo Barrena, C. (2014). El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías. *Revista de Derecho Universidad Católica Del Norte*, 21(2), 21–59.
- Alcalde Rodríguez, E. (2003). Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. *Revista de Actualidad Jurídica*, 8.
- Alcalde Silva, J. (2013). *Incumplimiento y reemplazo: Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en derecho español*. Universidad de Valencia.
- Alessandri Rodríguez, A. (1941). *De las Obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento.
- Alessandri Rodríguez, A. (1988). *Teoría de las Obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Rodríguez, A. (1998). *Teoría de las Obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur.
- Alessandri Rodríguez, A. (2009). *De los Contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Las Américas.
- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., & Vodanovic Haklicka, A. (2001). *Tratado de las obligaciones. Vol. I. De las obligaciones en general y sus diversas clases* (2a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., & Vodanovic Haklicka, A. (2004). *Tratado de las Obligaciones, Vol. III: Modificación y Extinción de las Obligaciones* (2a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Aquino, T. de. (1998). *Suma Teológica. Tratado de la Justicia*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- Aristóteles. (1988). *Ética Nicomaquea*. Madrid, España: Editorial Gredos.
- Astuti, G. (1962). *Contratto-Diritto intermedio*. (V. Giuffrè, Ed.) *Enciclopedia del Diritto* (Vol. IX). Milán, Italia.
- Badosa Coll, F. (1987). *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. Studia albornotiana LI*. Bolonia, Italia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Bahamondes Oyarzún, C. (2011). Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico. En I. De la Maza Gazmuri (Ed.), *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
- Bahamondes Oyarzún, C., De La Maza Gazmuri, Í., Pizarro Wilson, C., & Vidal Olivares, Á. (2014). Informe de Chile. Obtenido en Octubre 10, 2016, desde http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/catedra_der_cont_informe_chile.pdf
- Banfi del Río, C. (1999). Notas sobre la justificación del principio asimilativo de la culpa lata al dolo en la responsabilidad contractual. *Revista Derecho Y Humanidades*, (7), 171-190.
- Baraona, J. (1997). Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista Chilena de Derecho*, 24(1), 151-177.
- Barrientos Grandón, J. (2014). *Código Civil: edición concordada con observaciones históricas, críticas, dogmáticas y jurisprudenciales. Tomo I*. Santiago, Chile: Thomson Reuters - LegalPublishing.
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (1a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Barros Bourie, E. (2007). La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el Derecho de los contratos. En H. Corral T. & M. S. Rodríguez (Eds.), *Estudios de Derecho Civil II* (pp. 721–752). LegalPublishing Chile.
- Barros Bourie, E. (2008). Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales. En A. Guzmán Brito (Ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 403–428). Valparaíso, Chile: Legal Publishing.
- Barros Bourie, E. (2009a). Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual. En E. Barros Bourie, M. P. García Rubio, & A. Morales Moreno (Eds.), *Derecho de daños* (pp. 135–192). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Barros Bourie, E. (2009b). El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad. In *Estudios De Derecho Civil IV* (pp. 297–313). LegalPublishing Chile.
- Beltrán Heredia y Onis, P. (1984). El buen padre de familia. En *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. Salamanca, España: Publicaciones del departamento de derecho civil, Ediciones Universidad de Salamanca.
- Benson, P. (2010). Contract. En *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 29–63). Oxford, UK: Wiley-Blackwell.
- Buckland, W. (1930). Diligens paterfamilias. En *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* (Vol. 2, pp. 85–105). Milán, Italia: Fratelli Treves.
- Castán Vázquez, J. M. (1961). *El “favor debitoris” en el derecho español*. *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 4). Madrid, España: Gobierno de España.
- Claro Solar, L. (1910). Ligeras observaciones sobre la prestación de la culpa en el contrato de mandato. *Revista de Derecho Y Jurisprudencia*, VII(1).
- Claro Solar, L. (1911). Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio (notas para alegar). *Revista de Derecho Y Jurisprudencia*, VII.
- Claro Solar, L. (1978a). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Tomo II. Santiago,

Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Claro Solar, L. (1978b). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo XI. De las obligaciones (II)*. Santiago, Chile: Imprenta Nascimento.

Claro Solar, L. (1992). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo X. De las obligaciones (I)*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Cogliolo, P. (1917). *La teoria della colpa*. Génova, Italia.

Comisión General de Codificación. (2009). Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos. *Boletín de Información, LXIII*.

