



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**ALGUNOS PROBLEMAS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA
CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile

Autores:

Felipe Edgardo González Lagos
Stephano Novani Correa

Profesor Guía:

Hugo Cárdenas Villarreal

Santiago, Chile

2016

“But it ain't about how hard you hit. It's about how hard you can get hit and keep moving forward. How much you can take and keep moving forward. That's how winning is done!”

Rocky Balboa

Agradecimientos

El más profundo agradecimiento a mis padres, quienes me procuraron las herramientas y sentaron los cimientos para que tuviese la oportunidad de formarme como profesional, sin importar cuán difíciles fueran los tiempos.

Un “no se puede” no existe.

Asimismo, a todos aquellos que son parte de mi vida y han contribuido de una u otra manera a finalizar esta etapa universitaria cargada de nuevas experiencias.

Un reconocimiento especial a mi amigo y compañero de investigación, con quien compartí innumerables jornadas de trabajo y distracción, posiblemente más de lo último con la excusa de lo primero.

Felipe Edgardo González Lagos

A la Cordillera de los Andes Centrales.

A mi profesor guía, que no sólo me acompañó académicamente sino también me brindó su amistad.

A mi amigo y compañero de investigación, y las largas jornadas de Fifa 2016 que hicieron más ameno el período de investigación.

A mi familia.

Stephano Novani Correa

Resumen

Una corriente importante de autores nacionales —que denominamos Nuevo Derecho de los Contratos chileno— influenciados por el Derecho Uniforme y lo que se ha denominado Modernización del Derecho de las Obligaciones de España, ha evidenciado una serie de problemas en la resolución por incumplimiento. El Nuevo Derecho de los Contratos chileno propone una reinterpretación de la institución, tomando como punto de partida el concepto del “interés del acreedor”. A través del presente trabajo se analizará la propuesta del Nuevo Derecho de los Contratos, la que parece ser interesante en el contexto del Derecho Uniforme. Se estudiarán los regímenes jurídicos de la resolución por incumplimiento y sus problemas, entre los que se encuentra el concepto de incumplimiento, los requisitos de la acción, *la exceptio non adimpleti contractus* en relación a la resolución por incumplimiento, la facultad de enervar la acción resolutoria pagando la deuda y nuevas instituciones ofrecidas por el Derecho Uniforme.

Palabras clave: Incumplimiento contractual, resolución por incumplimiento, remedios contractuales, nuevo derecho de los contratos.

Abstract

A current by important national authors —which we will call them new Chilean contract law influenced by the Uniform Law— and what has been termed Spain's Modernization of Law of Obligations, has evidenced a serial of problems on the termination for breach of contract. The new Chilean contract law proposes a reinterpretation of the institution, their starting point is the creditor's interest. Through this work we will analyze the proposal, which seems to be interesting in the context of the Uniform Law. For this we will study the legal arrangements for the termination for breach of contract and its problems, among which is the concept of breach of contract, the requirements of the remedies, the *exceptio non adimpleti contractus* in relation to the termination for default, the power to invalidate the termination action paying debt and new institutions provided by the Uniform Law.

Key words: Breach of contract, termination for breach of contract, remedies, new contract law.

TABLA DE ABREVIATURAS

NDC	Nuevo Derecho de los Contratos
NDCCH	Nuevo Derecho de los Contratos chileno
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CPC	Código de Procedimiento Civil
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería
PECL	Principios del Derecho Europeo de los Contratos
UPICC	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales
DCFR	Marco Común de Referencia
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
PMDOC	Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos de España

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE: LOS PROBLEMAS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO A LA LUZ DEL DERECHO UNIFORME Y EL NDCCH...6	
CAPITULO I. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO UNIFORME EN LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA	7
1. Sobre el proceso contemporáneo de unificación del derecho	7
2. El NDC y los instrumentos de regulación internacional (<i>hard law</i> y <i>soft law</i>).....	10
2.1. La importancia del denominado <i>hard law</i> en la contratación internacional.....	11
2.2. La influencia del denominado <i>soft law</i> en la contratación internacional.....	13
3. Conclusiones al capítulo I	18
CAPITULO II. PROBLEMAS CONCEPTUALES RELACIONADOS CON LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO	19
1. Los problemas del concepto de incumplimiento	19
1.1. Tratamiento de la doctrina clásica chilena.....	19
1.2. El tratamiento en el Derecho Uniforme y la recepción del NDCCH.....	23
2. El problema del concepto de “incumplimiento resolutorio”. Dos concepciones de la resolución por incumplimiento.....	27
2.1. Del modelo de la condición resolutoria tácita al modelo de remedio contractual	27

2.2. Del modelo simple, al modelo complejo	31
2.3. Del modelo del tipo de incumplimiento que habilita a resolver el contrato, al modelo del incumplimiento esencial	33
2.4. Del modelo culpabilístico al modelo del incumplimiento objetivo	40
2.5 Del modelo del efecto liberatorio al modelo del efecto liberatorio limitado.....	42
2.6. Del modelo de la restitución de lo pagado, al modelo de la restitución de lo pagado y sus frutos	43
2.7. Del modelo de la restitución relativa frente a terceros, al modelo de la exclusión de la restitución frente a terceros	44
2.8. Del modelo del efecto retroactivo al modelo del efecto retroactivo limitado ...	45
2.9. Del modelo de la resolución por incumplimiento judicial al modelo de la resolución por incumplimiento extrajudicial y anticipada.....	50
3. Conclusiones al capítulo II	51

CAPITULO III. PROBLEMAS PROCEDIMENTALES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR INCUMPLIMIENTO

1. Enervación de la acción resolutoria mediante la “excepción de contrato no cumplido”	53
1.1. Dos modelos frente a incumplimientos recíprocos.....	53
1.2. El modelo propuesto por el NDCCH.....	56
2. Enervación de la acción resolutoria mediante el pago judicial de la obligación.....	57
2.1. Dos modelos frente a la enervación de la acción resolutoria mediante el pago judicial de la obligación.....	57
2.2. El modelo adoptado por el NDCCH.....	59

3. Conclusiones al capítulo III.....	60
SEGUNDA PARTE: ANALISIS CRÍTICO DE LA PROPUESTA DEL NUEVO DERECHO DE LOS CONTRATOS.....	62
CAPITULO I. EL ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL NDCCH RELACIONADA CON EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO	63
1. El concepto de incumplimiento.....	63
1.1. ¿Es conveniente la propuesta del NDCCH?	63
1.1.1. Una noción amplia, unitaria y objetiva de incumplimiento	64
1.1.2. Resguardo al interés del deudor. El NDCCH y las cargas del acreedor.....	68
1.1.3. El incumplimiento como acto antijurídico.....	73
1.1.4. Lo objetivo para el acreedor, lo subjetivo para el deudor. El problema de la consideración del abuso del derecho como límite al ejercicio de las acciones por parte del acreedor	75
1.2. ¿Es viable la propuesta?.....	76
2. Las diferencias en la concepción de la resolución por incumplimiento.....	77
2.1. La determinación del incumplimiento que habilita la resolución.....	77
2.1.1. El análisis de la propuesta.....	78
2.1.1.1. La construcción del incumplimiento calificado	78
2.1.1.2. El interés del acreedor <i>versus</i> el interés del deudor	81
2.1.2. La inconsistencia de la propuesta	82
2.2. El ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento	83

2.2.1. ¿Es posible concebir un ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento en nuestra legislación?	88
2.2.2. La necesidad de una reforma que consagre la resolución extrajudicial.....	89
2.3. Resolución anticipada del contrato	90
2.3.1. Consagración expresa de la resolución anticipada	93
3. Conclusiones al capítulo I	94

CAPITULO II. EL ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL NDCCH RELACIONADA CON LA “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO” Y LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.97

1. ¿Es conveniente limitar el ámbito de aplicación de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> ? Los fundamentos de la propuesta del NDCCH.....	97
2. ¿Se puede implementar sin una reforma la propuesta del NDCCH?	102
2.1. La consagración de la “excepción de contrato no cumplido” en el Código Civil chileno. De la excepción de contrato no cumplido a la compensación en mora	102
2.2. La regulación de la mora	106
3. Conclusiones al capítulo II	109

CAPITULO III: EL ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL NDCCH RELACIONADA CON LA ENERVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN PAGANDO LA DEUDA.111

1. El análisis de la propuesta del NDCCH	111
1.2. Los fundamentos de la tesis que pretende limitar la enervación de la acción resolutoria mediante el pago	111
1.2. La búsqueda del equilibrio de intereses entre el acreedor y el deudor	115

2. ¿Se puede aplicar la propuesta del NDCCH en el modelo del CC?	116
2.1. Momento desde el cual surte efectos la resolución por incumplimiento	117
2.2. El argumento de la interpretación del art. 1600 del CC: las acciones que pueden enervarse mediante el pago	119
2.3. El argumento del art. 1603 del CC: la suficiencia del pago como limitante a la consignación judicial	124
3. Conclusiones al capítulo III.....	125
CONCLUSIONES.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	133

INTRODUCCIÓN

Frente a la falta de cumplimiento por una de las partes o “incumplimiento contractual” el art. 1489 del Código Civil contempla una serie de mecanismos, entre los que se encuentra la denominada “condición resolutoria tácita” o “resolución por incumplimiento”, la cual habilita a solicitar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

Esta acción ha sido estudiada tradicionalmente a partir de las obligaciones condicionales. Contra el entendimiento tradicional, autores nacionales influenciados por el Derecho Uniforme y la Modernización del Derecho de Obligaciones en España¹, realizan una sistematización de los “problemas” que presenta nuestro sistema de “remedios contractuales”², a quienes denominaremos el Nuevo Derecho de los Contratos chileno (NDCCH)³.

¹ En este sentido, Morales Moreno señala que “Al aludir al ‘nuevo derecho de la contratación’ me estoy refiriendo a una nueva construcción del derecho contractual, surgida en el derecho uniforme, por necesidades del comercio internacional” MORALES MORENO, A. (2006). *Evolución del concepto de obligación en Derecho español*. En MORALES MORENO, A. *La modernización del derecho de obligaciones*. Madrid: Thomson-Civitas. p. 25. La propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España se puede encontrar en: Boletín de Información del Ministerio de Justicia de España, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.

² Remedios contractuales es la traducción de “remedies” del *common law*, nomenclatura utilizada por el NDCCH. Cfr. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2012). *El perjuicio resolutorio. Delimitación y cuantía de la indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 1489 del Código Civil en caso de resolución por incumplimiento* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago. p. 13. El autor señala que la expresión remedio por incumplimiento contractual que ha adoptado se refiere al conjunto de prerrogativas que goza el acreedor en caso de incumplimiento.

³ En este sentido se puede consultar VIDAL OLIVARES, Á. (1999). *Criterios de atribución de responsabilidad por daños en la compraventa internacional de mercaderías (Especial consideración del artículo 79 CVCIM y de su engarce con el Sistema de remedios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena)* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código civil sobre incumplimiento*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago: LexisNexis., BARROS BOURIE, E. (2008). *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil*. Santiago: LegalPublishing, PIZARRO WILSON, C. (2008). *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor), *Estudios de Derecho civil III*. Santiago: LegalPublishing, CORRAL TALCIANI, H. (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago: LegalPublishing, BRANTT ZUMARAN, M. (2011). *El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual*. En DE LA MAZA GAZMURI, I. (coordinador), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VII. Incumplimiento contractual nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 47-82, DE LA MAZA GAZMURI, I. (2011). *El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio*. En DE LA MAZA GAZMURI, I. (coordinador), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VII. Incumplimiento contractual nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 213-234, MEJÍAS ALONZO, C. (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: LegalPublishing, PRADO LÓPEZ, P. (2013). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles, de acuerdo al*

El NDCCCH propone construir un régimen de responsabilidad contractual a partir del “interés del acreedor”⁴, lo que pugna, en lo específico, con el entendimiento tradicional de la resolución por incumplimiento. Esta postura promueve un cambio de paradigma en la contratación siguiendo una línea doctrinal al amparo de Antonio Morales Moreno y su obra “La Modernización del Derecho de Obligaciones”⁵, con más o menos apego.

Esta tendencia plantea una reformulación al régimen de la resolución por incumplimiento en tres puntos bases:

El primer punto, respecto al concepto de incumplimiento, proponen dos cambios: el primero, en cuanto al concepto de incumplimiento en sentido estricto, al que dotan de carácter objetivo, eliminándose la culpa como requisito de la acción resolutoria; el segundo, en cuanto al incumplimiento que habilita la resolución, se apartan de la distinción clásica en cuanto al tipo de la obligación incumplida –principal o accesoria- o de su entidad -total, parcial-, estableciendo como criterio predominante el interés del acreedor.

En segundo lugar, en cuanto al ejercicio de la acción resolutoria: plantean la negación de la facultad que posee el deudor para enervar la acción resolutoria mediante el pago y la supresión de la facultad de excepcionar de contrato no cumplido; asimismo se propone el ejercicio de la resolución por incumplimiento de manera extrajudicial y la facultad de ejercerla anticipadamente.

En tercer lugar, perfilan los efectos de la resolución por incumplimiento delimitando qué se debe restituir, cómo operan los efectos de la resolución (retroactiva o irretroactivamente), con el objetivo de permitir una indemnización del interés contractual positivo, con lo cual cambian la concepción de la indemnización de perjuicios a una función claramente garantista.

ordenamiento jurídico chileno (Tesis doctoral). Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, BARRIENTOS CAMUS, F. (2014). *La articulación de remedios en el sistema de la responsabilidad civil del consumo*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (42): 57-82, CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2015). *Indemnización y resolución por incumplimiento*. Santiago: LegalPublishing., LÓPEZ DÍAZ, P. (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*. Santiago: LegalPublishing.

⁴ El concepto de “interés del acreedor” guarda relación con un sistema en el cual la relación obligatoria implica garantía, por parte del deudor, del resultado de su obligación. MORALES MORENO, A. (2006). op. cit. p. 19.

⁵ MORALES MORENO, A. (2006). op. cit. pp. 17-54.

Nuestro objetivo en esta investigación es analizar si es necesaria una reforma legislativa de nuestro Código Civil a la luz del Derecho Uniforme y de la propuesta del NDCCH. Al respecto, nuestra hipótesis es que es necesaria una reforma del Código Civil que permita adaptar nuestra legislación a las necesidades de la contratación contemporánea. Para cumplir con nuestro objetivo:

- a. Sistematizaremos el régimen jurídico de la resolución por incumplimiento en Chile y en el Derecho Uniforme.
- b. Analizaremos la propuesta del NDCCH.
- c. Distinguiremos las distintas posturas respecto de los problemas.
- d. Revisaremos posibles reformas al régimen jurídico de la resolución por incumplimiento.

Para lo anterior, el trabajo se divide en dos partes.

La PRIMERA PARTE se desarrollará en tres capítulos, abocados a analizar la propuesta del NDCCH. Estudiaremos para tal efecto las nociones de incumplimiento, la concepción de la resolución por incumplimiento y sus regímenes jurídicos en el Derecho Uniforme y en la doctrina nacional clásica, para luego estudiar la propuesta del NDCCH frente a las discrepancias que pueda existir entre ambas posturas.

El primer capítulo está destinado a estudiar el surgimiento del Derecho Uniforme y los principales instrumentos que regulan la contratación internacional. A través de este capítulo buscaremos demostrar que el Derecho Uniforme se originó por la necesidad de unificación en la contratación internacional, y no como una corriente de modernización del derecho, con lo cual se evidencia que los textos Uniformes no son necesariamente la regulación idónea para el régimen nacional, sin perjuicio de ser una fuente importante de análisis.

Lo anterior guarda relevancia por cuanto el NDCCH tiene como fuente de su propuesta los textos de Derecho Uniforme a los cuales dotan generalmente de conceptos propios de la modernización del derecho de las obligaciones de España, tales como la protección al interés del acreedor.

El segundo capítulo tiene por objeto evidenciar las diferencias conceptuales en materia de incumplimiento, y contrastar la concepción clásica de la resolución por incumplimiento con la ofrecida por el Derecho Uniforme. Donde se estudiará la naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento, el tipo de contrato en que procede, el de incumplimiento que habilita a

resolver, los efectos de la resolución por incumplimiento, y su forma de ejercicio. Se revisará la propuesta del NDCCH frente a las discrepancias existentes, el que nos ofrece una solución a partir de la relectura y reinterpretación del Código Civil, tomando como punto de partida el interés del acreedor.

El tercer capítulo busca sistematizar los problemas que plantea el NDCCH en relación a los aspectos procedimentales de la acción resolutoria, para lo cual se analizarán dos instituciones, la “excepción de contrato no cumplido” y la facultad de enervar la acción resolutoria pagando la deuda.

La SEGUNDA PARTE se hará cargo de los problemas planteados en la primera parte en tres capítulos.

El primer capítulo estará destinado a esclarecer las ventajas y defectos que presenta la concepción objetiva de incumplimiento que propone la NDCCH, reflexiones en torno a este concepto, la factibilidad y la inconveniencia en su incorporación en el ordenamiento nacional - de acuerdo a una relectura o reinterpretación.

Por otro lado, se estudiará la propuesta del NDCCH frente a las discrepancias existentes sobre la concepción de la resolución por incumplimiento. Se revisará el tipo de incumplimiento que habilita a resolver, la resolución extrajudicial y la resolución por incumplimiento anticipado.

La determinación de este tipo de incumplimiento es compleja y no es un asunto zanjado, motivo por el cual se analizará la propuesta de la NDCCH, su viabilidad y coherencia.

En cuanto al ejercicio de la resolución por incumplimiento, estudiaremos principalmente la resolución extrajudicial y la resolución o ruptura anticipada. Ambas figuras han sido consideradas provechosas por el NDCCH, pero no se han pronunciado de forma concreta respecto a su procedencia en Chile. En ese sentido, se analizará su regulación en el Derecho Uniforme, las propuestas del NDCCH en su incorporación, las ventajas que revisten en la contratación moderna, y la necesidad de reforma en el Código Civil para su consagración.

El segundo capítulo pretende realizar un análisis de la propuesta del NDCCH respecto al ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido”, El NDCH propone limitar el ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido” a la acción de

indemnización de perjuicios, en atención que las acciones de cumplimiento forzado y de resolución por incumplimiento no exigen la mora del deudor.

Al respecto, analizaremos las dos posturas de la propuesta NDCCH; en cuanto a la necesidad de limitar el ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido”; y respecto a su factibilidad, esto es si efectivamente la excepción de contrato no cumplido no está consagrada en nuestra legislación; y si la acción de resolución por incumplimiento no exige mora.

El tercer capítulo está destinado a analizar la posibilidad de enervar la acción resolutoria mediante el pago judicial. Analizaremos la conveniencia de limitar la facultad de pagar una vez demandada la resolución del contrato, considerando que el deudor tiene un interés legítimo en cumplir su obligación.

Para lo anterior, revisaremos las ventajas y desventajas de la posibilidad de enervar. Al igual que en el capítulo segundo, revisaremos la factibilidad de implementar la propuesta.

PRIMERA PARTE:

LOS PROBLEMAS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO A LA LUZ DEL
DERECHO UNIFORME Y EL NDCCH

CAPITULO I. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO UNIFORME EN LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA

La regulación de las acciones frente al incumplimiento contenida en los diversos instrumentos de Derecho Uniforme plantea una serie de diferencias respecto de la regulación nacional. Motivados por lo anterior, el NDCCH ha analizado cada una de las acciones que reviste el acreedor frente al incumplimiento del deudor a la luz de los textos del Derecho Uniforme⁶, especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería (en adelante se utilizará su sigla en inglés CISG)⁷. Debido a la preponderancia que le dan al Derecho Uniforme, analizaremos su concepto e importancia.

1. Sobre el proceso contemporáneo de unificación del derecho

La historia del comercio internacional contemporánea se puede dividir en 3 etapas: la primera (Edad Media), caracterizada por la existencia de una *lex mercatoria* desarrollada por los propios comerciantes; una segunda (durante los siglos XVIII y XIX), en la que se produjo la codificación de los ordenamientos jurídicos, generando la nacionalización de los ordenamientos jurídicos; y por último, la etapa actual, caracterizada por el desarrollo de convenios internacionales unificadores, resurgiendo la Nueva *Lex Mercatoria*⁸. En esta tercera etapa la revolución industrial y el aumento de los consumidores han producido el incremento de

⁶ Principalmente en VIDAL OLIVARES, Á. (1999). op. cit.; PRADO LÓPEZ, P. (2013). op. cit.; MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit.

⁷ El profesor Álvaro Vidal señala que el Nuevo Derecho de los Contratos está representado por la CISG, los PECL, el Borrador de Marco Común de Referencia, Los Principios Europeos sobre Derecho de Compraventa, la Propuesta española de modificación al Código Civil en materia de obligaciones y contratos u los Principios Latinoamericanos sobre derecho de los contratos (VIDAL OLIVARES, Á. (2015). La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio. En Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago: LegalPublishing. p. 556.)

⁸ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2000). *La repercusión de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías (estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*. Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. p. 22.

las operaciones de comercio internacional⁹. Así nació la necesidad de generar normas uniformes que faciliten las transacciones internacionales¹⁰ mediante la generación de normas claras que recojan los diversos ordenamientos y costumbres mercantiles, aunando culturas jurídicas en un solo cuerpo normativo que regularía el comercio internacional¹¹.

Estos cuerpos normativos reflejan el funcionamiento del comercio internacional en un solo documento que comparte normas materiales aplicables a los diversos Estados¹². De este proceso nace el denominado Derecho unificado, el cual es definido por el profesor Fernández Rozas como el “resultado normativo en el que desemboca un proceso de unificación del Derecho, que puede materializarse a través de distintos cauces: Leyes Modelo, Leyes Uniformes, tratados de unificación y, en determinados círculos jurídicos con un alto grado de integración, ciertos instrumentos propios”¹³, y se distingue del Derecho Uniforme por cuanto el Derecho unificado es la Ley Uniforme instrumentalizada siempre a través de un tratado internacional¹⁴.

La mayoría de los textos uniformes utilizan un lenguaje neutro evitando utilizar terminologías propias de uno u otro país, recogiendo aspectos de cada uno de las tradiciones jurídicas. Existe un juego político a través de los textos uniformes con el objeto de lograr, precisamente, la unificación de las normas del comercio internacional. Sin embargo, el proceso

⁹ Cfr. SOTO, C. (2000). *La transformación del contrato: Del contrato negociado al contrato predispuesto*. EN: *Contratación contemporánea teoría general y principios*. Lima, editorial Temis. Pp. 369-438. Sobre este punto, la profesora Campusano agrega que “[e]stablecido lo que se puede considerar el germen, su crecimiento se debió a diversos factores económicos y legales. El factor económico vino representado por el incremento cuantitativo de las operaciones de comercio internacional que se produjo, como dijimos anteriormente, a partir de la 2º Guerra Mundial. Y entre otros factores legales que influyeron cabe mencionar el carácter dispositivo del derecho nacional, su inadecuación al comercio internacional, y la posibilidad de recurrir al arbitraje para la solución de controversias” CAMPUZANO DÍAZ, B. (2000). op. cit. p. 22

¹⁰ OVIEDO ALBÁN, J. (2003b). *Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales*. En *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas. p. 69.

¹¹ Cfr. CAMPUZANO DÍAZ, B. (2000). p. 22 y OVIEDO ALBÁN, J. (2003C). *Un nuevo orden Internacional de los contratos: Antecedentes, instrumentos y perspectivas*. En *Compraventa Internacionall de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas. p. 155.

¹² *Ibíd.* p. 25.

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. (1996). *Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo*. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. T. IV. Madrid: Editorial Civitas. 5209–5237. p. 5314.

¹⁴ *Ídem.*

de unificación encontró problema debido a que los entes internacionales pertenecen a diversas tradiciones jurídicas¹⁵. A nivel internacional se distinguen principalmente como tradiciones legales: el *Civil Law* y el *Common Law*, y dentro de cada tradición legal encontramos diversidad de sistemas legales que se distinguen en lo sustantivo.

La tradición legal del *Common Law*¹⁶ se caracteriza por poseer una estructura jurídica basada en la jurisprudencia más que en las leyes. En lo que a la responsabilidad contractual se refiere es un sistema que se estructura a partir de una acción principal de indemnización de daños y perjuicios, mientras que los demás remedios proceden sólo cuando la indemnización de daños y perjuicios no sea un remedio adecuado para garantizar la compensación integral del perjuicio infringido al acreedor¹⁷, como por ejemplo cuando el deudor se obligó a entregar una cosa con un valor artístico único¹⁸. De este modo el “*common law* se ha gestado y desarrollado en un ambiente comercial eminentemente pragmático”¹⁹.

Por el contrario, el *Civil Law* es un sistema de leyes codificadas, formado sobre la base del derecho romano, en que la pretensión de cumplimiento es un remedio primario²⁰, sobre la

¹⁵ Una tradición legal es un conjunto de condiciones históricas arraigadas en la sociedad sobre la naturaleza de la ley, el rol de la ley en la sociedad y en la política, sobre la organización y funcionamiento de un sistema legal -es un conjunto de instituciones, procedimientos y normas- y sobre la forma que la ley debe ser estudiada, perfeccionada, enseñada y creada. MERRYMAN, J. & PÉREZ-PERDOMO, R. (2007). *The Civil Law tradition. An introduction to the legal system of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press. p. 2.

¹⁶ Marta Morineau distingue tres acepciones al término *Common Law*. La primera acepción designa, a la rama más antigua del derecho inglés; la segunda acepción, incluye el *equity* (La *equity* fue la segunda rama del derecho inglés, y nació a partir del descontento de la población inglesa del S. XIV por la insuficiencia de los *writs*, y con lo cual llevaban sus casos al rey, quien las turnó al canciller y este a una persona adecuada para resolverlos. MORINEAU IDUARTE, M. (2002). *Introducción al sistema de Common Law*. Conferencia, Seminario Internacional del Derecho Comparado del Trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídica. p. 12.) con lo que se refiere al orden jurídico de Inglaterra; y la tercera acepción refiere a la familia jurídica que se fue formando al extenderse tanto el dominio político, como el derecho inglés a lugares fuera de Inglaterra (MORINEAU IDUARTE, M. (2002). op. cit. p. 8.). En nuestro trabajo, al referirnos al *Common Law* utilizaremos la tercera acepción.

¹⁷ PALAZÓN GARRIDO, L. (2014). op. cit. p.77. y PINO EMHART, A. (2014). *Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22): 233-253. p. 249.

¹⁸ Este ejemplo se discutió en Inglaterra en la causa Falcke v Gray (1859). El objeto de la causa era porcelana china, y la corte resolvió “*In the present case the contract is for the purchase of articles of unusual beauty, rarity and distinction, so that damages would not be an adequate compensation for non-performance*”. KOFFMAN, L & MACDONALD, E. (2010). *The law of contract*. Oxford, University Press. p. 587.

¹⁹ BANFI DEL RÍO, C. (2014). *Rowan, Solène. Remedies for breach of contract. a comparative analysis of the protection of performance*. Oxford, oup, 2012, 265 pp. En *Revista Chilena de Derecho* 41 (2): 743 – 745. p.745.

²⁰ PALAZÓN GARRIDO, L. (2014). op. cit. p.76.

indemnización de perjuicios y la resolución por incumplimiento²¹. En este sistema sólo se podrá demandar perjuicios si va acompañada de otra acción²². El sistema de responsabilidad contractual del *civil law* considera la conducta del deudor para determinar la o las acciones que dispone el acreedor frente al incumplimiento²³ (a diferencia de lo que sucede con el *common law* que posee un sistema de garantía frente al incumplimiento²⁴).

Con estas diferencias sustanciales no es fácil generar una unificación del Derecho, por lo mismo la labor fue precedida por organizaciones privadas, principalmente UNIDROIT. A estas organizaciones se les sumaron instituciones internacionales gubernamentales, tales como la Liga de las Naciones; la ONU a través de UNCITRAL; y el Parlamento de la UE, tomando como punto de partida los PELC, desarrollo el Proyecto Académico del Marco Común de Referencia y el Derecho Contractual Europeo.

2. El NDC y los instrumentos de regulación internacional (*Hard Law* y *Soft Law*)

El NDCCH sigue, con más o menos apego, la propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España²⁵. La propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos de España (PMDOC) se forma a través de una construcción del derecho contractual, surgida en el derecho uniforme, por necesidades del comercio internacional, que ha ejercido y continúa ejerciendo influencia en la modernización del derecho de obligaciones continental²⁶.

²¹ En Chile se observa en el Código Civil otorga al deudor la facultad de consignar el pago de la deuda judicialmente (art. 1600 inc. final del CC, y según la doctrina tradicional el art. 310 del CPC.), permitiendo la enervación de la acción resolutoria y forzando el cumplimiento de la obligación.

²² Esta regla presenta algunas excepciones, por ejemplo en materia de obligaciones de hacer y no hacer se permite demandar de forma autónoma indemnización de los perjuicios. Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). *Teoría de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. p. 76 y 200.

²³ CUADRADO GAMARRA, N. (2005). *Diferencias entre los sistemas romano-germánicos (civil law) y de common law y su repercusión en la inteligencia artificial*. Consultado en 24 de enero de 2016 de <http://www.tuugo.es/SiteViewer/0010006926689?url=http%3A%2F%2Fpendientedemigracion.ucm.es%2Finfo%2Fkinesis%2Fcomlaw.htm>

²⁴ Pino Emhart señala que “el sistema no concibe el incumplimiento del contrato como algo reprochable; por ende se considera que la parte incumplidora no debiera ser sancionada, sino sólo condenada a indemnizar los perjuicios que se originen como consecuencia del incumplimiento” PINO EMHART, A. (2014). op. cit. pp. 251-252.

²⁵ VIDAL OLIVARES, Á. (2011). *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16): 243-302. pp. 244-245.

²⁶ MORALES MORENO, A. (2006). op. cit. p. 25.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se presentó como uno de los grandes hitos en materia de unificación contractual, lo que es seguido por los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo o los mismos Principios de Derecho europeo de contratos, elaborados por la Unión Europea.

2.1. La importancia del denominado *hard law* en la contratación internacional

El término *hard law* hace alusión a las relaciones jurídicas internacionales que son vinculantes para los Estados, por haber cumplido los procedimientos reglamentarios internacionales y los procesos nacionales²⁷, en otras palabras, es derecho aplicable para los Estados. En tal sentido, un determinado tratado internacional puede ser *hard law* para un estado determinado y no serlo para otro Estado.

Haremos referiremos a dos tratados internacionales por su alta adhesión e importancia en la contratación internacional; la Convención de Viena sobre compraventa internacional y, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras²⁸.

a. La Convención de Viena sobre compraventa internacional. En el año de 1926 se crea el Instituto Para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT) con el objeto de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, y aunque en el año 1930 inician los trabajos de unificación, el proyecto se suspendió debido a la Segunda Guerra Mundial²⁹. En 1951 UNIDROIT solicitó en la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional retomar los proyectos de unificación del derecho comercial internacional³⁰, con lo

²⁷ ABBOT, K. Y SNIDAL, D. (2000). *Hard and Soft Law in International Governance*. En *International organization*, 54(03): 421-456.

²⁸ Chile es Estado parte de los dos tratados.

²⁹ OVIEDO ALBÁN, J. (2003c). op. cit. p. 168.

³⁰ OVIEDO ALBÁN, J. (2001). *Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías*. En *Revista Universitas Pontificia Universidad Javeriana* (101). p. 163. p. 12.

cual el año de 1956 se creó una comisión europea para la unificación del derecho sobre formación del contrato y compraventa de bienes muebles, elaborando dos proyectos. En la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado de 1964, con la asistencia de representantes de 28 países, se estudiaron y aprobaron los proyectos de 1956, dando origen a la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías y la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Mercaderías, antecedentes directos de la Convención de Viena. Sin embargo, estas Leyes fueron ratificadas por un número bajo de países debido a la homogeneidad dominante de los países occidentales y la irrupción en la esfera internacional de los países del tercer mundo³¹, con lo que la necesidad de uniformidad del derecho seguía en marcha. En el año 1966, las Naciones Unidas creó la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), y en 1978 la comisión elaboró un proyecto que sería aprobado en junio de 1978 por los 62 países representantes de la ONU en el Palacio Imperial de Hofburg, (Viena), dando origen a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³².

Actualmente la CISG tiene 84 Estados partes³³, entre los países no partes encontramos al Reino Unido e Irlanda, pertenecientes a la tradición del *common law*.

b. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. El 10 de junio de 1958 en Nueva York, se celebra la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual tiene por principal objetivo el reconocimiento de las sentencias arbitrales, ya sean nacionales o extranjeras, dentro de la jurisdicción de cada Estado parte, como asimismo su posterior ejecución. En un segundo plano, la convención pretende que se respeten los acuerdos en cuanto

³¹ BERMEJO, L.; LIZARAZO, D; VILLAMIL, N. & ZAIDIZA, K. (2005). *Compraventa Internacional de Mercaderías*. (Tesis para optar al grado de Licenciado). Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. p. 12.

³² OVIEDO ALBÁN, J. (2003c). op. cit. p. 166-167.

³³ El listado completo de países se puede consultar en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html [página consultada el día 17 de Enero de 2016].

al sometimiento a arbitraje, no debiéndose dar curso a las demandas que se presenten en perjuicio de dicho acuerdo³⁴.

La convención se enmarca como un mecanismo de solución de controversias en el plano comercial internacional, para lo cual se buscan establecer normas comunes que den cuenta del reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales³⁵.

Chile, como Estado parte y en cumplimiento de la convención, se vio en la necesidad de dictar una ley que se ajustara a los requerimientos internacionales en materia de arbitraje, por lo que con fecha 29 de septiembre de 2004 entra en vigencia la Ley 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual tiene como ámbito de aplicación según señala “Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile” (art. 1 n°1 Ley 19.971).

2.2. La influencia del denominado *Soft law* en la contratación internacional

Soft law es todo Derecho supranacional que no tiene fuerza obligatoria para determinados Estados, procediendo su aplicación en virtud de la autonomía privada. Hay textos elaborados por organismos privados que sólo son clasificables como *soft law*, como los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, elaborados por Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, elaborados por la Comisión sobre derecho contractual europeo, mejor conocida como Comisión Lando -nombre adquirido en alusión al profesor Ole Lando-, sin perjuicio de servir como modelo para la elaboración de leyes o tratados internacionales.

a. *Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.* Los Principios UNIDROIT son una respuesta a las necesidades económicas y jurídicas imperantes durante el siglo XX, generado por la comunidad internacional sin tomar ningún ordenamiento

³⁴ Cfr. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html [página consultada el día 22 de Abril de 2016].

³⁵ Ídem.

jurídico en particular. Su objetivo es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinados a ser utilizados en todo el mundo, independientemente de las específicas tradiciones y condiciones económicas y políticas de los países en que sean aplicados, evitando utilizar terminologías propias de uno u otro sistema jurídico determinado³⁶, pero no se ha elegido la solución aceptada en un mayor número de países sino aquella que tiene un mayor valor de persuasión o que se adapta mejor a los negocios transfronterizos, y las soluciones en ellos incluidas son reconocibles en muchos de los ordenamientos jurídicos del mundo, siendo la minoría de los artículos auténtica novedad³⁷.

Los principios UNIDROIT fueron elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, una organización intergubernamental independiente creada en 1926, bajo el auspicio de la Liga de las Naciones, cuyo objetivo fue, precisamente, la promoción, armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional³⁸. En 1968 surge la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales, y en la reunión de 1971 el Consejo Directivo de UNIDROIT incluye en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos. Pero no fue hasta 1980 que se creó un grupo de trabajo constituido por representantes de diversas tradiciones y sistemas jurídicos del mundo, y siendo consultados expertos académicos y abogados dedicados al derecho de contratos, así como organismos gubernamentales y de negocios, lo que llevo que en 1994 se publiquen los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales³⁹. Actualmente existen tres ediciones, 1994, 2001 y del 2010, las sucesivas ediciones no enmiendan a la anterior sino que la completan, así el contenido de la última es sustancialmente más amplio y desarrollado, manteniendo la misma estructura formal⁴⁰.

³⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2013). *De la conveniencia práctica de tener en cuenta los “Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales” en el ámbito jurídico uruguayo*. En *La justicia Uruguaya* (54): 47-61. p. 47-48.

³⁷ GIL-DELGADO, P. & CONCEPCIÓN, M. (2014). *Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. En *Cláusulas modelo para los contratantes*. Cuadernos de derecho transnacional 6(1): 253-268. p. 256.

³⁸ OVIEDO ALBÁN, J. (2003c). op. cit. 166 Y SS.

³⁹ OVIEDO ALBÁN, J. (2003a). *Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales*. En *Criterio Jurídico* (3). p. 39-40.

⁴⁰ GIL-DELGADO, P. & CONCEPCIÓN, M. (2014). op. cit. p. 254.

La CISG y los Principios UNIDROIT poseen principios y reglas similares. Así por ejemplo, la regulación sobre criterios interpretativos, la importancia señalada a los usos y costumbres, el capítulo sobre formación del contrato, la posibilidad de celebrar contratos con precio abierto, y el incumplimiento esencial, no difieren sustancialmente⁴¹.

Su aplicación práctica ha sido importante, contando con 425 casos, llevados por tribunales arbitrales y ordinarios, que han aplicado los principios UNIDROIT⁴². Adicionalmente han recibido el respaldo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el Informe de su 45º período de sesiones, (A/67/17) de 25 de junio a 6 de julio de 2012, en el cual se recomienda la utilización de la edición de 2010 de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁴³.

b. *Los Principios Europeos de los Contratos*. Los PECL buscan armonizar las diferencias propias del sistema del *common law* y de los sistemas continentales, inspirados en las reglas del derecho civil codificado tras la Revolución Francesa⁴⁴, con el fin de crear un Código Civil, que funcione como el primer paso a un Código Europeo de los Contratos⁴⁵. Los PECL fueron elaborados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo o Comisión Lando⁴⁶, comisión conformada por grupo de profesores de derecho de varios países europeos bajo la dirección del profesor Olé Lando⁴⁷. En el año 1982 se empezaron los trabajos, en 1995 se publicó la primera parte de los PELC, que regulaba el cumplimiento, incumplimiento y los remedios contractuales. En 1992 empezó el trabajo de la segunda parte, que culminó con la publicación de las partes I y II el año 1999, que regulaba además la formación del

⁴¹ OVIEDO ALBÁN, J. (2003a). op. cit. p.69.

⁴² Información disponible en: <http://www.unilex.info/> [información consultada el 17 de enero de 2016]

⁴³ GIL-DELGADO, P. & CONCEPCIÓN, M. (2014). op. cit. p. 256.

⁴⁴ EUGENIO OLIVER, L. (2004). *Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado*. En Revista de llengua i dret (42): 91-116. p. 91.

⁴⁵ RIEDL, K. (2000). *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*. En European Review of Private Law 8(1): 71-83.

⁴⁶ La comisión fue creada a fines de los ochenta.

⁴⁷ EUGENIO OLIVER, L. (2004). op. cit. p. 70. Es interesante el hecho que sus miembros no son representantes políticos, sino profesores e investigadores de sus respectivos sistemas jurídicos. Así, cada miembro aportará en base a su respectivo sistema legal para facilitar la cooperatividad para encontrar un “núcleo común” de los diversos sistemas jurídicos de Europa. RIEDL, K. (2000). op. cit. pp. 71-83.

consentimiento, validez e interpretación de los contratos. Los trabajos de la tercera y última parte empezaron en 1997 y concluyeron en el 2003, y regula algunos contratos especiales como los de servicios, también trata el enriquecimiento sin causa, la transferencia de bienes muebles, entre otros⁴⁸.

Los PECL han influenciado en los escritos académicos de todo el mundo, y han sido citados por varias Cortes Supremas de Europa, especialmente España, Portugal, Suecia y el Reino Unido. Adicionalmente ha influenciado en una serie de legislaciones nacionales y, finalmente han iniciado el punto de partida de la discusión para la creación del Marco Común de Referencia en Europa por parte del Parlamento Europeo⁴⁹.

c. Los Principios Latinoamericanos de los Contratos. Los Principios Latinoamericanos de los Contratos buscan un compromiso entre la identidad del derecho de los contratos en Latinoamérica y la innovación. En palabras del profesor Pizarro, se busca un compromiso por la identidad por cuanto “debemos identificar nuestra identidad jurídica regional, lo que nos permitirá evitar caer en repeticiones de otros esfuerzos de esa índole ejecutados en Europa”, y busca un compromiso con la innovación por cuanto mejora “lo que se haya realizado en otras latitudes. De nada serviría reproducir unos Principios para nuestros países que reflejaran lo ya hecho en los Principios Europeos de los Contratos. Sería un trabajo inútil y absurdo”⁵⁰. Para su elaboración se utilizaron como fuentes la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino, la propuesta de reforma de contratos dirigida por el profesor François Terré; e instrumentos de *soft law* como los PECL y los principios UNIDROIT⁵¹.

⁴⁸ THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (2003). *Principles of European Contract Law. Part III*. La Haya: Kluwer Law International. Prefacio.

⁴⁹ VON BAR, C. (2008). *Common Frame of Reference for European Private Law-Academic Efforts and Political Realities*. En Tulane European & Civil Law Forum 23 (37). p. 8 Disponible en <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>

⁵⁰ PIZARRO WILSON, C. coord. (2012). *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo Laneri. p. 16.

⁵¹ MORALES MORENO, A. (2014b). *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*. En Anuario de derecho (67): 227-254. p. 230.

El proyecto nace de una propuesta que hiciera el profesor Carlos Pizarro Wilson al profesor Michel Grimaldi -en ese entonces presidente de la Association Henri Capitant- dando inicio al Proyecto *La réforme du droit des contrats en Amérique Latine*, cuyos plazos para elaborarse fueron desde el 2009 al 2012. El proyecto buscaba obtener, mediante un trabajo analítico y crítico, ciertos principios comunes en materia de contratación en Latinoamérica, en el cual intervienen equipos de investigadores de Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay y Venezuela⁵², y contaba además con el apoyo de la *Fondation pour le droit continental*⁵³. Para su elaboración se contemplaban 3 fases de ejecución, la primera a realizarse durante los años 2009 y 2010, consistente en la elaboración por cada país de un informe que dé cuenta del estado actual de su derecho en la contratación. En Chile el informe fue elaborado el año 2010 por los profesores Claudia Bahamondes Oyarzún, Iñigo de la Maza Gazmuri, Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares⁵⁴. La segunda etapa prevista para los años 2010 y 2011, consistía en “el estudio comparado a nivel latinoamericano y europeo de las instituciones contractuales, tanto en lo concerniente a la formación, la ejecución y la inejecución del contrato”⁵⁵. La tercera etapa prevista para los años 2011 y 2012, se debía elaborar una propuesta general de modelo para la reforma del derecho de obligaciones en América Latina, a fin de elaborar los principios latinoamericanos, que luego se contendrán en un proyecto de ley para Chile⁵⁶.

⁵² Fundacionfueyo.udp.cl (2016). *Proyecto sobre Principios latinoamericanos de derecho de los contratos*. Fundación Fernando Fueyo. Consultado el 23 enero de 2016, de <http://fundacionfueyo.udp.cl/proyecto-sobre-principios-latinoamericanos-de-derecho-de-los-contratos/>

⁵³ MORALES MORENO, A. (2014b). op. cit. p. 229.