Contardo González, J. I. (2014a). Independencia de la acción de perjuicios en sede contractual. Corte Suprema, Primera Sala (civil), 10 de septiembre de 2013, rol 885-2013. *Revista Chilena de Derecho Privado, (22)*, 261-269.

Contardo González, J. I. (2014b). Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el "Código Civil." *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (43)*, 77-116.

Cooter, R., & Ulen, T. (1999). *Derecho y Economía*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

Corral Talciani, H. (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.

De La Maza Gazmuri, Í., & Vidal Olivares, Á. (2014). Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. *Revista Ius et Praxis, 20(1)*.

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños (1a ed.)*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Díez-Picazo, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*. Navarra, España: Editorial Aranzadi.

Díez-Picazo, L. (2008a). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Vol. II. Las relaciones obligatorias (6a ed.)*. Cizur Menor, Navarra, España: Editorial Thomson Civitas.

- Díez-Picazo, L. (2008b). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Vol. III* (5a ed.). Madrid, España: Editorial Thomson Civitas.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil. Volumen II* (6a ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Díez-Picazo, L., Roca Trías, M. E., & Morales Moreno, A. M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Díez-Picazo Giménez, G. (1994). *La mora del deudor. Tesis doctoral*. Universidad Autónoma de Madrid.
- Domínguez Águila, R. (2005). Notas sobre el deber de minimizar el daño. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (5).
- Domínguez Águila, R. (2008). La culpa en el derecho civil chileno: aspectos generales. *Revista Anales de Derecho UC*, (3), 107-138.
- Domínguez Hidalgo, C. (2005). Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: versión original y mirada del presente. En M. D. Martinic & M. Tapia (Eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación* (pp. 817-838). Santiago, Chile: Editorial LexisNexis. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
- Ducci Claro, C. (1984). La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual. *Revista de Derecho Y Jurisprudencia*, LXXXI.
- Esborraz, D. F. (2008). La noción de contrato entre “synállagma” y “convetio” en la tradición romanista y sus proyecciones en el sistema jurídico latinoamericano. *Roma E America. Diritto Romano Comune Revista Di Diritto Dell'integrazione E Unificazione Del Diritto in Europa E in America Latina*, 26.
- Figueroa Yáñez, G. (2011). *Curso de Derecho Civil* (1a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fried, C. (1996). *La obligación contractual: el contrato como promesa*. Santiago, Chile: Editorial

Jurídica de Chile.

Fueyo Laneri, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. (G. Figueroa Yáñez, Ed.) (3a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Gatica Pacheco, S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Giorgi, J. (1928). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno (IV)*. Traducción de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americana por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, España: Editorial Reus.

Giuffrè, V. (1999). *Il debitore favorito? Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderno* (2a ed.). Nápoles, Italia.

Gordley, J. (1991). The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. *Columbia Law Review*, 92(5).

Grosso, G. (2006). La concepción del contrato en el derecho romano y su influencia en los derechos modernos. *Cuadernos Del Curso de Máster En Sistema Jurídico Romanista Y Unificación Del Derecho En América Latina: Sistema Jurídico Latinoamericano Y Derecho de Los Contratos*, 1-16.

Grundmann, S. (2011). The Fault Principle as the Chameleon of Contract Law: A Market Function Approach. En O. Ben-Shahar & A. Porat (Eds.), *Fault in American Contract Law* (Vol. 107, pp. 35-50). Cambridge: Cambridge University Press.

Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho privado romano, Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Guzmán Brito, A. (2006). Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato. *Cuadernos Del Curso de Máster En Sistema Jurídico Romanista Y Unificación Del Derecho En América Latina: Sistema Jurídico Latinoamericano Y Derecho de Los Contratos*, 73-134.

Harris, D., Campbell, D., & Halson, R. (2005). *Remedies in contract and tort*. Cambridge, Reino

Unido: Cambridge University Press.

Hernández Gil, A. (1960). *Derecho de obligaciones. Tomo I*. Madrid, España: Editorial Maribel Artes Gráficas.

Jordano Fraga, F. (1985). Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español. *Anuario de Derecho Civil*, 38(2).

Jordano Fraga, F. (1988). La responsabilidad contractual (primer y último repaso). *Anuario de Derecho Civil*, 41(3), 817-836.

Jörs, P., & Kunkel, W. (1937). El sistema de la responsabilidad postclásico justiniano. En *Derecho Privado romano, trad. de la segunda ed. alemana por L. Prieto-Castro*. Madrid, España: Editorial Labor.

Kimel, D. (2003). *From Promise to Contract. Towards a liberal theory of contract*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Kronman, A. T. (1978). Specific Performance. *University of Chicago Law Review*, 45.