⁵⁴ BAHAMONDES OYARZÚN, C.; DE LA MAZA GAZMURI, I.; PIZARRO WILSON, C. & VIDAL OLIVARES, Á. (2010). *Proyecto Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos. Informe Chile*.pdf, en: http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/catedra_der_cont_informe_chile.pdf.

⁵⁵ Fundación Fernando Fueyo (2009). *Proyecto “La réforme du droit des contrats en Amérique Latine” (2009–2012)*. Recuperado en 24 de enero de 2016, de http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/6_Proyecto.pdf. Esta etapa concluyó con la publicación del libro “El derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)”, coordinado por el profesor Carlos Pizarro Wilson [Pizarro Wilson, C. (2012) (Coord.). *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de derecho de los contratos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.]

⁵⁶ Ídem.

3. Conclusiones al capítulo I

1. El crecimiento del comercio internacional a partir de la revolución industrial y la globalización ha generado un crecimiento en el comercio internacional con relaciones cada vez más complejas. Esto ha llevado un proceso de uniformidad del derecho aplicable a las relaciones internacionales con el objeto de facilitar el comercio internacional y reducir los costos de negociación de los contratos.
2. Este proceso se llevó a partir de dos aristas, organizaciones gubernamentales mediante la creación de tratados internacionales (*hard law*), cuyo logro de mayor trascendencia ha sido la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería. Y como segunda arista, la elaboración de textos que sirven como leyes modelos o cláusulas tipos (*soft law*) por parte de organismos privados o grupos de académicos. Los trabajos de mayor trascendencia son los principios UNIDROIT y los PELC.
3. Las fuentes principales del NDCCH son los textos de Derecho Uniforme. Sin embargo, el Derecho Uniforme es producto de un diálogo intrafronterizo, con el fin de aunar reglas y conciliar las tradiciones jurídicas entre el *common law* y el *civil law*; así como de los sistemas jurídicos de cada país. Por otro lado, su regulación está destinada a relaciones entre comerciantes internacionales, personas que tienen igual capacidad de negociación y gran sustento económico (partes predominantes en el comercio internacional a la época de dictación de los principales instrumentos de regulación internacional)⁵⁷. Según lo que hemos expuesto, el Derecho Uniforme no es necesariamente la mejor regulación para el Derecho de Contratos. Por lo mismo, es necesario revisar la propuesta del NDCCH con un ojo crítico al momento de importar regulaciones de los textos del Derecho Uniforme.
4. Pero no hay que desconocer la importancia de los textos de Derecho Uniforme, sobre todo por su influencia en los diversos escritos jurídicos, lo que genera que sea una fuente de análisis y estudio de gran importancia.

⁵⁷ Es interesante que, a medida que un mayor número de personas hay accedido al comercio internacional (especialmente por compras de productos por internet o a través del turismo), la regulación en ciertos sectores se ha modificado con el objetivo de proteger a estas personas que no detentan igual capacidad de negociación y poder económico.

CAPITULO II. PROBLEMAS CONCEPTUALES RELACIONADOS CON LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento es el presupuesto base para solicitar la resolución por incumplimiento tanto en el entendimiento tradicional chileno como en el Derecho Uniforme, por lo conviene hacer una breve revisión a su concepto.

Además estudiaremos dos concepciones de la resolución por incumplimiento: la planteada por la doctrina tradicional chilena; y la contenida en el Derecho Uniforme.

1. Los problemas del concepto de incumplimiento

Debemos tener presente que nuestro Código Civil tiene una larga data, extendiendo su aplicación por más de ciento cincuenta años y que, al tiempo de su dictación, su normativa en materia obligaciones y efectos se estructuró a partir del modelo de las obligaciones unilaterales circunscritas a la de entrega de una especie o cuerpo cierto⁵⁸.

Hoy en día, debido a la masificación en la contratación y de la producción en serie, algunos autores plantean una crisis del paradigma contractual actual⁵⁹. Producto de lo anterior, se ha producido un cambio en el modelo obligacional dando paso a la preminencia de obligaciones de objeto fungible, las cuales pueden consistir en obligaciones de dar una cosa genérica o de hacer que no sea personalísima⁶⁰.

1.1. Tratamiento de la doctrina clásica chilena

Nuestro Código Civil carece de una definición de incumplimiento⁶¹, sin embargo la doctrina lo ha dotado de contenido integrándolo con el modelo seguido por las normas de las

⁵⁸ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. pp. 4-5.

⁵⁹ Cfr. PORTO MACEDO, R (2006). *Contratos relacionales y defensa del deudor*. Buenos Aires: Ed. La Ley. pp. 9-13.

⁶⁰ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. p. 10-12.

⁶¹ Cfr. MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit. pp. 79-77.

obligaciones unilaterales de especie o cuerpo cierto, y lo ha caracterizado a partir de un modelo subjetivo, que implica reproche a la conducta del deudor⁶². Los supuestos de incumplimiento se han extraído a partir de la norma contenida en el art. 1556 CC, que reconoce: falta total de cumplimiento, cumplimiento imperfecto y cumplimiento tardío. Situaciones tales como imposibilidad inicial o sobreviniente no tendrían cabida en sede de incumplimiento, teniendo sanciones especiales como nulidad o extinción de la obligación, respectivamente⁶³. Por otro lado, pese a la dicotomía entre título y modo de adquirir, nuestro ordenamiento contempla la denominada “teoría de los riesgos” en el art. 1550 del CC, en virtud de la cual se determina que el acreedor siempre soportará la pérdida de la especie o cuerpo cierto, pese a no ser dueño, salvo las excepciones legales⁶⁴. Esta institución ha sido cuestionada en nuestra legislación⁶⁵ como también, por ejemplo, en la codificación española⁶⁶.

La doctrina tradicional mantiene una noción “subjetiva” del incumplimiento, exigiendo que éste sea imputable a dolo y culpa del deudor, por lo que se concibe como un sistema culpabilístico en el cual lo que se pretende es sancionar la conducta del deudor⁶⁷, erigiéndose como un sistema de responsabilidad civil contractual a partir de la comisión de un “ilícito

⁶² Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). Las obligaciones. 6° ed. Santiago: LegalPublishing. pp. 923-924; FUEYO LANERI, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 3° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 259.

⁶³ En el primer caso por falta de objeto en el contrato, de acuerdo al art. 1682, sin perjuicio de los partidarios de la inexistencia; en el segundo como manera de extinguir las obligaciones, de acuerdo al art. 1567 n° 7.

⁶⁴ Estas excepciones consisten en: si el deudor se encontraba en mora de entregar la cosa, o en el caso de que se haya comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas. En concordancia con lo anterior, el art. 1672 señala que si la cosa perece por culpa o “durante la mora” del deudor, la obligación subsistirá, cambiando de objeto. No obstante lo anterior, existe una contra excepción en cuanto, de estar el deudor en mora y pereciendo la cosa por caso fortuito, este no responderá si dicho caso fortuito hubiese sobrevenido de igual forma estando la cosa en poder del acreedor.

⁶⁵ BARROS BOURIE, E. (2008). *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor). Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil. Santiago: LegalPublishing. p. 421.

⁶⁶ En ese sentido los arts. 1182 y 1184 del Código Civil español. Cfr. PALAZÓN GARRIDO, M. (2014). *Los remedios ante el incumplimiento en el Derecho comparado*. Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi. pp. 119-121.

⁶⁷ Cfr. BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p. 422.

civil”⁶⁸. Se ha señalado que parte de esta inclinación se debe al tratamiento de la responsabilidad contractual a propósito de la indemnización de perjuicios⁶⁹.

Abeliuk, como exponente de las enseñanzas de Alessandri y Vodánovic, sintetiza y comienza a configurar un sistema de responsabilidad sobre la base del incumplimiento del deudor. El incumplimiento tradicionalmente se había estudiado a propósito del pago, pero Abeliuk lo comienza a articular en relación a los efectos de las obligaciones como un sistema de responsabilidad contractual. El autor plantea la situación del incumplimiento *a contrario sensu* de las normas del pago expresando que corresponde a “la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella”⁷⁰, reconociéndose sus modalidades en las situaciones descritas en el art. 1556 del CC⁷¹. En cuanto al rol de la culpa el autor señala que en principio el incumplimiento sería objetivo, no obstante “a la ley no le puede ser indiferente la razón, la causa que lo provoca. Por ello se toma en cuenta el elemento subjetivo de la actuación del deudor, para determinar su responsabilidad”⁷², considerando de esta forma el elemento subjetivo a la hora de catalogar el incumplimiento que hará civilmente responsable al deudor⁷³. Fernando Fueyo, siguiendo la obra de Puig Peña, califica al incumplimiento como un “situación antijurídica” y en ese sentido lo aborda como un “acto injusto”⁷⁴, atribuyéndose la infracción del ordenamiento jurídico a un “presupuesto subjetivo situado en la persona del autor, por *actuación dolosa o culposa* de éste”⁷⁵.

En cuanto a la imputabilidad del incumplimiento este puede ser doloso o culpable y en ese sentido “es doloso cuando el deudor no cumple deliberadamente la obligación; es culpable,

⁶⁸ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). *Las obligaciones. 5º ed.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 809 y CÁRDENAS VILLAREAL, H. (2011b). *El ilícito contractual. Reflexiones preliminares a propósito de la revisión del concepto de la responsabilidad contractual.* En ARAMBURO, M. (coordinador). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo.* t. 2. Bogotá: Diké. pp. 719-723. Este último autor concluye que el tratamiento nacional entiende el sistema de responsabilidad a través de un sistema por “ilícito contractual”.

⁶⁹ Cfr. MORALES MORENO, A. (2006). *op. cit.* pp. 39-40.

⁷⁰ ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). *op. cit.* p. 923.

⁷¹ Cfr. Ídem.; FUEYO LANERI, F. (2004). *op. cit.* p. 252.

⁷² ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). *op. cit.* 925.

⁷³ Cfr. Ídem.

⁷⁴ Cfr. FUEYO LANERI, F. (2004). *op. cit.* pp. 256-260 y CÁRDENAS VILLAREAL, H. (2011b). *op. cit.* pp. 719-723.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 259.

si proviene de su descuido o negligencia”⁷⁶, no siendo imputable cuando “cuando es el resultado de un hecho completamente extraño al deudor, esto es, de un caso fortuito o fuerza mayor”⁷⁷.

Dentro de los argumentos de la exigibilidad de la culpa se ha señalado el carácter de “injusto” o “antijurídico” del incumplimiento⁷⁸ y lo prescrito en los arts. 1489, 1552 y 1557 del CC, al hacer extensible la aplicación de la puesta en mora a otros mecanismos, como es el caso de la resolución por incumplimiento o del cumplimiento específico. Esta interpretación sería coherente con lo dispuesto en los arts. 1826 y 1873 del CC, donde se consagra expresamente “el hecho o culpa” del vendedor y la necesidad de puesta en mora para ejercer los mismos derechos del art. 1489⁷⁹.

En cuanto al ejercicio de la resolución por incumplimiento, la jurisprudencia nacional ha sostenido que es requisitos de ésta acción que el incumplimiento sea imputable al deudor⁸⁰, pero no realizan análisis de la imputabilidad. Señalan por ejemplo que “en referencia a la imputabilidad del incumplimiento, debe ser voluntario e imputable, es decir, con dolo o culpa del deudor, no siendo procedente la resolución si ha mediado caso fortuito o fuerza mayor por cuanto, en tal caso, se habrá extinguido la obligación por otro modo de poner término a la misma como es la imposibilidad en el cumplimiento”⁸¹.

En una causa conocida por la Corte de Apelaciones de La Serena se consideró la diligencia empleada para rechazar la acción resolutoria. El caso trata de un contrato de compraventa de un inmueble, que se incluyó una cláusula que declaraba que el bien está libre de hipotecas y gravámenes. Después de la venta, el comprador se percató que hay una hipoteca inscrita, y demanda (reconvencionalmente) de cumplimiento forzado. La Corte, en relación a la

⁷⁶ MEZA BARROS, R. (2007). *De las obligaciones*. 10° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 121.

⁷⁷ Ídem., en el mismo sentido ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 924.

⁷⁸ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 927; FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. pp. 258-260.

⁷⁹ Cfr. MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. pp. 42-43.

⁸⁰ Ver Corte Suprema, caratulado G y D Producciones Limitada con Ilustre Municipalidad de Arica, rol n° 4759-13, sentencia de fecha 26.11.2013, cons. 3°; Corte Suprema, caratulado Díaz Iriondo, Andrés con Sociedad Comercializadora de Áridos Melo y Yáñez Limitada, causa rol n° 4503-2012, sentencia 31.08.2012 cons. 8°; Corte Suprema, causa Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adepex Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A., rol n° 1180-11, sentencia de fecha 31.01.2012, cons. 6°; Corte Suprema, causa Chen Chi Shieh con Banco Bilbao Viscaya Argentaria Chile y otro, rol n° 1072-10, sentencia de fecha 30.12.2011, cons. 5°.

⁸¹ Corte Suprema, causa Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adepex Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A., rol n° 1180-11, sentencia de fecha 31.01.2012, cons. 6°.

acción de cumplimiento, señaló que “el comprador pudo y debió tomar conocimiento de la existencia de la hipoteca a favor de Enami con el despliegue de una diligencia mínima destinada a examinar los títulos correspondientes”⁸².

1.2. El tratamiento en el Derecho Uniforme y la recepción del NDCCH

A-El Derecho Uniforme. El Derecho Uniforme estructura su modelo a partir de las obligaciones con objeto fungible -tanto en obligaciones de dar como de hacer no personalísimas- y, a la hora de catalogar el incumplimiento, lo hace desde una noción amplia atendiendo a una unificación en los supuestos del mismo. Lo anterior se fundamenta principalmente en las necesidades del comercio internacional de tener una regulación práctica que facilite el intercambio, generando así un concepto general y unitario. Se pueden enunciar a la CISG donde, por una parte, se recoge un principio de conformidad en cuanto el vendedor “será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista...”⁸³ entendiéndose por conformidad que la cantidad, calidad y tipo de las mercaderías correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato⁸⁴, estableciéndose condiciones para alegar la misma. Por otro lado, la CISG dispone que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que emanen del contrato o de la Convención, tanto por el comprador o el vendedor, darán lugar a las opciones contenidas en los arts. 45 y 61; los PECL expresan que incumplimiento denota “cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el incumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”⁸⁵, donde desde ya se califica de incumplimiento una situación pese a que esté “justificada” -quitando así el elemento subjetivo- como también situaciones de incumplimiento imperfecto y tardío, incorporándose una novedad en cuanto el “deber de colaborar”; los UPICC

⁸² Corte de Apelaciones de La Serena, caratulado Empresa Minera Oriel Jeraldo y Cia. Ltda. con Comercial Minera San Cristóbal Ltda., rol n° 612-2013, sentencia fecha 20.05.2014, cons. 4°.

⁸³ Art. 36.

⁸⁴ Cfr. Art. 34.

⁸⁵ Art. 1:301 (4).

consideran al incumplimiento como “falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales”⁸⁶.

Es apreciable la carencia de consideración del elemento subjetivo, donde la fórmula apunta a un concepto amplio atendiendo principalmente a la previsibilidad⁸⁷, sin importar si se debe a una falta del deudor, comprendiéndose situaciones de imposibilidad sobrevenida aunque no sean imputables a culpa⁸⁸. No obstante, la regla se encuentra matizada en las disposiciones de los PECL, donde en casos de impedimentos totales y permanentes el deudor no responderá⁸⁹, misma situación que recoge el Marco Común de Referencia, donde si el impedimento es permanente y excusable, se extinguirá la obligación⁹⁰.

B-La recepción del NDCCH. El NDCCH, recogiendo la experiencia del Derecho Uniforme y la Modernización del Derecho de las Obligaciones de España, propone un concepto amplio y unitario del incumplimiento que se traduce principalmente en un problema de satisfacción o insatisfacción del interés de las partes contratantes⁹¹. El concepto es amplio, por cuanto comprende todas las situaciones donde existe un desajuste entre lo esperado y lo obtenido, e iría en aras de establecer un cuadro de remedios frente al mismo.

Este concepto amplio y unitario de incumplimiento es cualquier “desviación” del programa contractual establecido, prescindiendo de factores como la culpa o de situaciones tales como la imposibilidad inicial o sobrevenida⁹² y el caso fortuito⁹³. De esta forma, la mera insatisfacción del interés del acreedor -generado al no cumplirse el programa establecido-

⁸⁶ De acuerdo al Art. 7.1.1, donde también se contemplan los casos de incumplimientos defectuosos o tardíos.

⁸⁷ Cfr. PALAZÓN GARRIDO, M. (2014). op. cit. 124

⁸⁸ UPICC art. 7.1.1 y CISG arts. 45 y 61.

⁸⁹ PELC art. 9.303 (1) y (4).

⁹⁰ DCFR art. III-3:104 (4)

⁹¹ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2009b). *La noción de incumplimiento esencial en el “Código Civil”*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (32): 221-258. pp. 232-233; MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit. pp. 108 a 112.

⁹² Cfr. MORALES MORENO, A. (2014a). *Claves para la modernización del derecho de contratos*. En Estudios de Derecho de Contratos. Formación, Cumplimiento e Incumplimiento. Santiago: LegalPublishing. pp. 40-53; y JORDANO FRAGA, F. (1988). *La responsabilidad contractual (primer y último repaso)*. En Anuario de Derecho Civil 41(3): 817-836. p. 821.

⁹³ MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit. pp. 118-120; VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. p. 233; PRADO LÓPEZ, P. (2013). op. cit. p. 222.

provocará incumplimiento por parte del deudor. Proponen este nuevo concepto mediante una reinterpretación de las normas a propósito del pago, principalmente los arts. 1568 y 1569 del CC⁹⁴, en virtud de los cuales la obligación se cumple mediante “el pago efectivo”, que es la prestación de lo que se debe, y se debe hacer “en conformidad al tenor de la obligación”, que deberá entenderse como el fin práctico establecido por las partes.

El incumplimiento lo grafican distinguiendo entre objeto ideal y objeto real. El primero corresponderá al “deber ser” o el “cómo debe ser”, es decir, el fin que se persigue con la celebración del contrato y que se espera recibir; el segundo al “como es”, es decir, la prestación misma realizada por el deudor⁹⁵. La satisfacción se verá en la identidad entre ambos objetos, de lo contrario habrá insatisfacción, lo que dará lugar al incumplimiento. Producido el incumplimiento se faculta al acreedor a accionar con cualquiera de los remedios que la ley dispone ante el incumplimiento, sin perjuicio de los requisitos propios que pueda tener cada remedio.

El NDCCH configura un concepto amplio, unitario y objetivo de incumplimiento, ausente de dolo o culpa (salvo el remedio indemnizatorio)⁹⁶. Se busca erradicar cualquier consideración de la conducta del deudor en pos del interés del acreedor y su protección, con lo que cualquier desviación en el programa ideal o insatisfacción en el interés del acreedor constituirá incumplimiento. Señalan que la consideración de la culpa o dolo en la resolución por incumplimiento traería aparejada una serie de consecuencias, a saber:

a) La exigencia de un requisito adicional en un mecanismo en el que *a priori* no resulta gravitante la conducta del deudor, lo que condicionaría, además, cualquier mecanismo de protección frente al incumplimiento a la conducta de la parte incumplidora⁹⁷.

b) La consideración de la culpa, en cuanto requisito de la mora (como se desprende del art. 1552), imposibilitaría la resolución en el caso que ambos contratantes no hayan cumplido con su parte. Esto se puede ver -sin perjuicio de su estudio y desarrollo posterior- en dos

⁹⁴ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2009b). op. cit. pp. 235-236; MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit. pp. 113-114.

⁹⁵ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2009b). op. cit. p. 229. En el mismo sentido: CORRAL TALCIANI, H. (2010). op. cit. p. 154.

⁹⁶ Cfr. PIZARRO WILSON, C. (2008). op. cit. pp. 398-399

⁹⁷ Cfr. MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit. pp. 461-462.

hipótesis: en un primer supuesto en el evento que ambas partes hayan incumplido no se podrá resolver el contrato, ya que ninguna habría cumplido o estaría llana a cumplir, pese a que ninguna pudiese estar interesada en continuar con el vínculo; en un segundo, no habiendo cumplido ambas partes y solicitando una la resolución, la otra podría ampararse en el art. 1552 y oponer la denominada “excepción de contrato no cumplido”.

c) Se ha señalado asimismo que la exigencia de culpa guarda relación con el principio *favor debitoris*⁹⁸, el cual no iría en armonía con la actividad económica en los tiempos contemporáneos⁹⁹, ya que entrabaría la actividad comercial, tomando en cuenta el nuevo modelo de contratación en masas y la rapidez del comercio.

La exclusión de la culpa se hace al tenor de los arts. 1568 y 1569, los que se deben complementar con el art. 1828 en el cual se contempla la obligación del vendedor a entregar “lo que reza el contrato”, unido, además, al hecho de que en los arts. 1489 y 1556 en ningún momento hacen alusión alguna a la necesidad de culpa.

Podemos señalar que un entendimiento objetivo del incumplimiento puede acarrear que:

a) En cualquier caso en que no se lleve a cabo la prestación habrá incumplimiento. Así el acreedor podrá optar por cualquiera de los mecanismos que se establecen en su favor en caso de incumplimiento, pese a que haya sido intención del deudor cumplir y aún lo quiera¹⁰⁰, lo que tendrá relevancia a propósito de la enervación de la resolución por incumplimiento a través del pago por consignación.

b) El incumplimiento objetivo absorbería las situaciones de imposibilidad sobreviniente, en las que el deudor, pese a puedan ser ajenas a su querer, seguirá vinculado por el contrato y el acreedor tendrá a su disposición los mecanismos que establece la ley¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2007a). *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista*. Revista Chilena de Derecho (34): 41-59. p. 256.

⁹⁹ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. pp. 11-14.

¹⁰⁰ Sin perjuicio de lo que se verá más adelante.

¹⁰¹ Cfr. DIEZ-PICAZO, L. (1969). *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*. Anuario de Derecho Civil 22 (2): 383-404. pp. 385-387.

c) No habría lugar a la denominada “teoría de los riesgos” que se encuentra consagrada en nuestra legislación¹⁰², por lo que el deudor será quien cargará con los riesgos de la pérdida, lo que lleva a plantearse la equidad de la solución.

e) Sin perjuicio del gran auge que ha tenido la distinción entre las obligaciones de medio y resultado, la propuesta del NDCCH parece obviar este tipo de obligaciones, teniendo gran relevancia en algunas aristas específicas, como la responsabilidad médica¹⁰³.

d) Surgen dudas respecto a la institución de la mora en la elaboración del nuevo concepto de incumplimiento, la que también quedaría absorbida en el concepto amplio de incumplimiento¹⁰⁴.

2. El problema del concepto de “incumplimiento resolutorio”. Dos concepciones de la resolución por incumplimiento

En esta parte estudiaremos dos concepciones¹⁰⁵ de la resolución por incumplimiento, la planteada por la doctrina tradicional chilena; y la contenida en el Derecho Uniforme. Para ello estudiaremos su concepto, naturaleza jurídica, tipo de contrato en la que procede, tipo de incumplimiento que habilita la resolución, necesidad de imputabilidad del incumplimiento, efectos y su forma de ejercicio. Frente a las dos concepciones, el NDCCH propone una solución a partir de una relectura y reinterpretación de las normas del Código Civil, tomando como punto de partida el interés del acreedor.

2.1. Del modelo de la condición resolutoria tácita al modelo de remedio contractual

A-Clásicos. El modelo para explicar la naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento es el modelo de la “clasificación de las obligaciones”. En este sentido, la

¹⁰² Cfr. MORALES MORENO, A. (2006). op. cit. pp. 33-34

¹⁰³ Cfr. CÁRDENAS VILLAREAL, H. (2011a). *La reinterpretación del artículo 1547 del Código Civil chileno: el fin de una antigua presunción*. En Revista de Derecho Universidad del Norte (36): 87-215.

¹⁰⁴ Cfr. MORALES MORENO, A. (2006). op. cit. pp. 36-38.

¹⁰⁵ Las concepciones son diversas ideologías jurídicas que componen imágenes del Derecho. AGUILO-REGLA, J. (2015). *Fuentes del derecho*. En FABRA ZAMORA, J. y RODRÍGUEZ BLANCO, V. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, volumen dos*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas: 1019-1066. p. 1023.

resolución por incumplimiento la estudian a partir de las obligaciones modales, específicamente a partir de las obligaciones condicionales resolutorias (en la cual distinguen la ordinaria y la tácita)¹⁰⁶. Sin embargo, no es que los autores clásicos hayan decidido adoptar este modelo, sino es el modelo que, a su entender, aplica el Código Civil chileno. Lo anterior debido a la ubicación del art. 1489 (artículo que se configura como una recepción del art. 1184 del Código Civil francés, que establece que en los contratos bilaterales *va implícita la condición* de no cumplirse lo pactado) en el título IV del libro IV del CC, titulado “De las obligaciones condicionales y modales”.

En tal sentido, el modelo que ofrecen es consecuencia del análisis exegético del art. 1489 CC, con lo cual señalan que la condición resolutoria tácita consiste “en no cumplirse lo pactado, de tal modo que el hecho futuro e incierto es el incumplimiento de una obligación”¹⁰⁷. Ducci Claro agrega que es “una condición subentendida por la ley y que consiste en la regulación del contrato bilateral por incumplimiento de su obligación por una de las partes”¹⁰⁸, y Vial del Río precisa que “la condición se llama tácita cuando no son las partes en un contrato quienes estipulan la condición resolutoria, sino es la propia ley la que la considera como una cosa de la naturaleza de los contratos bilaterales”¹⁰⁹. La condición resolutoria tácita sería, por consiguiente, una “condición negativa y simplemente potestativa”¹¹⁰. No obstante, en cuanto la concepción de la resolución a partir de las obligaciones modales, varios autores previenen diferencias con la condición resolutoria ordinaria¹¹¹, señalan que “[s]u índole es clarísima y no se puede dudar

¹⁰⁶ En este sentido ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. pp. 643-644; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. p. 195; y MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 41.

¹⁰⁷ MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 41. en el mismo sentido: ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. pp. 643-644; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. p. 195;

¹⁰⁸ DUCCI CLARO, C. (2010). *Derecho civil parte general*. 4° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 369; en el mismo sentido: RAMOS PAZOS, R. (2008). *De las obligaciones*. 3° ed. Santiago: LegalPublishing. p. 156.

¹⁰⁹ VIAL DEL RÍO, V. (2003a). *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*. Santiago: Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello. p. 60. En el mismo sentido: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. p. 195; CLARO SOLAR, L. (1936). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. t.10. Santiago: Imprenta Nacimiento. p. 34; CLEMENTE FABRES, J. (1902). *Instituciones de Derecho Civil chileno*. 2° ed. t.2. Santiago: Imprenta y librería Ercilla. p. 95; DUCCI CLARO, C. (2010) op. cit. p. 369; RAMOS PAZOS, R. (2008). op. cit. p. 162;

¹¹⁰ MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 41.

¹¹¹ El autor señala cuatro principales diferencias entre la condición resolutoria ordinaria y el pacto comisorio tácito, sienta tales: a) La resolución del contrato no ocurre *ipso iure*, sino por declaración del juez; b) La parte respecto de la cual no se ha ejecutado el contrato tiene el derecho, o de pretender su cumplimiento o de pedir la resolución con daños y perjuicios; c) La resolución debe pedirse al tribunal; y d) El tribunal además de rehusarla en absoluto,

de que en vez de colocarse entre las modificaciones accidentales de los contratos, debe incluirse entre los efectos derivados por el ministerio de la ley de los contratos sinalagmáticos”¹¹². Y explican que la ubicación de la resolución por incumplimiento es debido a un error de interpretación del Código Civil francés¹¹³.

Apartado de la concepción anterior, López Santa María señala que la resolución por incumplimiento es un beneficio que concede la ley al acreedor cuando su crédito no ha sido satisfecho¹¹⁴. Expresa que puede “traducirse como un privilegio para el acreedor de la obligación emanada del contrato bilateral, pues aniquilada retroactivamente la convención podrá recuperar el cuerpo cierto que había entregado, y que todavía se halla en patrimonio del fallido, sin tener que repartir nada con los otros acreedores concursales”¹¹⁵.

Adicionalmente, existe una regulación especial en el art. 1826 inciso segundo CC a propósito del contrato de compraventa, según el cual en el caso de retardo en la entrega el comprador podrá, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistirse de éste, pudiendo resolverse ipso facto; en los artículos 1877 a 1880 CC se regula la resolución a propósito del pacto comisorio, donde sin perjuicio de las reglas generales se puede resolver *ipso facto*; en otros contratos como el arrendamiento (art. 1938 CC) donde el arrendatario es obligado a dar el uso estipulado, so pena de que el arrendador pueda solicitar su terminación y en el mandato (art. 2159 CC) donde en caso que el mandante no cumple con su encargo, se autoriza a mandatario para desistir del mismo.

La jurisprudencia no resulta ser ajena a la concepción de la resolución por incumplimiento como una condición resolutoria tácita, así la Corte Suprema en: caratulado *Quiero con Sociedad de Turismo Concepción S.A.*, causa rol n° 1127-2012, sentencia de reemplazo 26.09.2012, señaló:

puede conceder a la parte que no la ha cumplido un término para ejecutar el contrato. Cfr. CLARO SOLAR, L. (1936). op. cit. p. 164.

¹¹² Ibíd. p. 165. En el mismo sentido: ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 635; ELGUETA ORTIZ, A. (1947). *La resolución y el incumplimiento recíproco* (Memoria de Licenciatura). Universidad de Chile, Santiago; ELGUETA ANGUITA, A. (1981). *Resolución de contratos y excepción de pago*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

¹¹³ Cfr. Ibíd. p. 29.

¹¹⁴ Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, J. (1986). *Los contratos parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 421.

¹¹⁵ Ibíd. pp. 419-420.

“PRIMERO: Que siendo que la acción intentada por la parte demandante en estos autos, con ocasión de la celebración de un contrato de compraventa, es la acción resolutoria que emana de la denominada condición resolutoria tácita de que trata el artículo 1489 del Código Civil -condición que va envuelta en todo contrato bilateral por ser una cosa de la naturaleza de este tipo de convenciones, al tenor del artículo 1444 del mismo Código- antes que todo conviene precisar los requisitos necesarios para que ésta pueda ser entablada en condiciones de prosperar”.

También en *Gonzalo Romero Acuña con Italmod S.A.*, causa rol n° 3320-2012., sentencia de reemplazo 10.12.2012, preciso:

“TERCERO: Que el artículo 1489 de nuestro Código Civil contiene la denominada condición resolutoria tácita en tanto señala que: ‘En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado’, de lo cual se desprende que la condición que subentiende la ley es el incumplimiento de lo pactado, siendo su efecto entonces la extinción del derecho por haberse cumplido el hecho futuro e incierto consistente en el incumplimiento de lo pactado en un contrato bilateral; por consiguiente la condición se realiza, sea que una de las partes no cumpla en absoluto la obligación contraída, sea que únicamente la cumpla en una parte y deje de cumplirla en el resto, o que cumpla una de las obligaciones y deje de cumplir otras’(sic). De lo anterior se desprende que es posible definirla 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 envuelta”.

B-Derecho Uniforme. Los principales textos de Derecho Uniforme estudian la resolución por incumplimiento a partir de los “remedios contractuales” que posee el acreedor frente al deudor. No definen lo que debe entenderse por resolución por incumplimiento, pero de

su texto se puede desprender que es un remedio contractual extrajudicial¹¹⁶ frente al incumplimiento del deudor que tiene por finalidad liberar a ambos contratantes de sus obligaciones, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida¹¹⁷.

Como se puede apreciar, a diferencia de cómo se concibe a nivel nacional, existe uniformidad en los distintos tratados internacionales en otorgar a la resolución por incumplimiento una noción a partir de los efectos del incumplimiento, con lo que se observa una regulación más coherente que entenderla a partir de las obligaciones modales como lo hace nuestro Código Civil¹¹⁸. Sin embargo, para efectos prácticos la diferencia es sólo en el orden en su estudio, ubicación y una mayor claridad en las normas que la regulen, no teniendo relevancia en la aplicación de fondo de la institución.

La doctrina nacional no resulta ser ajena a lo anterior y comenzó a reconocer la pertinencia de entender a la resolución dentro de los efectos del incumplimiento y no a propósito de las obligaciones condicionales¹¹⁹, lo que viene a ser resaltado por el NDCCH, no existiendo mayor novedad en este punto.

2.2. Del modelo simple, al modelo complejo

A-Clásico. Al tenor de lo que dispone el art. 1489 del CC cuando señala que “en los contratos bilaterales va envuelta...” se desprende que es requisito de la acción de que se trate de un contrato bilateral. La doctrina nacional mayormente estaría conteste en este punto, salvo la opinión de Claro Solar, quien es partidario de la procedencia de igual forma en los contratos unilaterales¹²⁰, no obstante su tesis ha sido descartada principalmente por lo explícito del artículo citado y porque tratándose de contratos unilaterales el Código Civil contiene una

¹¹⁶ En tal sentido: el art. 26 de la CISG y el art. 9:303 de los PECL y el art. 7.3.2 UPICC y el art. 114.1. del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía.

¹¹⁷ En tal sentido: el su art. 81 de la CISG, el art. 9:305 de los PECL y l art. 7.3.1. UPICC.

¹¹⁸ Cfr. FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. pp. 297-298.

¹¹⁹ Cfr. *Ibíd.* pp. 251-252.

¹²⁰ El autor sostiene principalmente que el Art. 1489 no excluye la posibilidad de resolución en los contratos unilaterales y que en el Código Civil habrían disposiciones que contemplan la resolución también para los contratos unilaterales, como los Arts. 2177, 2271 y 2396 del CC. En CLARO SOLAR, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. t.10. Santiago: Editorial Jurídica. pp. 156-169.

regulación especial¹²¹, por lo que la discusión no tendría mayor relevancia, sin perjuicio de que puedan surgir contratos unilaterales que no la contemplen, como es el caso del mutuo.

Lo anterior ha sido ampliamente compartido por la jurisprudencia¹²², sin perjuicio de la postura de Vial del Río en un fallo de la Corte Suprema del año 2012, quien en voto disidente es partidario de reconocer la resolución de los contratos unilaterales¹²³.

B-Derecho Uniforme. Los instrumentos de Derecho Uniforme no se pronuncian sobre este punto, por lo que la resolución por incumplimiento se puede solicitar tanto en los contratos unilaterales como bilaterales. Como hemos mencionado, la resolución es un instrumento frente al incumplimiento del deudor, no siendo relevante el tipo de contrato para determinar su procedencia.

¹²¹ Así el comodato, en el art. 2177 CC, en caso de contravención permite la “restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo”; en el caso del depósito, el art. 2226 CC, se dispone que la restitución es “a voluntad del depositante” y que de estipularse un plazo sería obligatorio para el depositario; y en cuanto a la prenda, el art. 2396, prescribe que en caso de abuso de la cosa, se pierde el derecho sobre ella y el deudor podrá solicitar la restitución inmediata.

¹²² Cfr. Corte Suprema, caratulado Parra Riffo Héctor con Rafide Morales Juan, causa rol n° 1744-2008, sentencia de remplazo 19.08.2009 considerando 6°; Corte de Apelaciones de Concepción, caratulado Quiero Ponce Jaime Gonzalo con Sociedad De Turismo Concepción, causa rol n° 909-2011, sentencia 21.12.2011 considerando 9°.

¹²³ Vial del Río en causa rol n°1519-2012, en autos caratulados Jara con Banco del Estado de Chile, sentencia de fecha 22 de junio de 2012 de la Corte Suprema señala:

“a) El derecho a demandar la resolución de un contrato unilateral no se encuentra en la disposición del artículo 1489 del Código Civil, que inequívocamente circunscribe su campo de aplicación a los contratos bilaterales, como lo menciona expresamente el precepto.

b) Si bien no existe en el articulado del Código Civil una disposición que otorgue a la contraparte de la infractora de obligación del contrato unilateral el derecho de perseverar o desistirse del mismo, entablando en este último caso la acción resolutoria, dicho vacío legal puede integrarse sobre la base de los principios generales en materia de indemnización de perjuicios. En efecto, es perfectamente posible que el acreedor del contrato unilateral, enfrentado al incumplimiento de la única parte obligada, no satisfaga su interés con la ejecución forzada, y que su pretensión no sea otra que la de obtener la indemnización compensatoria que sustituya a la obligación infringida. Sin embargo, para que se pueda demandar dicha indemnización, es necesario que se extinga la obligación que el deudor no ha cumplido, siendo obvio que no basta para dicho efecto con el mero hecho del incumplimiento. El modo natural de extinción de la obligación es la resolución del contrato unilateral, pues de esa manera encuentra pleno fundamento la petición de la indemnización que la sustituya o reemplace. Si no se extinguiera la obligación por la resolución del contrato, cabría considerarla subsistente, y es abiertamente contrario a los principios que rigen la indemnización de perjuicios que pueda pedirse una pena compensatoria por una obligación que no se ha extinguido.”

2.3. Del modelo del tipo de incumplimiento que habilita a resolver el contrato, al modelo del incumplimiento esencial

A-Clásico. El modelo señala que el análisis del incumplimiento se realiza en virtud del contenido del contrato. No hay norma expresa que señale qué tipo de incumplimiento hace procedente la resolución por incumplimiento, el art. 1489 al respecto resulta ser vago y dispone que “...en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”, sin ahondar o distinguir.

La doctrina tradicional ha señalado que la resolución procede respecto a cualquier incumplimiento¹²⁴, sin importar la magnitud ni relevancia¹²⁵, lo anterior se fundamentaría principalmente en que al no distinguir la ley no correspondería al intérprete¹²⁶, por lo que se concluye que cualquier incumplimiento dará lugar al remedio resolutorio, estableciéndose, inclusive, una obligación al juez de no poder excusarse a pretexto de un incumplimiento parcial¹²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, el desarrollo nacional en esta materia ha experimentado una evolución que se puede sintetizar brevemente de la siguiente forma:

(i) *Periodo exegético:* En esta fase la doctrina hace una interpretación eminentemente literal donde no cabe hacer distinción alguna en el tipo de incumplimiento, ya que, al no distinguir la ley, no sería lícito al intérprete. Así, no se hace distinción entre una obligación secundaria o menos importante respecto de una obligación principal o mayormente relevante¹²⁸.

(ii) *Surgimiento de voces disidentes y la consideración la “gravedad”:* Pese a la amplia recepción de la exégesis, ya se comenzaba a gestar la idea de que no cualquier cumplimiento habilitaría la resolución. Claro Solar, resaltando principios de equidad, señalaba que se podría caer en una postura demasiado absoluta, al considerar que de los efectos del incumplimientos se pueden derivar consecuencias insignificantes y que no necesariamente resulten en perjuicio

¹²⁴ En ese sentido MEZA BARROS, R. (2007) op. cit. p. 43; y SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1939). *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Nascimento. pp. 18-19.

¹²⁵ Para Barros Errazuriz puede tratarse de un incumplimiento total o parcial en la medida que la naturaleza del incumplimiento haya puesto en mora al deudor, en BARROS ERRAZURIZ, A. (1921). op. cit. p. 135.

¹²⁶ Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1939). op. cit. pp. 18-19.

¹²⁷ MEZA BARROS, R. (2007) op. cit. p. 43

¹²⁸ En ese sentido ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. pp. 197-198.

apreciables a la otra parte¹²⁹. De la misma manera Fueyo la descarta al considerarla una postura “extrema e intransigente”, señalando que se debe recurrir a las normas de la reciprocidad y considerando la posible repercusión económica que pudiere tener¹³⁰.

(iii) *Incumplimiento significativo*: Para Augusto Elgueta Anguita la procedencia de la resolución está supeditada a un incumplimiento significativo del contrato. Fundamenta la noción de “interés en obrar” a propósito de la procedencia de la demanda, señalando que no habrá interés si el incumplimiento es insignificante. Si el incumplimiento es insignificante, entonces, no habría interés en obrar y por lo tanto faltaría uno de los requisitos de procedencia de toda acción.¹³¹.

(iv) *Distinciones entre obligaciones principales y accesorias o secundarias o prestaciones esenciales y prestaciones secundarias*: La doctrina comienza a adoptar criterios para habilitar la resolución en torno a la obligación misma, así podemos destacar principalmente a Abeliuk quien distingue entre obligaciones principales y accesorias o secundarias, y señala que no podría resolverse en caso de incumplimiento de las segundas por cuanto “puede dejarse sin efecto un contrato por minucias”¹³². Agrega que tampoco se conformaría con la reciprocidad de las obligaciones, como por ejemplo en el pago del precio y en la entrega de la cosa¹³³.

Pablo Rodríguez, por su parte, distingue entre prestaciones esenciales y prestaciones secundarias. Solo las primeras, entendidas como aquellas sin las cuales no se habrían contratado, facultarán a resolver el contrato en caso de ser infringidas¹³⁴; las segundas, en cambio, al ser accesorias o insignificantes por las consecuencias que pudiesen irrogar a terceros, se limitan al ejercicio del cumplimiento forzado¹³⁵. Para el autor en esta materia rige el principio de

¹²⁹ CLARO SOLAR, L. (1936). op. cit. pp. 190-192.

¹³⁰ FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. p. 312.

¹³¹ ELGUETA ANGUITA, A (1981). op cit. p. 37.

¹³² ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 655

¹³³ Cfr. Ídem.

¹³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, P. (2004). *Sobre la excepción del contrato no cumplido*. En Actualidad Jurídica. (9): 122-130. pp. 122-123.

¹³⁵ Cfr. *Ibíd.* p. 123.

preservación de los contratos y la buena fe contractual, motivo por el cual, no cualquier obligación incumplida debe dar lugar al remedio resolutorio¹³⁶.

La jurisprudencia en este punto no es del todo uniforme, reconociendo varios de los criterios ya señalados precedentemente¹³⁷.

B-Derecho Uniforme. El modelo adoptado por los textos de Derecho Uniforme, si bien también analizan el contenido del contrato, el eje está en los perjuicios que cause tal incumplimiento al acreedor. En este sentido, establecen de forma clara y precisa cuál es el incumplimiento que faculta a resolver el contrato¹³⁸ bajo un criterio general denominado “incumplimiento esencial”¹³⁹. Se configura cuando el incumplimiento “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”¹⁴⁰. Por tanto la determinación del incumplimiento esencial se hace en función de dos criterios: el perjuicio

¹³⁶ Cfr. *Ibíd.* pp. 122-123.

¹³⁷ En el sentido de reconocer cualquier incumplimiento: Corte Suprema, caratulado Constructora Monteverde Ltda. con i. Municipalidad de la Ligua, causa rol n°375-2013, sentencia 26.09.2013 considerando 21°; Corte de Apelaciones de Chillán, caratulado Juvenal Rodríguez Salinas Con Matilde Yáñez Barros, causa rol n° 54-2011, sentencia 02.04.2012 considerando 4°. Por no considerar cualquier incumplimiento: Corte Suprema, caratulado Serviu Región De O’Higgins con Asociación Gremial de dueños de Taxis Tacora, causa rol n°12521-2011, sentencia 21.01.2013 considerando 14°; Corte de Apelaciones de Concepción, caratulado Quiero Ponce Jaime Gonzalo Con Sociedad De Turismo Concepción, causa rol n° 909-2011, sentencia 21.12.2011 considerando 19°.

¹³⁸ El art. 49 de la CI regula esta materia, y señala: 1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado. 2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace: a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega; b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable: i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.