Kronman, A. T. (1980). Contract Law and Distributive Justice. *Yale Law Journal* 89, 42.

Kunkel, W. (1925). Diligentia Zur erklärung der lex metalli vipascensis. *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 45, 266-351.

Larombière, L. V. L. J. (1885). *Théorie et pratique des obligation des titres III et IV, livre III du Code civil, art. 1101 à 1386. Tome 3*. (G. Pedone-Lauriel, Ed.). París, Francia.

López Díaz, P. V. (2010). La indemnización compensatoria por incumplimiento de contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (15).

López Díaz, P. V. (2014). La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma? *Revista Chilena de Derecho Privado*, (23), 139-207.

López Santa María, J. (1976). Sobre la parte general de los contratos. *Revista de Derecho Y*

Jurisprudencia, LXXIII.

López Santa María, J. (1985). Perspectiva histórico-comparada de la noción de contrato. *Revista Chilena de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Chile*, 12.

López Santa María, J. (2005). *Los Contratos: Parte General* (4a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Magnus, U. (2010). The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds? *Journal of Civil Law Studies*, 3(1).

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1975). *Lecciones de derecho civil. Parte II. Volumen III (traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual. Tomo I (Vol. II)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Medicus, D., & Lorenz, S. (2002). *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil* (13a ed.). Múnich, Alemania: CH Beck.

Mejías Alonzo, C. (2008). El incumplimiento contractual y sus modalidades. En A. Guzmán Brito (Ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 459–478). Santiago, Chile: LegalPublishing Chile.

Mejías Alonzo, C. (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (1a ed.). Santiago, Chile: AbeledoPerrot LegalPublishing.

Meoro, M. E. C. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (1a ed.). Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

Mercado, T. de. (1975). *Suma de Tratos y Contratos*. Madrid, España: Editora Nacional.

Messineo, F. (2007). *Doctrina General del Contrato* (1a ed.). Lima, Perú: ARA Editores.

Meza Barros, R. (2002). *Manual de Derecho Civil*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Miguel Traviesas, M. (1926). La culpa. *Revista de Derecho Privado*, XIII(156).
- Momberg Uribe, R. (2015). La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (24), 121–142.
- Monier, R. (1954). *Manuel de droit romain: Les Obligations* (5a ed.). París, Francia: Éditions Domat Montchrestien.
- Montheil, N. (2011). *Le place de la faute en droit de la responsabilité civile*. París, Francia: Éditions Universitaires Européennes.
- Morales Moreno, A. M. (1983). El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico). *Anuario de Derecho Civil*, 36(4).
- Morales Moreno, A. M. (2006a). Evolución del concepto de obligación en Derecho español. In *La Modernización del Derecho de Obligaciones* (pp. 17–54). Navarra, España: Editorial Thomson Civitas.
- Morales Moreno, A. M. (2006b). *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Navarra, España: Editorial Thomson Civitas.
- Morales Moreno, A. M. (2006c). Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria. In *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Navarra, España: Editorial Thomson Civitas.
- Morales Moreno, A. M. (2009). Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. En E. Barros Bourie, M. P. García Rubio, & A. Morales Moreno (Eds.), *Derecho de daños* (pp. 193–221). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Morales Moreno, A. M. (2014). Claves de la Modernización del Derecho de contratos. *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, Cumplimiento E Incumplimiento*.
- Mosset Iturraspe, J. (1982). *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ediar.

- Ossorio y Morales, J. (1965). Notas para una teoría general del contrato. *Revista de Derecho Privado*.
- Pantaleón Prieto, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, 44(3).
- Pantaleón Prieto, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*, 46(4).
- Pantaleón Prieto, F. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas). *Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid: La Responsabilidad En El Derecho*, 4, 167-192.
- Peñailillo Arévalo, D. (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones: La resolución por incumplimiento*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Peñailillo Arévalo, D. (2009). Responsabilidad contractual objetiva. En *Estudios De Derecho Civil IV* (pp. 331-346). Santiago, Chile: LegalPublishing Chile.
- Peñailillo Arévalo, D. (2012). Algunas reformas a la resolución por incumplimiento. *Revista de Derecho*, (231-232).
- Pereira Fredes, E. (2014). Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: Autonomía y derecho privado. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, 6.
- Pinto Santa Cruz, A. (1959). *Chile, un caso de desarrollo frustrado*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
- Pizarro Wilson, C. (2005). La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 14, 115-124.
- Pizarro Wilson, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31(2), 255-265.