¹³⁹ En tal sentido, se puede consultar los artículos 25, 49-1, 51-2, 64-1, 72-1 y 73 de la CISG y los artículos 8.103, 8.106-3, 9.301 y 9.302 de PELC. Además, sobre Derecho uniformado se puede consultar los arts. 107 y 114 del Proyecto de Pavía y el art. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010. El profesor Peñailillo se pronuncia en tal sentido en PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). *Algunas reformas a la resolución por incumplimiento*. En Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (231-232). p. 22.

¹⁴⁰ Art. 25 de la CISG, de la misma forma el art. 49.

sustancial y la imprevisibilidad. El perjuicio sustancial es el que priva a una de las partes de lo que sustancialmente tenía derecho a esperar en virtud del contrato y debe desprenderse de la de la voluntad de las partes¹⁴¹. Es usual encontrar en el comercio internacional (al igual que en el ámbito nacional) que los contratantes regulen de forma expresa los incumplimientos que serán considerados como esenciales¹⁴². En segundo lugar está la previsibilidad, la cual “se predica del resultado: sólo si el resultado del incumplimiento era previsible, cabe calificar éste como esencial (...) en consecuencia, a efectos de determinar si debió prever el resultado hay que tener en cuenta los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en relación a las expectativas de la otra parte”¹⁴³; en el caso de los PECL se establece que el incumplimiento será esencial si la observancia estricta de la obligación es parte de la causa del contrato, la privación sustancial de lo que se podía esperar en virtud del contrato, salvo que no haya sido previsible y el caso en que el incumplimiento sea intencionado y dé razones para creer que tampoco se cumplirá en el futuro¹⁴⁴; de la misma forma los UPICC en que para que se pueda resolver el contrato es menester que la otra incurra en un incumplimiento esencial, siendo uno de los presupuestos la privación sustancial de lo que la parte tenía derecho a esperar, con la misma limitación de la previsibilidad¹⁴⁵. UPICC agrega para la evaluación de la procedencia de la resolución: a) si esta deriva de la estipulación de las partes; b) si el incumplimiento fue intencional o temerario; c) si hay motivos para un incumplimiento futuro (pérdida de confianza); y d) un criterio que resulta más llamativo y que atiende a que si la resolución hará sufrir a la incumplidora una pérdida desproporcionada.

El NDCCH reconoce la dificultad de dar un concepto único de “incumplimiento resolutorio”, dicha dificultad radica en no encontrarse una causal genérica para catalogarlo, lo que ha llevado a concluir que su determinación debe ser caso a caso por el juez¹⁴⁶. Lo anterior

¹⁴¹ CLEMENTE MEORO, M. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch. p. 281-282.

¹⁴² Como expondremos en los capítulos siguientes, nada priva en el Derecho chileno que las partes regulen en sus contratos los incumplimientos que facultaran al acreedor para solicitar la resolución del contrato.

¹⁴³ CLEMENTE MEORO, M. (1998). op. cit. p. 283.

¹⁴⁴ Cfr. Art. 8:103

¹⁴⁵ Cfr. Art. 7.3.1

¹⁴⁶ Cfr. MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit. p. 206.

no obstante el esfuerzo del derecho comparado y la doctrina por buscar un concepto genérico, esfuerzo que se vería truncado por la complejidad y variedad de circunstancias que lo rodean.

Se han planteado, siguiendo la articulación base en la estructuración del contrato y del incumplimiento, que el incumplimiento que habilita la resolución se debe observar desde el incumplimiento y su repercusión en el interés del acreedor¹⁴⁷. El NDCCH toma en consideración lo expresado en la CISG y los UPICC en cuanto a la privación sustancial de lo que espera el acreedor en la medida que éste hubiese sido previsible¹⁴⁸.

El NDCCH ha propuesto el reconocimiento del incumplimiento “esencial” o “resolutorio” a partir de lo contenido en el art. 1926 (norma especial a partir de la cual construyen un régimen general) a propósito del arrendamiento, el cual reza “Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron”. De la norma citada se colige la consagración de la finalidad práctica perseguida por el acreedor en cuanto la disminución de la utilidad del contrato¹⁴⁹. Si bien esta norma tendría el carácter de especial, al no haber contradicción legal que lo impida se usa como argumento para integrar el vacío normativo. Sin perjuicio de lo anterior, actualmente habría consenso en considerar que frente a un incumplimiento grave debe proceder la resolución, habiendo conflictos en el caso de los incumplimientos imperfectos, respecto de los cuales se discute principalmente el problema de la resolución por incumplimiento.

Parte del NDCCH plantea la posibilidad de consagrar criterios similares a los contenidos en la normativa internacional, a saber: a) la determinación del incumplimiento resolutorio por las partes; b) la privación sustancial de la finalidad perseguida por el contrato, en la medida que haya sido previsible; y c) en casos de pérdida de confianza de una de las partes, respecto del cumplimiento de la otra¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2009a). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*. En PIZARRO WILSON, C. (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008*. Santiago: LegalPublishing p. 356; PIZARRO WILSON, C. (2008). op. cit. p. 401; BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p. 422.

¹⁴⁸ Cfr. CISG art. 25 y UPICC art. 7.3.1

¹⁴⁹ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2009a). op. cit. pp. 358-359.

¹⁵⁰ Cfr. Ídem.

Parte del esfuerzo en adoptar los criterios otorgados en las normas internacionales se deben a la profesora Claudia Mejías quien plantea la consagración de tales principios en el Código Civil.

En ese sentido considera los criterios para la configuración del incumplimiento resolutorio, a saber: a) la gravedad del incumplimiento determinado por la voluntad de las partes; b) el incumplimiento resolutorio determinado por las consecuencias que produce el incumplimiento; y c) la pérdida de confianza del acreedor.

a) La gravedad del incumplimiento determinado por la voluntad de las partes: Básicamente se señala que por la voluntad de las partes, en uso de su libertad contractual, se pueden estipular los casos de incumplimientos que revestirán el carácter de resolutorio -lo que será expresamente- como asimismo las obligaciones que se considerarán “esenciales” -lo que dará lugar a la resolución de manera implícita-.

Esto se plasmaría principalmente en el art. 1545 CC; el art. 1863 CC a propósito de los vicios redhibitorios, que permite darles el carácter de tales a aquellos que naturalmente no lo son; en las normas del pacto comisorio arts. 1877 a 1880 CC; en el art. 1938 en relación al contrato de arriendo si la cosa es destinada a un uso distinto del pactado¹⁵¹.

b) El incumplimiento resolutorio determinado por las consecuencias que produce el incumplimiento: Según este criterio se deben revisar las disposiciones del Código Civil que regulen situaciones de resolución, de los cuales se podría desprender el impacto del incumplimiento en el interés del acreedor.

Se mencionan principalmente como incumplimientos según este criterio: los casos que deriven de imposibilidad jurídica o material en la medida que se prive al acreedor de todo el beneficio que esperaba obtener; si existe una privación sustancial de los beneficios que se esperaba obtener; la entrega de una cosa distinta a la convenida, siendo posible la prestación se priva de todo el beneficio; y por último, también siendo posible la prestación, esta se retarda y ya no reporta utilidad a la parte.

¹⁵¹ MEJÍAS ALONZO, C. (2013). *La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno*. Revista Chilena de Derecho 49(2): 389-412. pp. 212-215.

Lo señalado se contendría en los arts. 1852, 1854, 1858, 1860 y 1868 CC a propósito de la compraventa y en los arts. 1925, 1926, 1928, 1930 y 1932 en relación al contrato de arriendo, los que reconocerían la incidencia del incumplimiento en el interés del acreedor¹⁵².

c) la pérdida de confianza del acreedor: Bajo este criterio se contemplan las situaciones en que se toma en cuenta la conducta desplegada por el deudor, de la cual si se desprende que inequívocamente se ha perdido la confianza, deberá resolverse. Este criterio mira a incumplimientos futuros y no a un impacto inmediato en el propósito práctico perseguido por las partes.

Así, se considera la conducta del deudor como infractora al deber de buena fe objetiva contenido en el art. 1546 del CC. En cuanto a las conductas de este tipo aquellas que consisten: en incumplimientos dolosos o con culpa graves; aquellos en que hay reticencia del deudor para cumplir o negativa injustificada; y aquellas que deriven en incumplimientos en contratos *intuitu personae*.

Respecto a su consagración legal, al margen del deber de buena fe contractual en la norma del 1546 del CC, se resalta el art. 1939 del CC a propósito de los deterioros graves producidos por culpa del deudor¹⁵³.

No adherimos a la calificación del incumplimiento que habilita la resolución al interés exclusivo del acreedor, por el contrario, consideramos que va en resguardo de los intereses del deudor. Por otro lado, pese a tener a la vista la normativa legal internacional, el NDCCH parece omitir convenientemente las consideraciones al deudor en esta materia como lo es en el caso de los UPICC, donde se toma en consideración la pérdida que pueda provocar la preparación o el cumplimiento de obligación en caso de resolverse el contrato, debiendo ser esta una pérdida "desproporcionada" que pueda sufrir el deudor (en este caso, la norma se pone en el supuesto que el deudor se encuentre preparando el cumplimiento o lo haya ofrecido)¹⁵⁴.

El tipo de incumplimiento que facultará a resolver el contrato, visto desde la perspectiva del deudor, tiene íntima relación con la enervación de las acciones mediante el pago -la que

¹⁵² *Ibíd.* p. 225.

¹⁵³ *Ibíd.* pp. 266-267.

¹⁵⁴ Cfr. art. 7.3.1

consideramos no ser susceptible de enervar por esta vía, debido al equilibrio que debe existir entre la protección del interés de deudor y del interés del acreedor - ya que al establecerse condiciones más rigurosas para la resolución, se debe tener certeza de su aplicación.

Adicionalmente, el Derecho Uniforme contempla la posibilidad de solicitar la resolución del contrato anticipándose al incumplimiento del deudor cuando existe una probabilidad alta que el deudor incumpla su obligación. Hay autores que postulan que nuestro Código Civil propone una figura similar a través de la caducidad del plazo¹⁵⁵. Dicha institución hace exigible la obligación, y su supuesto es la insolvencia del deudor y una disminución en las garantías. Por el contrario, la resolución por anticipación actúa bajo el supuesto que la obligación aún no es exigible y haya certeza de que el deudor no vaya a cumplir, aun cuando sea solvente.

En la doctrina no se ha hecho un estudio acabado respecto a estas instituciones y su incorporación, sin perjuicio de lo anterior el profesor Peñailillo es el único que se ha pronunciado a favor de reformar el Código Civil en esta materia¹⁵⁶. Dentro de sus propuestas menciona las instituciones referidas y, en general se muestra conteste en instaurarlas en nuestro sistema jurídico¹⁵⁷.

2.4. Del modelo culpabilístico al modelo del incumplimiento objetivo

A-Clásico. El modelo de responsabilidad contractual que ha aplicado la jurisprudencia chilena, es del “ilícito civil”¹⁵⁸, lo que implica un eminente análisis subjetivo. La imputabilidad como requisito de la resolución por incumplimiento no se desprende de manera expresa de la

¹⁵⁵ CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2013). *Obligaciones y responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado (20): 225-233. p.228.

¹⁵⁶ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2009). *La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la reforma del Código chileno*. En Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (225-226): 7-44.

¹⁵⁷ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. pp. 53 y 59.

¹⁵⁸ En este sentido, se puede revisar la investigación realizada en CÁRDENAS VILLARREAL, H. (2011b). op. cit. p. 719 y ss.

ley, no obstante la doctrina tradicional la ha considerado como tal¹⁵⁹. La consideración del dolo o culpa como requisito de la resolución por incumplimiento encontraría su fundamento en la exigibilidad de dolo o culpa en la configuración del incumplimiento y en la exigencia de mora, esto último se desprendería del art. 1489 CC que al dar la opción de solicitar “o la resolución o el cumplimiento del contrato” iría acompañada de la indemnización de perjuicios, siendo uno de los requisitos de ésta la puesta en mora del deudor, y, como requisito de la mora se encontraría el dolo o culpa del deudor¹⁶⁰.

Resalta Abeliuk que el art. 1873 CC al mencionar las opciones del acreedor establece que “Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos...” lo que sería un fundamento adicional para exigir mora en el caso de pedir la resolución¹⁶¹.

Lo anterior no sería del todo pacífico en doctrina, pues ya en 1921 Barros Errazuriz observa que “nuestro Código, en esta materia, no distingue la naturaleza de la causa por la cual el deudor no dio cumplimiento a su obligación. Si la obligación no se cumple, procede pedir la resolución”¹⁶², sin distinguir si hay culpa o no del deudor.

La Corte Suprema, caratulado Administradora de Recursos Humanos y Marketing en Línea Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A., causa rol n° 1180-2011, sentencia 27.01.2012, ha señalado:

“SEXTO: En referencia a la imputabilidad del incumplimiento, debe ser voluntario e imputable, es decir, con dolo o culpa del deudor, no siendo procedente la resolución si ha mediado caso fortuito o fuerza mayor por cuanto, en tal caso, se habrá extinguido la

¹⁵⁹ Cfr. RAMOS PAZOS, R. (2008) op. cit. p. 166; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1939). op. cit. p. 39; ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. pp. 655-656.

¹⁶⁰ En ese sentido Ramos Pazos que señala “que producido el incumplimiento la otra parte puede pedir el cumplimiento o resolución, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, y precisamente uno de los requisitos para que opere la indemnización de perjuicios es que el deudor esté en mora (artículo 1557) y uno de los requisitos de la mora es el dolo o culpa” idea que se reiteraría en los artículos 1826 y 1873 del CC, en RAMOS PAZOS, R. (2008). op. cit. pp. 167-167; DUCCI CLARO, C. (2010). op. cit. p. 369; CLARO SOLAR, L. (1936). op. cit. p. 184; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1939). op. cit. pp. 16-17.

¹⁶¹ ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 655.

¹⁶² BARROS ERRAZURIZ, A. (1921). *Curso de Derecho Civil segundo año primera parte*. Santiago: Imprenta Cervantes. p. 65.

obligación por otro modo de poner término a la misma como es la imposibilidad en el cumplimiento.”

También en Días Iriondo Andrés con Sociedad Com. de Aridos Melo y Yañez Ltda., causa rol n° 4503-2012, sentencia 31.08.2012 se ha dicho que:

“NOVENO: Respecto a que el incumplimiento de la obligación debe ser imputable al deudor, debe estarse a lo ya razonado en el considerando sexto de esta sentencia y además a lo dispuesto en el artículo 1547 inciso 3° del Código Civil, que afirma el principio de que el incumplimiento de la obligación se presume culpable. En otras palabras es el deudor el que debe probar que ha empleado el debido cuidado, situación que no se ha acreditado en autos, por lo que tiene plena aplicación el principio antes enunciado.”

B-Derecho Uniforme. Los textos de Derecho Uniforme no hacen referencia al elemento subjetivo en la configuración del incumplimiento, por lo que no resulta ser requisito ni del incumplimiento, ni del remedio resolutorio¹⁶³. Sobre este punto se volverá al estudiar el concepto de incumplimiento.

2.5 Del modelo del efecto liberatorio al modelo del efecto liberatorio limitado

A-Clásico. La doctrina clásica estudia el efecto liberatorio de la resolución a partir de los modos de extinguir las obligaciones¹⁶⁴ (numeral 9° del art. 1567 del CC). Consiste en dejar sin efectos un contrato válido¹⁶⁵, conlleva la destrucción del contrato y del vínculo jurídico, desligando a las partes del compromiso a que el contrato las obligó¹⁶⁶.

¹⁶³ Cfr. MORALES MORENO, A. (2006). op. cit. p. 32.

¹⁶⁴ Cfr. DUCCI CLARO, C. (2010) op. cit. p. 372 y MEZA BARROS, R. (2007) op. cit. p. 47.

¹⁶⁵ BARROS ERRÁZURIZ, A. (1921). op. cit. p. 134.

¹⁶⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. p. 211.

B-Derecho Uniforme. De manera similar a nuestro sistema jurídico, los textos de Derecho Uniforme otorgan al efecto liberatorio un rol principal. Sin embargo, señalan la parte del contrato que mantiene su vigencia¹⁶⁷. Su efecto se produce desde que se comunica a la otra parte la intención de resolver el contrato, con lo cual ninguna de las partes queda obligada a cumplir ni aceptar el cumplimiento de la otra¹⁶⁸.

2.6. Del modelo de la restitución de lo pagado, al modelo de la restitución de lo pagado y sus frutos

El efecto restitutorio consiste en la devolución de lo dado o pagado en virtud del contrato, la cual puede incluir las ventajas y/o pérdidas de valor, como los frutos, las mejoras y los deterioros.

A-Clásicos. Declarada la resolución del contrato, se debe restituir lo dado y/o pagado en virtud del contrato sin sus frutos y soportando el estado actual del bien. La restitución se desprende del art. 1487 del CC, pudiendo renunciarse si la restitución es en favor del acreedor¹⁶⁹. En cuanto a los frutos, el art. 1488 del CC señala “no se deberán los frutos en el tiempo intermedio”, salvo pocas excepciones¹⁷⁰ como el art. 1875 del CC a propósito de la resolución por no pago del precio. El art. 1486 del CC dispone que el acreedor aprovechará cualquier aumento o mejora y sufrirá el deterioro o disminución de la cosa, en la medida que no medie culpa del deudor, porque en tal caso podrá pedir la restitución con indemnización de perjuicios o que no se restituya el bien con indemnización de perjuicios.

B-Derecho Uniforme. Por su parte, los textos de Derecho Uniforme dedican un título especial a esta materia¹⁷¹. De forma general, se puede señalar que el deudor estará obligado a restituir lo que el acreedor le hubiera pagado, con intereses (frutos civiles) y reajuste, y a su vez

¹⁶⁷ Art. 81 (1) de CISG, art. 9:305 de PECL, art. 7.3.5 de UPICC.

¹⁶⁸ CLEMENTE MEORO, M. (1998). op. cit. p. 491.

¹⁶⁹ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. p. 216; MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 48; BARROS ERRÁZURIZ, A. (1921). op. cit. p. 134; RAMOS PAZOS, R. (2008). op. cit. p. 202; CLEMENTE FABRES, J. (1902). op. cit. p. 95.

¹⁷⁰ Constituidas por disposición de la ley, el testador, donante o por estipulación de los contratantes.

¹⁷¹ Sección V de CISG y sección 3 de PECL.

el acreedor deberá restituir lo que el deudor hubiera pagado de forma parcial¹⁷². Pero, en el último caso expuesto, se establece la opción de resolución parcial, en virtud del cual el acreedor retiene lo que el deudor le hubiera pagado de forma parcial y el deudor debe restituir de forma proporcional a su cumplimiento. “La restitución no podrá exigirse más que lo dado y recibido con posterior a la terminación, y éste no tendrá efecto retrospectivo”¹⁷³.

Se regula el caso en que no sea posible o apropiada la resolución, el cual a base de un criterio de razonabilidad se deberá restituir en dinero, por lo que siempre cabrá restitución¹⁷⁴.

2.7. Del modelo de la restitución relativa frente a terceros, al modelo de la exclusión de la restitución frente a terceros

A-Clásicos. Las restituciones que deberán a terceros adquirentes del bien adquirido dependerán si el tercero se encuentre de buena fe¹⁷⁵ o mala fe¹⁷⁶. En esta materia está regulada en los arts. 1490 y 1491 distinguiendo entre bienes muebles e inmuebles, respectivamente. La restitución del bien se obtendrá mediante la respectiva acción reivindicatoria.

Efectos frente a terceros respecto a bienes muebles (art. 1490): El art. 1490 del CC dispone “Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no dará derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe”, sin querer entrar en las críticas a la norma citada¹⁷⁷, es importante resaltar que la norma tendría por objeto proteger a los terceros de buena fe de los efectos retroactivos de la resolución. La palabra enajenación ha sido entendida en sentido amplio de transferencia de dominio y constitución de

¹⁷² Art. 81 (2) de LA CISG y art. 7.3.7 de UPICC.

¹⁷³ CLEMENTE MEORO, M. (1998) op. cit. p. 492.

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 491.

¹⁷⁵ En ese sentido se considerará estar de buena fe el hecho de desconocer la existencia de la condición, en MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 49.

¹⁷⁶ Por mala fe se debe entender en sentido inverso, esto es, el conocimiento de la existencia de una condición.

¹⁷⁷ Críticas a la redacción del artículo en cuanto técnica legislativa, ya que no habría sido del todo afortunada, como resalta Meza Barros, en MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. pp. 51-52.

algún derecho real, como la prenda¹⁷⁸, usufructo y uso. En este caso opera la presunción de buena fe del art. 707 en virtud del tercero, teniendo el actor la carga de la prueba.

Efectos frente a terceros respecto a bienes inmuebles (Art. 1491): El art. 1491 del CC señala “Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”. Surgen problemas interpretativos de la norma, a saber: qué debemos entender por “constar en el título”, del cual se ha dicho consta la condición si hay alguna obligación incumplida; y a qué se refiere con que el título se encuentre inscrito u otorgado por escritura pública¹⁷⁹.

B-Derecho Uniforme. Por el contrario, en los tratados de Derecho Uniforme sólo se regulan los efectos entre las partes. Lo anterior puesto que en el Derecho Internacional el principio de la autonomía de la voluntad toma una importancia aún mayor que a nivel nacional y porque la mayoría de las obligaciones en el comercio internacional recaen sobre obligaciones fungibles. Sin embargo, regulan los casos en que la cosa ya no se encuentre en poder de quien debe restituir, señalando que “si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable”¹⁸⁰.

2.8. Del modelo del efecto retroactivo al modelo del efecto retroactivo limitado

A-Clásicos. El efecto retroactivo es una ficción legal que “borra el pasado”¹⁸¹, “volviéndose a la situación en que las partes se encontraban antes de contratar”¹⁸², considerando la relación contractual “como si nunca hubiera nacido o no hubiera sido perfeccionada”¹⁸³. El

¹⁷⁸ En este caso hay una situación particular regulada en el Art. 2391 del CC, en el cual si el acreedor prendario está de buena fe, podrá solicitar otra prenda de igual o mayor valor u otra caución competente, y en subsidio que se haga exigible la obligación principal aunque haya plazo pendiente.

¹⁷⁹ Cfr. RAMOS PAZOS, R. (2004). op. cit. pp. 205-210.

¹⁸⁰ Art. 7.3.6 (1) de la CISG.

¹⁸¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1939) op. cit. p. 209.

¹⁸² LÓPEZ SANTA MARÍA, J. (1986). op. cit. p. 102.

¹⁸³ FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. p. 306. Cfr. MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 47; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. p. 216; VIAL DEL RÍO, V. (2003^a

). op. cit. p. 74; y PESCIO VARGAS, V. (1958). *Manual de Derecho Civil teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 37.

efecto retroactivo se ha llevado al extremo, al punto de entender que en caso de resolución por incumplimiento se extinguiría inclusive las cláusulas penales pactadas por las partes¹⁸⁴.

El argumento principal para señalar que la resolución opera con efecto retroactivo son los arts. 1487, 1490 y 1491 del CC. Respecto de los artículos 1490 y 1491, estos operan de forma excepcional bajo supuestos subjetivos de conducta protegiendo la buena fe, y sólo en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto. Pero, como se ha comentado, actualmente las obligaciones más frecuentes son las fungibles, por lo que su campo de aplicación se ve reducido¹⁸⁵. Sin embargo la interpretación corresponde al efecto retroactivo relativo, por lo que tampoco niega de eficacia retroactiva a la resolución por incumplimiento¹⁸⁶. Por otro lado, el art. 1487 establece claramente el efecto retroactivo en la resolución, al señalar que “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere”.

B-Derecho Uniforme. Se ha señalado que el Derecho Uniforme presenta excepciones al efecto retroactivo, como por ejemplo el artículo 81-1 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías al no afectar ciertas cláusulas contractuales¹⁸⁷, pero en la contratación moderna pierde relevancia hablar de efectos retroactivos o irretroactivos en la resolución por incumplimiento, ya que generan falta de certeza jurídica. Por lo mismo el Derecho Uniforme regula casuísticamente la materia en vez de señalar cómo se producen sus efectos.

Lo anterior es relevante para analizar la propuesta del NDCCH sobre los efectos de la resolución por incumplimiento. Su propuesta consiste restringir el efecto retroactivo de la

¹⁸⁴ Cfr. GATICA PACHECO, S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (del incumplimiento de las obligaciones contractuales; de los perjuicios y de su liquidación judicial, legal y convencional. De la cláusula penal. Artículos 1556, 1558, 1559 1535 a 1544 del Código Civil)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 430-431.

¹⁸⁵ Salvo en materia de venta de inmuebles, que produce que en todo contrato de compra venta las partes renuncien a las acciones resolutorias para en el futuro poder vender con mayor facilidad.

¹⁸⁶ MOSCO, L. (1900). *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Barcelona: Editorial Dux. p. 274.

¹⁸⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 511.

resolución, acercándolo a una especie de efecto “irretroactivo”¹⁸⁸, que conllevaría las siguientes ventajas:

- (1) El acreedor puede reclamar daños por la pérdida de expectativas (interés positivo); y
- (2) pueden existir cláusulas que deben ser aplicadas aún resuelto el contrato¹⁸⁹.

Sin embargo, sólo el primer punto puede ser considerado como una consecuencia de aplicar la resolución por incumplimiento sin efectos retroactivos; ya que la segunda, igual puede entenderse de aplicar la resolución con efectos retroactivos, por cuanto al demandar de resolución por incumplimiento se parte del supuesto que existe un contrato válido. En este sentido, las partes regulan no sólo para el cumplimiento sino también para prever los efectos del incumplimiento¹⁹⁰, por lo que restar de validez a todas las cláusulas sería desconocer la fuerza obligatoria de los contratos¹⁹¹. Distinto es el caso de los efectos de la nulidad, la cual crea una ficción legal que explica que todo el contrato pierda eficacia¹⁹².

El profesor Contardo argumenta que la resolución opera sin efecto retroactivo en Chile, en atención que, (1) a partir tanto de las voces discordantes en doctrina nacional que permiten realizar una relectura de las normas de derecho restitutorio¹⁹³, y (2) como de las consideraciones

¹⁸⁸ CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2011). *Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (1): 85-118. p. 103.

¹⁸⁹ ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones*. Barcelona: Editorial Bosch S.A. p. 80. Sobre el mismo punto: CORRAL TALCIANI, H. (2009). *La cláusula penal en la resolución del contrato*. En ALCALDE, E. y FÁBREGA, H. (coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez*. Santiago: Universidad del Desarrollo.

¹⁹⁰ En este sentido Caumont señala que “el negocio jurídico contractual resulta ser un modelo de gestión y de implementación de la autocomposición de un conflicto de intereses”. CAUMONT, A. (2008). *Teoría ética del contrato. El negocio jurídico contractual como ámbito de eticidad preordenado para la composición autonómica de conflicto de intereses*. En MANTILLA ESPINOSA, F. y PIZARRO WILSON, C. (coordinadores). *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*. Santiago: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri. p. 141. La regulación de los efectos del incumplimiento de manera contractual puede ser clasificado como “remedios preventivos”.

¹⁹¹ A nivel comparado se señala que “[d]ebe quedar claro que la resolución no produce el efecto de extinguir retroactivamente el contrato como si nunca hubiera existido” PANTALEÓN PRIETO, A. (1993). *Las nuevas bases de la responsabilidad contractuales*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 46(4): 1719-1746. p. 1734.

¹⁹² Cfr. BECAR LABRAÑA, E. (2010). *Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato*. En Revista de Derecho y Humanidades 2(16): 133-152. En este sentido, tradicionalmente se ha señalado que para la resolución opera una misma respuesta que el artículo 1687 ALESSANDRI BESA, A. (1949). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago: Ediar Editores Ltda. p. 1082-1083.

¹⁹³ CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2015). op. cit. p. 148.

del nuevo Derecho de la contratación que consideran a la resolución, o más bien sus consecuencias, como un estado de liquidación de las relaciones patrimoniales entre los contratantes¹⁹⁴.

Sobre las voces discordantes de la doctrina nacional señala (i) cuando se aplica con efecto retroactivo el Código lo señala expresamente (art 1487, 1490 y 1491 del CC), y (ii) en los demás casos siguió el criterio de la irretroactividad, porque “no se restituyen los frutos, y tampoco las mejoras y deterioros que sufre la cosa (arts. 1488 y 1486)”¹⁹⁵. Sin embargo, no encontramos suficiente el argumento, por cuanto restringe la interpretación de unos artículos (arts. 1487, 1490 y 1491 del CC) mientras que con otros construye una regla general (arts. 1488 y 1486).

Los artículos mencionados han tenido igual aplicación por la doctrina, por lo que la propuesta es una “sistematización” de los artículos que regulan la restitución en caso de resolución, y una “reinterpretación” de la voz retroactivo en el Código Civil. El cambio de nombre tiene repercusión, por cuanto la propuesta de que la resolución opere sin efecto retroactivo es la proposición de la acción indemnizatoria autónoma y la indemnización del interés positivo, ya que entender que la resolución opera de forma irretroactiva permite la indemnización de los intereses positivos, con lo que la indemnización en caso de cumplimiento o incumplimiento sería la misma¹⁹⁶.

El segundo lineamiento que ofrece el profesor Contardo consiste en entender las restituciones como un estado de liquidación de las relaciones patrimoniales entre los contratantes. El profesor argumenta que “la resolución no es una excepción a la fuerza obligatoria del contrato, sino muy por el contrario, se trata de una manifestación de la misma (a partir de la asunción de los contratantes de los riesgos del incumplimiento) pero en la etapa del incumplimiento contractual bajo la idea de la resolución como medio de tutela del acreedor afectado, la voluntad de concluir el contrato se transforma en una voluntad de liquidarlo”¹⁹⁷. La idea de “liquidación” se configura por consiguiente a través de la protección del interés del

¹⁹⁴ *Ibíd.* p. 150.

¹⁹⁵ *Ídem.*

¹⁹⁶ *Cfr. Ibíd.* p. 450.

¹⁹⁷ *Ibíd.* p. 150.

acreedor. Sin embargo, la liquidación económica del contrato a nivel comparado ha sido entendida como la regulación contractual de las partidas restitutorias en la terminación del contrato¹⁹⁸.

Para argumentar que se debe indemnizar el interés positivo realiza el siguiente análisis. Primero distingue entre la resolución por incumplimiento y la acción de perjuicios, luego señala que la acción resolutoria es compatible con la indemnización de perjuicios, y que las restituciones son compatibles con la indemnización de perjuicios. Finalmente, reconoce que las restituciones protegen el interés negativo¹⁹⁹, pero que es insuficiente para la protección del interés del acreedor, por lo que la indemnización debe cubrir los intereses positivos. En tal sentido, el profesor Contardo señala que “el remedio extintivo o restitutorio tiene por objeto colocar al acreedor en la posición que tendría dicho contratante como si no hubiese contratado, es decir, el remedio restitutorio protege el interés negativo, si bien el derecho restitutorio no tiene una función indemnizatoria. La cuestión a resolver es si la indemnización que acompaña al efecto extintivo/restitutorio debe igualmente cubrir el interés negativo; o bien, al contrario, debe proteger la expectativa de cumplimiento del contrato”²⁰⁰.

Sin embargo, a pesar que señala que los efectos de la resolución operan de forma irretroactiva al construir su argumento, las restituciones las aplica del mismo modo que la doctrina clásica. Por tanto, la real propuesta es permitir la indemnización autónoma de la acción indemnizatoria, la cual por estar fuera de nuestra investigación no la revisaremos. Sin embargo, a través de un estudio de la resolución por incumplimiento es posible desechar la tesis, por cuanto la partida indemnizatoria dependerá si se demanda de resolución o de cumplimiento, por ejemplo: en la compraventa de una casa, en la cual el comprador viaja a Santiago, se hospeda

¹⁹⁸ HINESTROSA FORERO, F. (2008). *Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato*. En MANTILLA ESPINOSA, F. y PIZARRO WILSON, C. *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroument*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri. p. 484. Esta materia ha sido ampliamente estudiada en materia de contratos administrativos en: EXPÓSITO VÉLEZ, J. (2009). *La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos*. En Revista Digital de Derecho Administrativo (1): 1-22.

¹⁹⁹ Este punto es explicado por Pantaleón al señalar que “efecto retroactivo o *ex tunc* de la resolución, no tiene otro ámbito de aplicación de juego que el grupo de difíciles problemas relativos al sentido y alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas” PANTALEÓN PRIETO, A. (1989). *Resolución por incumplimiento e indemnización*. En Anuario de Derecho Civil 42(4): 1143-1168. p. 1154; El criterio en compartido por MONFORT FERRERO, M. (1998). *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*. (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. p. 58

²⁰⁰ *Ibíd.* p. 320.

en el Sheraton y compra tarjetas de presentación de oro con la dirección de su nueva casa. En ese caso, si el vendedor incumple y el comprador desea instar por el cumplimiento, el hospedaje anterior al incumplimiento no le causaría perjuicio, como tampoco las tarjetas de presentación; por el contrario si demanda de resolución del contrato, las tarjetas de oro ya no le servirán, por lo que deberá ser indemnizado por ese ítem, así como también por el hospedaje en el Hotel Sheraton.

Otro problema se configura en las partidas restitutorias en las obligaciones de hacer, materia poco desarrollada por la doctrina nacional, salvo por el profesor Contardo que propone bases para su desarrollo²⁰¹. A nivel comparado se ha planteado que la restitución incluya el valor que habría de reconocerse a quien realizó la prestación, y que como crédito podría dar lugar a compensación²⁰².

Un último punto (poco abordado por la doctrina nacional) son los problemas que se generan en las restituciones de los nuevos contratos, como por ejemplo el contrato de *leasing* financiero, en el cual tenemos una parte de la renta que es canon de arriendo y otra que es parte del pago del crédito²⁰³.

2.9. Del modelo de la resolución por incumplimiento judicial al modelo de la resolución por incumplimiento extrajudicial y anticipada

A-Clásicos. La doctrina tradicional concibe a la resolución por incumplimiento como un mecanismo que opera judicialmente a solicitud de parte. En cuanto a sus efectos, se ha señalado que se producen desde que es declarada por sentencia. En cambio, el Derecho Uniforme difiere en su aplicación del entendimiento clásico y contempla otro tipo de situaciones donde encontramos variantes como: la resolución por anticipación, la resolución extrajudicial y la suspensión del cumplimiento.

²⁰¹ Cfr. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2015). op. cit. pp. 158-161.

²⁰² HINESTROSA FORERO, F. (2008). op. cit. p. 475.

²⁰³ Un *leasing* financiero consiste en que una parte compra un bien y lo entrega en arriendo a la otra, quien debe pagar un canon mensual y al terminar la operación tiene la opción de comprar el bien, figura que se utiliza para mantener la cosa como garantía de pago.

B-Derecho Uniforme. La resolución extrajudicial no es una acción distinta de la resolución por incumplimiento, sino es una forma de solicitarla. Posee la ventaja que entrega al acreedor certeza que el contrato terminó, con lo cual puede actuar en el comercio sin preocupación que el deudor trate de cumplir o exigir su cumplimiento. Se ha señalado que lo anterior vendría siendo una forma de invertir la situación actual, en cuanto hoy es el acreedor quien debe pedir la resolución, por lo que, con esta facultad resolutoria, sería el deudor quien - si está interesado en el cumplimiento- deberá acudir a tribunales y solicitar el control de la resolución si esta hubiere sido abusiva²⁰⁴. La figura presenta además la ventaja de solucionar problemas como la enervación de la acción resolutoria y la “excepción de contrato no cumplido” al sacar de la sede judicial la declaración de resolución del contrato. Dentro de los autores nacionales, el profesor Pizarro Wilson propone la aplicación extrajudicial de la acción en atención a que no hay norma que lo prohíba, que esa es la regla en los contratos de tracto sucesivo y hay casos de contratos a plazo fijo que se permite, como por ejemplo los arts. 2163, 2177, 2180 y 2226 del CC²⁰⁵. Analizaremos la propuesta en los próximos capítulos.

3. Conclusiones al capítulo II

1. Nuestro Código Civil carece de una definición de incumplimiento, y ha sido la doctrina la encargada de dotarlo de contenido, integrándolo con el modelo seguido por las normas de las obligaciones unilaterales de especie o cuerpo cierto y caracterizándolo a partir de un modelo subjetivo, como reproche a la conducta del deudor. La doctrina tradicional mantiene una noción “subjetiva” del incumplimiento, exigiendo que éste sea imputable a dolo y culpa del deudor.
2. Por su parte, el Derecho Uniforme estructura su modelo a partir de las obligaciones con objeto fungible (tanto en obligaciones de dar como de hacer no personalísimas) y, a la hora de catalogar el incumplimiento, lo hace desde una noción amplia atendiendo a una unificación en los supuestos del mismo.

²⁰⁴ BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. pp. 423-424.

²⁰⁵ PIZARRO WILSON, C. (2007). *¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?*. Revista Ius et Praxis 13(1): pp. 11-28.

Recuperado en 27 de diciembre de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100002&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122007000100002.

3. Frente a esta disyuntiva, el NDCCH propone un nuevo punto de partida mediante el reconocimiento y protección del “interés del acreedor”, con lo cual se pretende cambiar la noción de incumplimiento desde un concepto subjetivo a uno objetivo, amplio y unitario (cualquier desviación del programa ideal o fin perseguido por las partes) que comprende cualquier situación que signifique la insatisfacción del “interés del acreedor”, eliminando cualquier vestigio de la culpa (incluyendo situaciones de imposibilidad).
4. En cuanto a la concepción de la resolución por incumplimiento, la señalada por la doctrina clásica chilena presenta diferencias sustanciales respecto de la concepción ofrecida por el Derecho Uniforme respecto del tipo de incumplimiento que habilita a resolver, la imputabilidad en el incumplimiento, y su forma de ejercicio. Frente a lo anterior, el NDCCH ha realizado una serie de propuestas, considerando principalmente la protección al “interés del acreedor”.
5. Profesor Peñailillo es el único que se ha pronunciado a favor de reformar el Código Civil en esta materia y efecto propone una serie de bases para una futura modificación: a) propone una sistematización clara de remedios frente al incumplimiento; b) propone la ubicación de la resolución por incumplimiento en el apartado respecto al efecto de las obligaciones, con el objeto de evitar la aplicación supletoriamente las normas correspondientes a la condición resolutoria ordinaria; c) como principio rector de la resolución por incumplimiento mantiene la buena fe contractual, con el objeto de alcanzar un equilibrio entre la preservación del contrato o su resolución; d) ve la necesidad de regular expresamente la calificación del incumplimiento que habilitara la resolución (que llama esencial); e) en cuanto al ejercicio del remedio resolutorio, está a favor de incorporar la resolución extrajudicial y la resolución anticipada del contrato; f) el establecer como efecto de la resolución un efecto retroactivo moderado, que mantenga aquello que haya sido útilmente ejecutado por las contratantes, evitando un enriquecimiento injustificado; entre otras²⁰⁶.

²⁰⁶ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. pp. 57- 60.

CAPITULO III. PROBLEMAS PROCEDIMENTALES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR INCUMPLIMIENTO

Entendemos los problemas procedimentales como aquellos que se refieren a las defensas que puede realizar el deudor demandado de resolución por incumplimiento, específicamente la “excepción de contrato no cumplido”, y la facultad de enervar la acción resolutoria pagando la deuda.

1. Enervación de la acción resolutoria mediante la “excepción de contrato no cumplido”

En esta parte, confrontaremos dos modelos frente a la “excepción de contrato no cumplido”: la señalada por la doctrina clásica chilena; y su regulación en el Derecho Uniforme. Establecido lo anterior, se expondrá cuál es la propuesta del NDCCH.

1.1. Dos modelos frente a incumplimientos recíprocos

A-Clásicos. La “excepción de contrato no cumplido” o “excepción de inejecución” es la excepción que se le concede al demandado de alguna acción judicial que tiene como causa su incumplimiento, cuya finalidad es atajar la acción por en el incumplimiento del demandante²⁰⁷. Es un mecanismo de control moral de los contratos, ya que el deudor alegará que “ninguna de las partes está obligada a satisfacer su obligación si la otra no la cumple a su vez o no se allana a cumplirla”²⁰⁸, constituyéndose como una causa que justifica su incumplimiento²⁰⁹.

²⁰⁷ Cfr. CAPRILE BIERMANN, B. (2012). *Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes*. Revista de Derecho (39): 53-93. p. 56.

²⁰⁸ *Ibíd.* p. 56.

²⁰⁹ La Corte Suprema aplicó esta idea en causa Comunidad Edificio Baquedano con Plasma Limitada, rol 9671-13, sentencia de fecha 26 de marzo de 2014, en el considerando noveno señaló: “La excepción de contrato no cumplido alegada por los demandados lleva implícita el reconocimiento sobre el incumplimiento de las obligaciones propias, aunque se busca justificar en la infracción contractual del co-litigante y contraparte del negocio jurídico”, misma idea encontramos en la causa Villanueva González, Oscar con Calderón Rebolledo, Sonia, rol 1475-15, fecha de sentencia 13 de agosto de 2015, en su considerando décimo dice “que esta institución -artículo 1552-, según lo ha entendido la doctrina, viene a constituir un mecanismo que permite tutelar el derecho del deudor, que es a su vez acreedor recíproco del demandante y que persigue enervar la obligatoriedad del contrato, presentándose como una excusa de cumplimiento y que en último término libera al deudor de su

El Código Civil no menciona el nombre *exceptio non adimpleti contractus*²¹⁰, pero reconoce sus efectos en diversos artículos del CC, principalmente el art. 1552 del CC que dispone “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”, así como en los arts. 1826, 1872 y 1900 del CC²¹¹. Por lo mismo, la doctrina tradicional ha interpretado su aplicación con carácter general²¹², señalando que la “excepción de contrato no cumplido” sirve para enervar tanto la acción indemnizatoria como la acción de cumplimiento y de resolución por incumplimiento, por cuanto todas las acciones citadas requieren mora del deudor y resulta de toda equidad su aplicación.²¹³

La “excepción de contrato no cumplido” tiene un efecto meramente paralizador²¹⁴, con lo cual el deudor impide que se proceda con la acción intentada hasta el cumplimiento por parte del demandante. No hay que confundir el efecto paralizador con la suspensión de la obligación, al impetrar la “excepción de contrato no cumplido” la obligación sigue siendo exigible.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha reconocido la consagración de la excepción de contrato no cumplido en nuestro ordenamiento²¹⁵.

B-Derecho Uniforme. El Derecho Uniforme reconoce esta excepción, sin embargo su regulación es diametralmente opuesta, por ejemplo la CISG en su art. 71 1) señala “Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus

obligación de cumplir a lo menos temporalmente, neutralizando el derecho del actor sin extinguirlo”. Del mismo modo, la profesora Fernández señala que “como el incumplimiento de una de las partes permite a la otra excepcionar justificadamente el pago, no le cabe a aquélla solicitar la resolución” FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. (1998). *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Madrid: La Ley-Actualidad. p. 129.

²¹⁰ Para un análisis histórico de la institución ver a CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. pp. 677-691.

²¹¹ CLARO SOLAS, L. (2013). op. cit. p. 691.

²¹² ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 943.

²¹³ CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. p. 692.

²¹⁴ ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 947.