- Pizarro Wilson, C. (2010a). ¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato? En C. Pizarro Wilson & Á. Vidal Olivares (Eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Pizarro Wilson, C. (2010b). La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía. En C. Pizarro Wilson & Á. Vidal Olivares (Eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Pizarro Wilson, C. (2011). Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XXXVI). Valparaíso, Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Pizarro Wilson, C. (2013). Contra el fatalismo del perjuicio: A propósito del deber de mitigar el daño. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (41), 69-82.
- Pizarro Wilson, C. (2014). Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 21(1), 203-219.
- Posner, R. A. (1975). The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, 757(53).
- Posner, R. A. (2011). Let Us Never Blame a Contract Breaker. En O. Ben-Shahar & A. Porat (Eds.), *Fault in American Contract Law* (pp. 3-19). Cambridge: Cambridge University Press.
- Pothier, R. J. (1961). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Prado López, P. (2013). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles, de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno*. Universidad de Chile.
- Puig Peña, F. (1945). El incumplimiento contractual como acto injusto. *Revista de Derecho Privado*.
- Ripert, G., & Boulanger, J. (1964). *Tratado de Derecho Civil. Tomo IV*. Buenos Aires, Argentina: Editoria La Ley.

- Rodríguez Grez, P. (2003). *Responsabilidad contractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez Grez, P. (2012). *Responsabilidad contractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rosso Elorriaga, G. F. (2008). Negligencia, imprudencia e impericia como conceptos negativos integradores de la culpa: un intento de conceptualización. En A. Guzmán Brito (Ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 702–711). Santiago, Chile: LegalPublishing Chile.
- Rowan, S. (2012). *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*. Oxford University Press.
- San Martín Neira, L. (2011). *Noción de incumplimiento en la perspectiva de la armonización del derecho latinoamericano*.
- San Martín Neira, L. (2012). *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*. Bogotá, Colombia: Universidad de Externado.
- Schwartz, A. (1979). *The Case for Specific Performance. Faculty Scholarship Series* (Vol. 1118).
- Scott, R. E. (2011). In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract. En O. Ben-Shahar & A. Porat (Eds.), *Fault in American Contract Law* (pp. 20–34). Cambridge: Cambridge University Press.
- Simental Franco, V. A. (2012). El contrato, elemento constante en el devenir humano, pasado, presente y futuro. *Revista de Derecho Privado Universidad Nacional Autónoma de México*, 2.
- Smith, A. (1958). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. (E. Cannan & G. Franco, Eds.). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Somarriva Undurraga, M. (1939). *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* (1a ed.). Santiago, Chile: Editorial Nascimento.
- Tamayo, J. (2001). *Falta de cumplimiento y responsabilidad en la obligación de dar*. Valencia, España: Universitat de València.

- Tomás Martínez, G. (2015). La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance. *Revista de Derecho Civil*, 2(1), 57-103.
- Vial del Río, V. (2007). *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno* (2a ed.). Santiago, Chile: Editorial Biblioteca Americana.
- Vidal Olivares, Á. (2000). La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 21.
- Vidal Olivares, Á. (2005). Incardinación de la Responsabilidad por Daños y el Concepto de Obligación en la Compraventa Internacional de Mercaderías. *Ius et Praxis*, 11(2).
- Vidal Olivares, Á. (2007a). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 41-59.
- Vidal Olivares, Á. (2007b). La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código civil. En H. Corral T. & M. S. Rodríguez (Eds.), *Estudios de Derecho Civil II* (pp. 517-538). Santiago, Chile: LegalPublishing Chile.
- Vidal Olivares, Á. (2009). El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. En C. Pizarro Wilson (Ed.), *Estudios de Derecho Civil IV* (pp. 347-368). Olmué, Chile: Legal Publishing.
- Vidal Olivares, Á. (2010). El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del “Código Civil” sobre incumplimiento. En C. Pizarro Wilson & Á. Vidal Olivares (Eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Villalta Vizcarra, A. E. (2016). *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas*. Nueva York, Estados Unidos: Naciones Unidas.
- Yáñez González, W. (1992). *La culpa y la mora: Un solo criterio de responsabilidad*. Santiago,

Chile: Ediciones Jurídicas La Ley.

Zamora Picciani, R. (2013). *Hacia una responsabilidad contractual estricta: la culpa en el derecho civil moderno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales.* Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Zimmermann, R. (2008). *El nuevo derecho alemán de las obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado.* Barcelona, España: Editorial Bosch.

Zweigert, K., & Kötz, H. (2002). *Introducción al derecho comparado (traducción de Arturo Aparicio Vázquez).* Ciudad de México, México: Oxford University Press.