²¹⁵ Corte Suprema, caratulado Villanueva González con Calderón Rebolledo, rol n° 1475-2015; Corte Suprema, caratulado Rivas Mardones con Municipalidad de San Felipe, ron n° 24.929-2014; Corte Suprema, caratulado Gaedechens Betteley con Bas González, rol n° 2740-2014; Corte Suprema, caratulado Comunidad Edificio Baquedano con Plasma Limitada, rol 9671-13; Corte Suprema, caratulado Soto Hernández con Astilleros Daniel Tadeo Cárcamo Pérez E.I.R.L, rol n° 1859-2913; Corte Suprema, caratulado Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Limitada, rol n° 951-2013.

obligaciones”, y el numeral 3) agrega “La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones”²¹⁶. El artículo citado presenta dos diferencias sustanciales con la excepción clásicamente entendida, en la CISG la denominada “excepción de contrato no cumplido” es aplicable a incumplimientos futuros, mientras que en Chile ésta opera únicamente cuando se ha verificado el incumplimiento, la otra diferencia es la carga de comunicar a la otra parte que diferirá su cumplimiento. Por lo anterior, el artículo citado regula una institución diversa a la “excepción de contrato no cumplido” que puede ser denominada como suspensión de incumplimiento²¹⁷.

A nuestro juicio el art. 80 de la CISG regula la “excepción de inejecución” al señalar “una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla”. Como antes mencionamos, la “excepción de contrato no cumplido” puede ser entendida como una causal de exoneración²¹⁸.

De forma similar al art. 71 de la CISG, los principios UNIDROIT regulan esta institución en el art. 7.3.4 a partir del título “garantía adecuada de cumplimiento”, que señala “una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato”. Mismo tenor tienen los artículos 9:202 del PECL y el artículo 3:401 (2) del Marco Común de Referencia²¹⁹, que consagran una institución similar al art. 71 de la CISG.

En tal sentido, son dos las principales diferencias entre el Derecho Uniforme y la concepción tradicional de esta institución en Chile. Primero, en Chile no existe una consagración clara de la institución; y segundo, en el Derecho Uniforme opera antes que se produzca el

²¹⁶ Caprile la denomina excepción de inejecución por anticipación o excepción de inejecución por riesgo de incumplimiento en CAPRILE BIERMANN, B. (2012). op. cit. p. 62.

²¹⁷ MEJÍAS ALONZO, C. (2014). *La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (1): 111-156. p. 121.

²¹⁸ *Infra*. p. 55.

²¹⁹ *Ídem*.

incumplimiento. Pero, debido a las diferencias que se presentan, en realidad regulan instituciones diversas, a saber la “excepción de contrato no cumplido” y la “suspensión de cumplimiento”.

1.2. El modelo propuesto por el NDCCH

Como señalamos, la *exceptio non adimpleti contractus* presenta una regulación un tanto difusa. Los autores se pueden dividir entre los que señalan que posee consagración normativa en nuestro Código Civil, y los que señalan que no posee una consagración normativa. Entre los autores está el NDCCH.

Dentro de los autores que señalan que posee una consagración normativa, encontramos tres posturas: (1) un grupo mayoritario que señala que la “excepción de contrato no cumplido” está contemplada en el art. 1552 del Código Civil y otras normas del Código Civil, especialmente sobre la compraventa²²⁰; (2) otra postura, que propone que su regulación se desprende del art. 1546²²¹; y (3) un grupo minoritario que señala que “carece de regulación positiva, aun cuando no cabe duda que nuestro sistema jurídico la acoge”²²².

Los autores que señalan que la “excepción de contrato no cumplido” no posee una consagración normativa en nuestro sistema jurídico postulan que hay una confusión entre dos instituciones diversas: “la mora” y la “excepción de contrato no cumplido”. El art. 1552 del Código Civil no consagraría la “excepción de contrato no cumplido”, sino regularía la mora a través de la figura mora purga la mora o compensación en mora²²³. Sin embargo,

²²⁰ ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido, algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación*. En *Actualidad Jurídica*. (8): 69-93. p. 8; y RIOSECO ENRÍQUEZ, E. (2004). *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*. *Actualidad Jurídica*. (10). p. 208.

²²¹ Ver a: VIAL DEL RIO, V. (2015). *Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido*. *Revista de Actualidad Jurídica* (32). pp. 60-61. Argumenta que si existiera una consagración general de la excepción de contrato no cumplido el art. 1826 sería innecesario y redundante.

²²² CAPRILE BIERMANN, B. (2012). op. cit. p. 82.

²²³ Ver a: ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). op. cit. pp. 69-93; MEJÍAS ALONZO, C. (2013). op. cit. pp. 389-412; PIZARRO WILSON, C. (2005). *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno*. En: *Estudios de derecho civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil: I Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Valdivia. Santiago: LexisNexis: pp. 317-342. pp. 317-342; y TOMARELLI RUBIO, F. (2015). *La excepción de contrato no cumplido frente a los remedios del acreedor*. En: *Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2014*. Santiago: Editorial: LegalPublishing. pp. 601-621.

tradicionalmente se ha estudiado la excepción a partir de la mora²²⁴, con la diferencia que señalaba que su ámbito de aplicación incluye las acciones de cumplimiento, resolución e indemnización de perjuicios²²⁵. Por tanto, en realidad no existe diferencia entre el entendimiento de los autores del NDCCH y la doctrina clásica en cuanto a la función práctica del art. 1552 (ambos comprenden que regula la mora), sólo que la doctrina clásica la identifica como la “excepción de contrato no cumplido”; en el fondo ambos aplican el aforismo de la mora purga la mora.

Lo relevante es el ámbito de aplicación de la excepción, con lo que la discusión se traslada a si la acción resolutoria por incumplimiento exige como requisito la mora del deudor o no. La propuesta del nuevo derecho de los contratos chileno es una consecuencia de la concepción de incumplimiento que se plantea, la cual prescinde de los elementos subjetivos.

En la segunda parte de este trabajo analizaremos si es requisito de la resolución por incumplimiento la mora, y si acaso queremos excluir de su ámbito de aplicación la “excepción de contrato no cumplido”.

2. Enervación de la acción resolutoria mediante el pago judicial de la obligación

En este apartado, se revisarán dos modelos que se contraponen sobre la posibilidad de enervar la acción resolutoria mediante el pago de la deuda: el modelo establecido por la doctrina clásica chilena; y el modelo del Derecho Uniforme. Confrontados, se revisará la propuesta del NDCCH.

2.1. Dos modelos frente a la enervación de la acción resolutoria mediante el pago judicial de la obligación

A-Clásicos. El pago judicial de la obligación es la facultad que posee el deudor de pagar durante la secuela del juicio y, por consiguiente, enervar la acción impetrada por su acreedor. La doctrina tradicional desprende esta facultad del art. 310 del CPC (que establece la excepción

²²⁴ Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, P. (2004). op. cit. p. 127; y VIAL DEL RIO, V. 2015. op. cit. pp. 60-61.

²²⁵ Cfr. CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. p. 692; Es interesante la postura de Abeliuk, ya que reconoce que el art. 1552 CC es únicamente a propósito de la indemnización de perjuicios, pero que evidentemente procede en los demás casos. ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 941.

anómala de pago), con lo que se podría pagar hasta la citación a oír sentencia en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda instancia²²⁶. Señalan que el deudor podrá siempre cumplir con su obligación, ya que “el acreedor tiene que demandar la resolución por medio de la acción resolutoria, y como ella no se produce mientras no es declarada, el deudor puede, según decíamos, pagar la obligación impidiendo la resolución hasta el momento en que se dicte la sentencia respectiva”²²⁷. De este modo, se limita y hace ilusoria el denominado derecho de opción del acreedor, ya que si bien él determinará a su arbitrio la acción a impetrar, en definitiva la eficacia de la acción y su resultado final dependerán de la voluntad del deudor.

Sin embargo, la jurisprudencia ha resuelto de forma contraria, señalando que el art. 310 del CPC permite al deudor “oponer la excepción de pago durante todo el litigio, pero no significa que pueda pagar después de la demanda”²²⁸. Lo anterior ha sido compartido por el Profesor Peñailillo Arévalo, quien, además de compartir la interpretación de la Corte Suprema, manifiesta que permitir el pago una vez demandada la resolución por incumplimiento significaría otorgar la opción al deudor; sin embargo él es el incumplidor; y habiéndose optado por la resolución por quien tenía la opción, ya no es tiempo de que pague²²⁹.

B-Derecho Uniforme. Por el contrario, en el Derecho Uniforme la resolución por incumplimiento es una acción extrajudicial y sus efectos operan desde que se ha comunicado la voluntad de resolver al deudor²³⁰, por lo que el deudor podrá cumplir con su obligación hasta el momento que hubiera llegado a su destino la comunicación en circunstancias normales²³¹. La finalidad de evitar la enervación, es permitirá a la parte incumplidora que se generen pérdidas originadas por la incertidumbre de si la parte perjudicada aceptará el cumplimiento y evitar que

²²⁶ ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 329.

²²⁷ ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 520; Cfr. MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. pp. 43-44; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1939). op. cit. pp. 17-18; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. pp. 199-200; BARROS ERRÁZURIZ, A. (1921). *Curso de Derecho Civil segundo año primera parte*. Santiago: Imprenta Cervantes. p. 136; y ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. pp. 657-659.

²²⁸ Corte Suprema, Agrícola María Inés Limitada con Fuentes Araya y otros, rol n° 291-13, Sentencia de casación 15-05-2014, cons. 5°. En el mismo sentido,

²²⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2008). *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. pp. 417-418

²³⁰ Cfr. Artículos 1.9 (2), 1.9 (3) y 7.3.2 (1) de la CISG y artículos 4.301 (1) y 1.110 (2) de PECL.

²³¹ Cfr. CLEMENTE MEORO, M. (1998). op. cit. p. 147.

la parte perjudicada especule con el alza o baja del valor de la prestación en detrimento de la parte incumplidora, se decir crear certeza de la suerte del contrato²³².

2.2. El modelo adoptado por el NDCCH

El NDCCH no se limitó al problema de la certeza, tratando de forma amplia el problema de la limitación al derecho de opción al acreedor. Critican que se reconozca al deudor un verdadero derecho a cumplir la obligación cuando haya incurrido en incumplimiento²³³. El profesor Vidal precisa que “[e]sta interpretación no toma en cuenta ni la función de los remedios por incumplimiento, ni menos el concepto y finalidad de la facultad resolutoria de que es titular el acreedor afectado”²³⁴, entendiendo la función de los remedios contractuales como la protección del interés del acreedor²³⁵ a partir del propósito práctico incorporado a la regla contractual²³⁶, y el propósito práctico no es sino el resultado buscado por las partes con el contrato²³⁷. En tal sentido, se puede entender el problema por consiguiente como una pugna de intereses en el contrato²³⁸. Por una parte el interés del deudor en cumplir con su obligación y, por la otra, el interés del acreedor en desligarse del contrato.

Por lo anterior, y con el fin de proteger el interés del acreedor, el NDCCH propone reinterpretar el Código Civil Chileno a la luz del derecho uniforme, limitando la facultad de enervar la acción resolutoria. Su propuesta se compone de los siguientes puntos:

²³² INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010*. Madrid, editorial La Ley. p. 300.

²³³ VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. 10, el profesor Peñailillo comparte esta preocupación en: PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. 7-60.

²³⁴ VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. 10.

²³⁵ PIZARRO WILSON, C. (2008). op. cit. pp. 398-399 y VIDAL OLIVARES, Álvaro. (2007b). p. 33.

²³⁶ VIDAL OLIVARES, Á. (2007a). op. cit. p. 44.

²³⁷ MORALES MORENO, A. (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 del tráfico)*. Anuario de Derecho Civil 36(4): 1529-1546. p. 1534.

²³⁸ Augusto Elgueta señala que si el incumplimiento de las obligaciones del deudor “es nimio, no significativo, el demandante estaría abusando de su derecho de pedir la resolución, su interés en la resolución no sería digno de tutela jurídica” (ELGUETA ANGUITA, A. (1981). op. cit. p. 38.) y agrega que “el interés protegido por las disposiciones de los artículos 1489 y 1873 del Código Civil se llaga, rápidamente, a la conclusión que tal interés es el del acreedor y no del deudor” (Ibíd. p. 115).

- (1) Entender que el artículo 1489 otorga al acreedor un derecho potestativo, con lo que al demandar la resolución sólo podrá rechazarse si faltare alguno de sus requisitos de procedencia²³⁹. En tal sentido, “[s]i el acreedor ya ha hecho la elección no procede que se le prive de ella por un pago que puede ser totalmente inoportuno, tomando en cuenta que estamos ante un juicio ordinario que puede durar varios años”²⁴⁰.
- (2) El art. 310 del Código Procesal Civil no faculta a pagar durante el juicio, sino únicamente a interponer la “excepción de pago”. Aquello en atención a que esa “norma es muy posterior al Código Civil y con seguridad no estaba pensada para los casos de resolución contractual, sino de ejecución de una obligación”²⁴¹.
- (3) El art. 310 del CPC es una norma de carácter procesal, por tanto no puede influir en un ámbito de aplicación eminentemente Civil. El profesor Enrique Barros señala que “[e]l análisis incurre en el error de confundir una norma procesal con una de naturaleza sustantiva. En efecto, corresponde al Derecho civil determinar cuando el pago es eficaz”²⁴².

3. Conclusiones al capítulo III

1. La doctrina clásica reconoce dos instituciones que permiten enervar la acción resolutoria por incumplimiento: la “excepción de contrato no cumplido”; y el pago judicial de la deuda.
2. El Derecho Uniforme no reconoce ninguna de las instituciones antes referidas. Consagra en reemplazo de la “excepción de contrato no cumplido” la institución de “la suspensión de cumplimiento”; y no se puede enervar la acción resolutoria mediante el pago, ya que esta produce sus efectos desde que se comunica por parte del acreedor al su deudor la intención de resolver el contrato.
3. El NDCCH busca limitar ambas instituciones, así distinguen la “excepción de contrato no cumplido” con la “compensación en mora”, esta última estaría contemplada en el art. 1552. Añaden que la resolución por incumplimiento no exige mora del deudor por lo que no sería

²³⁹ VIDAL OLIVARES, Á. (2007a). op. cit. p. 56.

²⁴⁰ CORRAL TALCIANI, H. (2010). op. cit. p. 228.

²⁴¹ Ibid. p. 229.

²⁴² BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p. 425.

procedente el art. 1552. Sin embargo, no se pronuncian sobre la “suspensión de incumplimiento” ofrecido en el Derecho Uniforme.

4. La propuesta del NDCCH es novedosa en cuanto limitan del ámbito de la excepción a la resolución por incumplimiento, sin embargo son varios los autores que han identificado la “excepción de contrato no cumplido” con la figura de la “compensación en mora”.
5. Sobre la posibilidad de pagar judicialmente la deuda, el NDCCH manifiesta que el art. 310 del CPC no habilita a pagar la deuda. Sin embargo, para resolver el problema no basta una reinterpretación del art. 310 del CPC, ya que las normas sobre el pago están contempladas en el CC, y como tal debemos estudiar el pago por consignación, que es sino la institución que habilita a pagar judicialmente.

SEGUNDA PARTE:

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROPUESTA DEL NUEVO DERECHO DE LOS
CONTRATOS

CAPITULO I. EL ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL NDCCH RELACIONADA CON EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

En el presente capítulo analizará las ventajas y desventajas que presenta el modelo objetivo de incumplimiento que propone la NDCCH, reflexiones en torno a este concepto, la factibilidad y la conveniencia o inconveniencia en su incorporación en el ordenamiento nacional (de acuerdo a una relectura o reinterpretación).

También se estudiará el tipo del incumplimiento que habilita para declarar la resolución. La determinación de este incumplimiento reviste tal complejidad que no es un asunto zanjado, motivo por el cual se analizará la propuesta de la NDCCH, su viabilidad, coherencia.

1. El concepto de incumplimiento

Sin duda el cambio en el tráfico contractual, el cual ha dado paso a un mayor intercambio de bienes y servicios concentrándose principalmente en obligaciones genéricas de dar y obligaciones de hacer, ha repercutido notablemente en la contratación moderna dando lugar a la normativa ya estudiada en el plano internacional, la cual se ha adaptado a las nuevas formas de contratación contemplando soluciones de orden pragmático, facilitando el intercambio de bienes y servicios. Ante dicho escenario, nuestra legislación parecería estar al debe, lo que se debería a que nuestro Código Civil estructuraría su modelo obligacional desde las obligaciones de especie y cuerpo cierto, señalando poco y nada respecto a obligaciones de otro tipo.

Parte de la adaptación al comercio internacional involucraría una noción de incumplimiento más amplia que abarca un mayor número de situaciones, como también la exclusión de la consideración de la culpa para la determinación del incumplimiento propiamente tal.

1.1. ¿Es conveniente la propuesta del NDCCH?

A través de éste apartado, se analizará la propuesta del NDCCH respecto del concepto de incumplimiento, con el objeto de determinar si es conveniente su consagración. Para lo anterior,

revisaremos las ventajas y desventajas del concepto de incumplimiento que proponen (noción amplia, unitaria y objetiva); y ciertos aspectos problemáticos de la propuesta.

1.1.1. Una noción amplia, unitaria y objetiva de incumplimiento

El NDCCH propone la consideración de la satisfacción del interés del acreedor como punto de partida²⁴³, estableciendo un concepto amplio, unitario y objetivo. En ese sentido, se pretende reducir los problemas de cumplimiento e incumplimiento “a si el deudor desplegó, o no, la conducta debida”²⁴⁴, para lo cual se tomará en cuenta el plan ideal trazado por las partes. Este concepto revestiría la virtud de ser una fórmula inclusiva y sencilla que se enfocaría en el hecho de llevarse a cabo o no el fin práctico perseguido por el contrato, excluyendo otras consideraciones como lo son las situaciones de imposibilidad (inicial o sobreviniente) o la misma consideración de la culpa.

La forma de aplicar este concepto en la legislación nacional sería a partir de la relectura de las normas del pago, principalmente los arts. 1568 y 1569 del CC.

Dentro de las “ventajas” que se pueden ver en el nuevo concepto:

i. Se unifican los supuestos de incumplimiento, debiendo desaparecer los distintos regímenes especiales -como el de los vicios redhibitorios- facilitando así el ejercicio de los remedios para el acreedor, evitando los conflictos de cúmulo y coordinación de los mismos²⁴⁵.

ii. Bastará para el acreedor el mero incumplimiento para acceder a la gama de remedios que dispone el ordenamiento jurídico a su disposición, sin perjuicio de los requisitos específicos que pueda tener cada mecanismo.

²⁴³ Se señala al respecto: “En las obligaciones con objeto fungible el deudor se obliga a desplegar toda la actividad que sea necesaria para alcanzar el fin último del contrato. Y este fin es la satisfacción del interés del acreedor”. VIDAL OLIVARES, Á. (2007a). op cit. p. 44.

²⁴⁴ *Ibíd.* p. 56.

²⁴⁵ Cfr. CLEMENTE MEORO, M. (2011). *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española*. Boletín del Ministerio de Justicia (2131). p.5.

iii. *La exclusión de la culpa en la configuración del incumplimiento*, que condicionaría el sistema de remedios al arbitrio de la conducta del deudor²⁴⁶, dándose lugar al ejercicio de los remedios que la ley establece a elección del acreedor, sin perjuicio de lo que se acotará más adelante respecto al rol de la culpa.

iv. *La consideración de la “imposibilidad inicial”* dentro de los supuestos de incumplimiento, determinaría que la responsabilidad del deudor -que promete una prestación imposible- se encuadre en el sistema de responsabilidad contractual y no en otros -precontractual o extracontractual-²⁴⁷ de esta forma el acreedor puede obtener una pretensión resarcitoria mediante la indemnización de perjuicios y, en particular, el interés positivo.

v. *Respecto al “caso fortuito”*, este solo tendrá influencia frente al remedio indemnizatorio como causal que exonera de responsabilidad, en ese sentido se señala que “(...) el caso fortuito sólo excluye uno de los mecanismos previstos por el legislador a favor del acreedor insatisfecho: la indemnización de perjuicios. Conforme se desprende de los artículos 1547 y 1558 del *Código Civil*, éste es el único remedio afectado por la concurrencia del mismo. Y esto es así porque de todos los medios de protección del acreedor frente a la falta de fiel y oportuno cumplimiento, el único que requiere de un examen de la conducta o comportamiento del deudor es el remedio resarcitorio”²⁴⁸.

vi. *La desaparición de la “teoría de los riesgos”*, debido al nuevo enfoque centrado en el plan ideal trazado por los contratantes, puesto que no tiene sentido una regla de distribución de riesgos en un sistema donde el incumplimiento es cualquier desviación del plan ideal querido por los contratantes. Esta ventaja no ha sido desarrollada por el NDCCH, sin embargo es una consecuencia del concepto de incumplimiento propuesto²⁴⁹.

²⁴⁶ Cfr. MEJÍAS ALONZO, C. (2008). *El incumplimiento contractual y sus modalidades*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor), *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 459-478). Santiago: LegalPublishing. pp. 459-463.

²⁴⁷ Cfr. MORALES MORENO, A. (2014a). op. cit. pp. 40-53.

²⁴⁸ BRANTT ZUMARAN, M. (2011). op. cit. p. 79.

²⁴⁹ MORALES MORENO, A. (2006). op. cit. pp. 33-34.

Ahora bien, podemos evidenciar algunas desventajas:

i. La poca claridad en torno a lo que debemos entender por prestación, si bien se apunta al “interés del acreedor” o fin práctico (haciéndose una comparación entre objeto real y objeto ideal), no resulta claro a lo que resultan obligadas las partes. El concepto resulta ser tan amplio que cualquier situación se podría encuadrar en incumplimiento, lo que consecuentemente podrá poner a disposición del acreedor los remedios que se establecen en su favor.

ii. Se evidencia una contradicción en la comparación entre objeto real y objeto ideal, hacer esta comparación resulta tan amplia que basta que el deudor se aleje de la conducta debida para que incurra en incumplimiento, pese a que se haya obtenido el resultado final querido por el acreedor, ya que no habría coincidencia entre objeto real e ideal.

iii. La poca claridad con el concepto de prestación y la consideración objetiva del incumplimiento, podría llevar que, en la práctica, todas las obligaciones sean tratadas como obligaciones de resultado, esto debido a que cualquier desviación del programa ideal querido por las partes constituirá incumplimiento. En ese sentido el NDCCH omite la cabida a la distinción entre "obligaciones de medio" y "obligaciones de resultado", clasificación que incluso no fue contemplada en la PMDOC.

*iv. La unificación de los supuestos de incumplimiento se haría en plena consciencia y en perjuicio de la legislación especial*²⁵⁰, pretendiéndose eliminar de esta forma disposiciones que regulan situaciones particulares como en el caso de los vicios redhibitorios, saneamiento de la evicción, nulidades, entre otras. Por ejemplo, los vicios redhibitorios siguen una lógica específica al estar reguladas a propósito del contrato de venta; establecen requisitos y plazos en relación con el tráfico contractual y la certeza jurídica, lo que se puede apreciar con sus plazos de prescripción breve (siendo discutido su fundamento en cuanto si corresponde a un supuesto de error, incumplimiento o lesión²⁵¹).

v. Se establecería prácticamente un único plazo de prescripción, lo que si bien puede resultar útil, perjudicaría a las acciones que por su naturaleza requiera ser ejercidas en menos

²⁵⁰ Cfr. CAPRILE BIERMANN, B. (2006). *Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad*. En CORRAL TALCIANI, H. y RODRÍGUEZ PINTO, M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial LexisNexis.

²⁵¹ Cfr. *Ibíd.* p. 574.

tiempo, como es en el caso de las acciones edilicias, que por su naturaleza y por certeza jurídica son necesarios plazos de prescripción breves. Esto es así por la necesidad de seguridad en el tráfico contractual, permitiéndose de este modo perpetuar acciones en años, toda vez que en el contrato de venta, y en particular de los vicios redhibitorios, se tiene en especial consideración el carácter de los contratantes, esto es, su profesión u oficio, sancionándose su negligencia.

vi. La propuesta de establecer un cuadro de remedios frente al incumplimiento no resulta ser novedoso. En Chile ya existen acciones que tienen por objeto resguardar a las partes ante el incumplimiento, dentro de las que tradicionalmente encontramos al cumplimiento específico, resolución por incumplimiento e indemnización de perjuicios. Ahora bien, no debemos dejar de lado otras acciones que la ley contempla para resguardar al contratante que se puede ver perjudicado, como lo es en el caso de los denominados “derechos auxiliares del acreedor”²⁵², que tiene por objeto “impedir que el patrimonio del deudor disminuya de modo que se torne insuficiente para responder de las obligaciones contraídas”²⁵³ como también “acrecentar el patrimonio del deudor, bien sea mediante la incorporación de nuevos bienes, bien por medio del reintegro de los que el deudor hizo salir, en fraude y con perjuicio de sus acreedores”²⁵⁴, encontrando dentro de estos derechos las medidas conservativas, la acción oblicua o subrogatoria, la acción pauliana o revocatoria y el beneficio de separación.

vii. La consideración del interés del acreedor resulta ser excesivo y desmesurado. La propuesta en principio ofrece el resguardo de ambos intereses, del acreedor y deudor, pero en la práctica resulta ser la protección del primero, como se verá en páginas siguientes.

ix. Respecto a los casos de imposibilidad o caso fortuito, nos parece que dicha regulación atiende principalmente a las obligaciones de especie y cuerpo cierto. Si consideramos que el tráfico contractual se centra en obligaciones fungibles, hay consenso en que la obligación no se extingue por dichos medios, por lo que en principio no habría mayor novedad en su aplicación, quedando relegado su consideración a un tipo minoritario de obligaciones. Sin perjuicio de que

²⁵² Cfr. MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. pp. 149-150.

²⁵³ *Ibid.* p. 150.

²⁵⁴ *Ídem.*

se señale que el caso fortuito opera como eximente de responsabilidad, sin considerar el tipo de obligación incumplida²⁵⁵.

x. Cabe señalar que en el Derecho Uniforme existe reconocimiento de determinadas situaciones donde se contempla la imposibilidad²⁵⁶.

1.1.2. Resguardo al interés del deudor. El NDCCH y las cargas del acreedor

El desarrollo del interés del deudor ha sido escasamente abordado por el NDCCH, obviando los intereses que pueda haber en juego para dicha parte. Podría considerarse un contrasentido pretender velar por el resguardo del interés del deudor si éste ha incumplido, ya que la propuesta del NDC erradica cualquier consideración subjetiva en la configuración del incumplimiento, de tal forma que puede haber incumplimiento y que este sea ajeno e incluso contrario a la voluntad del deudor.

Dentro de la nueva perspectiva del NDCCH se esbozan algunas referencias al interés del deudor y en palabras del profesor Álvaro Vidal “la mirada, no refiere exclusivamente al acreedor, sino también al deudor y aquello se manifiesta en fijarle límites a su actuación en lo que concierne al ejercicio de sus derechos, pretensiones o facultades, y también, en imponerle deberes de conducta más allá de lo prevenido expresamente por la norma dispositiva”²⁵⁷, lo que se encontraría resguardado mediante el principio de la buena fe contenido en el art. 1556.

Si bien existe un reconocimiento al interés del deudor, este se ve de manera residual a propósito del interés de acreedor, expresándose como límite o cargas al acreedor, cuyas infracciones en sí no traen aparejadas sanciones cuantitativamente considerables.

La profesora Patricia López estudia el interés del deudor como uno de los límites al ejercicio del derecho de opción del acreedor, catalogándolo como un límite intrínseco el cual “consiste en liberarse del cumplimiento de la obligación y no ver agravada su posición en el vínculo obligatorio como consecuencia del incumplimiento. En efecto, el propósito del deudor será evitar que el acreedor obstaculice indefinidamente la ejecución de la obligación o que lo

²⁵⁵ BRANTT ZUMARAN, M. (2011). op. cit. pp. 71 y ss.

²⁵⁶ Cfr. PECL art. 9:303 (1) y (4) y DCFR art. III-3:104 (4)

²⁵⁷ VIDAL OLIVARES, Á. (2015). op. cit. p. 556.

mantenga obligado si el cumplimiento ha devenido en imposible como consecuencia de un caso fortuito”²⁵⁸.

La autora entiende el interés del deudor como un verdadero derecho a no ver agravada su situación y en ese sentido lo ejemplifica mediante una serie de disposiciones que resguardarían esta situación²⁵⁹, no obstante la autora desde ya rechaza una equivalencia entre el interés del acreedor y del deudor por considerar que el deudor “objetivamente ha causado la insatisfacción por incumplimiento”²⁶⁰.

No compartimos los postulados de la profesora López por cuanto restringe el interés del deudor a un tema de liberación del vínculo contractual y a evitar una eventual agravación de su situación. Resulta difícil dotar al interés del deudor de un único concepto debido a la variada gama de intereses que pueden confluir, sin embargo consideramos que el interés del deudor abarca más de lo expresado por la autora y debe conformarse principalmente con su “derecho a cumplir”. En ese sentido se han planteado situaciones tales como:

- 1) Que el interés del deudor se materializa en el derecho a cumplir en general²⁶¹, ya sea como forma de preservar la imagen o prestigio profesional; con el fin de no recibir beneficios no deseados (como en el caso de existir una remisión); el derecho a cumplir personalmente y no un tercero, a efectos de que no se subrogue como nuevo acreedor, etc.
- 2) De igual forma se puede ver en la adopción de las soluciones menos gravosas para él, en la medida que existan varios mecanismos para solucionar el incumplimiento, se deberá optar la que resulte menos gravoso. En ese sentido el deudor se podría ver compelido a incurrir en excesivos gastos que lo priven de cualquier beneficio en el contrato.

²⁵⁸ LÓPEZ DÍAZ, P. (2015). op. cit. p. 121.

²⁵⁹ Se citan como ejemplo los arts. 1461, 1547, 1558, 1576, 1680, 1827, entre otros, que establecerían un límite al actuar y responsabilidad del deudor, en LÓPEZ DÍAZ, P. (2015). op. cit. pp. 122-123.

²⁶⁰ *Ibíd.* p. 124.

²⁶¹ El Código Civil reconoce este derecho a través de la figura del pago por consignación; y reconoce que el deudor puede sufrir perjuicios por el no pago al establecer la figura de la mora del acreedor (art. 1.548, 1.552, 1.558, 1.604, 1.680 y 1130).

- 3) La colaboración del acreedor para que el deudor pueda cumplir, en el sentido que el acreedor no trunque la expectativa del deudor, es así como se reconoce la mora del acreedor.
- 4) La liberación del vínculo, de tal forma que el deudor no sea responsable posteriormente.

Por otro lado, la autora es contraria a una paridad entre los intereses de las partes (considerados como acreedor y deudor), lo que tampoco compartimos. El fundamento de tal desigualdad se ampara en el supuesto hecho de que objetivamente el deudor provoca la insatisfacción por el incumplimiento. Si bien la técnica del incumplimiento objetivo absorbe distintas situaciones que constituirán incumplimiento, ello es distinto a señalar que objetivamente es producido por el deudor, puesto que habrá situaciones de incumplimiento que se deban a situaciones externas, como el caso fortuito o fuerza mayor, donde tal incumplimiento se atribuirá al deudor pese a ser ajeno a su voluntad, pero ello se trata de un tema de distribución de riesgos. Por estas consideraciones no resulta ser sustentable el argumento de la desigualdad, debiendo tutelarse el interés del deudor, sobre todo si se le atribuyen situaciones que pueden ser ajenas y no deseadas a su voluntad.

Paralelamente a lo señalado precedentemente, el NDCCH ha desarrollado una serie de cargas o límites al ejercicio al ejercicio del derecho de opción del acreedor, dentro de lo que podemos enunciar brevemente:

a) *La razonable gestión de los remedios*: Según lo cual se resguarda el interés del deudor mediante un ejercicio razonable de los remedios, es decir, que no sea abusivo o desproporcionado²⁶². Se puede observar esta morigeración en la desproporción en lo que se ha denominado “límite económico de la pretensión de cumplimiento”, la que tiene lugar en casos de cumplimiento específico cuando el ejercicio de tal remedio irroga un sacrificio o un coste tal que resulta desproporcionado para el deudor en comparación a la utilidad que le reporta el contrato²⁶³. En tal caso no se debe optar a dicho remedio en la medida que haya otro remedio que pueda satisfacer el interés del acreedor y signifique un menor costo para el deudor.

²⁶² Cfr. 94. *Ibíd.* p. 557; y PIZARRO WILSON, C. (2014). *Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (1), p. 212.

²⁶³ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, P. (2015). *op. cit.* pp. 563-564.

Sin perjuicio de ello, pareciera que el art. 1489 del CC impide la razonable gestión de remedios al establecer en términos absolutos “podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato...” y de manera similar el art. 1873 del CC “el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta...”, no estableciendo preferencias ni parámetros en la elección de la acción.

b) La obligación de mitigar o minimizar el daño: Bajo este supuesto el acreedor debe reaccionar para reducir los perjuicios irrogados por el incumplimiento, por cuanto deberá desplegar una conducta tendiente a satisfacer su interés aunque signifique la inversión de dineros para ello²⁶⁴. Esta carga beneficiaría ambas partes, al acreedor por cuanto debe tomar la vía que mejor satisfaga su interés y al deudor, por cuanto se puede establecer un límite a la responsabilidad de éste. La limitación de la responsabilidad del deudor se configura en cuanto éste no responderá por las consecuencias derivadas de la inactividad del acreedor²⁶⁵.

En la práctica se llevaría a cabo por cuanto el acreedor debe actuar de manera “oportuna y rápida; en segundo lugar, se requiere proceder a sustituir la prestación (*sic*) comprometida por una que le sea equivalente y, quizá, la más cuestionable, el acreedor se encontraría compelido a aceptar una prestación distinta a aquella emanada del acuerdo primigenio, a condición que sea razonable operar de esa manera”²⁶⁶.

La obligación de minimizar el daño descansa esencialmente en un sistema donde el acreedor tenga una libre disposición de los remedios o mecanismos ante el incumplimiento, debiendo adoptar el que mejor se acerque a su interés y minimice las pérdidas, so pena de no considerarse su perjuicio irrogado por su pasividad.²⁶⁷

De lo anterior se debe concluir que de haberse paleado los posibles perjuicios o de haber resultado alguna ganancia, ya sea por alguna operación de remplazo u otra conducta adoptada, el deudor nada deberá indemnizar.

²⁶⁴ Cfr. PIZARRO WILSON, C. (2013). *Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (41): 69-82. p. 73; VIDAL OLIVARES, Á. (2015). op. cit. p. 557.

²⁶⁵ Cfr. *Ibíd.* p. 74.

²⁶⁶ *Ibíd.* p. 79.

²⁶⁷ Cfr. PIZARRO WILSON, C. (2013). op cit. p. 74.

En Chile se propone su inserción mediante la causalidad de acuerdo a la regla del art. 1558, norma que regula los alcances de la responsabilidad del deudor hasta los daños que son una consecuencia directa e inmediata, sin perjuicio de su actuar doloso²⁶⁸. Sin perjuicio, el mismo profesor Pizarro reconoce la dificultad que representa la causalidad al ser una materia aún oscura en nuestro ordenamiento jurídico²⁶⁹.

c) El abuso del derecho: Se propone como límite extrínseco a la elección de los distintos remedios por el acreedor, con el objeto evitar cualquier posible perjuicio en el interés del deudor²⁷⁰. El supuesto se pone en los casos de ejercicio de la elección del acreedor, donde más que satisfacer su interés, se haga con miras a lesionar al deudor.

La profesora Patricia López propone como requisitos de su configuración:

- i. Ejercicio del derecho de opción por el acreedor;
- ii. Intención de lesionar el interés contractual del deudor;
- iii. Lesión del interés contractual del deudor.

Generándonos dudas el segundo requisito en cuanto a la prueba del mismo, ya que la intención de lesionar se debe asimilar necesariamente a la del “dolo”²⁷¹, por lo que será un desafío al órgano jurisdiccional la determinación del abuso en la medida que no sea evidente como en los casos expuestos en la obra referida, ya que en muchas situaciones pueden coincidir en parte el interés del acreedor y en parte la lesión, existiendo zonas en que la judicatura no tendrá cómo saber si dicho interés puede ser satisfecho de manera distinta.

La consideración del abuso del derecho importa una clara consideración de índole subjetiva en el actuar del acreedor, lo que representará una carga adicional al deudor para hacerlo valer en juicio, motivo por lo que no resulta extraño su escaso desarrollo doctrinal y

²⁶⁸ *Ibíd.* p. 77.

²⁶⁹ *Ídem.*

²⁷⁰ Para ver el desarrollo completo de la institución LÓPEZ DÍAZ, P. (2012). *El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual*. En *Revista Chilena de Derecho Privado* (19): 13-62.

²⁷¹ A nivel comparado, se ha estudiado el problema del abuso del derecho como “un problema de la valoración de actos de ejercicio del derecho, los cuales se ejercitan formalmente en el ámbito del contenido del derecho, pero manifiestan en sustancia una desviación respecto al propósito de realizar el interés protegido” MORALES HERVIAS, R. (2010). *Las patologías y los remedios del contrato*. (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 74.

jurisprudencial. No obstante, ciertas disposiciones permitirían su consagración, a saber, los arts. 1868 y 1928 del CC, que restringen la elección del acreedor en caso de incumplimientos que no revisten el carácter de graves²⁷².

Lo señalado por la autora en cuanto “Invocando el abuso del derecho de opción el deudor podrá proteger su interés de liberarse del vínculo obligatorio y no ver agravada su posición en éste en forma excesiva o gravosa, dado que el juez debe propender al justo equilibrio de los intereses contractuales, de modo que desestimaré la pretensión de cumplimiento específico o la resolución solicitadas por el acreedor, cuando tal pretensión no sea procedente o el incumplimiento sea insignificante, respectivamente”²⁷³ resulta ser una solución ilusoria, debido a que son conocidas las dificultades para hacer valer el abuso del derecho, por lo que no bastaría sencillamente con “invocar” este abuso de opción.

1.1.3. El incumplimiento como acto antijurídico

Una interpretación literal del Código Civil nos lleva a concluir que en la configuración del incumplimiento (y el propio ejercicio de la resolución) no se ha de considerar la culpa. Sin perjuicio de esto, el profesor Abeliuk -que normativamente entiende el incumplimiento de manera objetiva- reconoce que para la ley no puede ser indiferente la causa del incumplimiento, lo que lo motiva a considerar la conducta del deudor a la hora de clasificar el incumplimiento en voluntario e involuntario, donde se podrá excluir la responsabilidad si ocurre un caso fortuito o fuerza mayor²⁷⁴. Fernando Fueyo lo entiende, citando a Puig Peña, “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 conducta*”²⁷⁵.

²⁷² Cfr. LÓPEZ DÍAZ, P. (2012). op. cit. p. 36.

²⁷³ *Ibíd.* p. 53.

²⁷⁴ En ese sentido el autor señala que el incumplimiento voluntario se puede producir por: a) por culpa o dolo del deudor (el que hará nacer responsabilidad del deudor); b) por acuerdo entre deudor y acreedor (el cual liberará de responsabilidad al deudor; c) en las situaciones en que opera la excepción de contrato no cumplido o derecho legal de retención. El autor se refiere a responsabilidad en sentido amplio no limitándolo a la indemnización de perjuicios, en ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. pp. 923-924.

²⁷⁵ FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. p. 256.

La consideración de la imputabilidad del incumplimiento ha llevado a plantear el carácter “antijurídico” o “injusto” del mismo, así Abeliuk señala que “El incumplimiento es evidentemente un acto injusto, contrario a derecho, cuando él es imputable al deudor”²⁷⁶, de la misma forma Fueyo lo considera una modalidad del injusto²⁷⁷. La principal diferencia que se puede observar en ambos autores es que: mientras que para Abeliuk el carácter de imputable denota la antijuridicidad o lo injusto del incumplimiento²⁷⁸, Fueyo parte de la base de que el incumplimiento es un injusto, por lo cual hace extensible los requisitos del injusto al incumplimiento dentro de los cuales se encuentra la culpabilidad del deudor²⁷⁹.

A grandes rasgos debemos entender que acto antijurídico o injusto es aquel que quebranta una norma jurídica ante lo cual el ordenamiento prevé una sanción penal o civil dependiendo de su gravedad²⁸⁰. El entendimiento del incumplimiento como acto injusto ha llevado a incluirlo en la “teoría del injusto”, según la cual la sociedad se vería igualmente afectada no solo mediante la transgresión de normas que resguardan un interés colectivo, sino que también cualquier relación que se cree al amparo de la ley, por lo que no habría diferencia en la transgresión de normas penales o civiles²⁸¹. De igual forma la consideración del incumplimiento como un acto antijurídico ha sido asociada a la teoría unitaria de la responsabilidad civil donde se busca unificar la responsabilidad extracontractual y contractual entendiendo que hay responsabilidad cada vez que hay una infracción al ordenamiento jurídico ya sea mediante un acto ilícito o mediante el incumplimiento, postura que no ha tenido mayor recepción en la doctrina nacional²⁸².

De lo expuesto hasta el momento pareciera ser que la consideración del incumplimiento como injusto iría indisolublemente vinculado a la imputabilidad del mismo a la persona del deudor.

²⁷⁶ ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 927.

²⁷⁷ Cfr. FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. 258.

²⁷⁸ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 927.

²⁷⁹ Cfr. FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. pp. 258-259.

²⁸⁰ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. p. 927.

²⁸¹ Cfr. FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. pp. 256-258.

²⁸² Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. pp. 1101-1106.

Tomando en cuenta la fuerte tendencia a la objetivación, consideramos que hay una mejor explicación en la obra del profesor Hugo Cárdenas, quien entiende el incumplimiento “como un hecho objetivamente antijurídico, y que el concepto de antijuridicidad objetiva en tanto que acto contrario al ordenamiento jurídico globalmente considerado”²⁸³, de lo cual se desprende que por el sólo quebrantamiento del ordenamiento se produce el injusto y que hay una reacción del mismo ordenamiento frente a dicho acto. Este entendimiento tiene la virtud de explicar de mejor forma el incumplimiento, sin revestirlo de caracteres artificiales que no le son propios -como pretende el NDC-. El incumplimiento como injusto objetivamente considerado prescinde de las consideraciones subjetivas vinculadas al acto, por lo que el incumplimiento - culpable o no- será un acto injusto u objetivamente antijurídico, lo que permitirá al acreedor optar entre los mecanismos que la ley establece en su favor, sin perjuicios que el actuar doloso o culpable genere la obligación de indemnizar los perjuicios²⁸⁴.

1.1.4. Lo objetivo para el acreedor, lo subjetivo para el deudor. El problema de la consideración del abuso del derecho como límite al ejercicio de las acciones por parte del acreedor

Uno de los puntos criticables es que la propuesta cae en una gran contradicción que creemos relevante resaltar consistente en el carácter “objetivo” del incumplimiento. Más que eliminar cualquier subjetividad -o relegarla a la indemnización de perjuicios- invierte la regla, recayendo de esta forma sobre el deudor acreditar que el ejercicio de las acciones o remedios se hacen al margen del espíritu de la propuesta.

Para efectos de impugnar la elección del acreedor se ha postulado apelar al denominado “abuso del derecho” o a la “gestión razonable”²⁸⁵, que no es más que una figura ficticia para quien la mira, transformándose en un incierto su prueba. Se debe tener presente que el abuso del

²⁸³ CÁRDENAS VILLAREAL, H. (2011b). op cit. p. 722.

²⁸⁴ Cfr. Ibíd. pp. 719-723; BARAONA GONZÁLEZ, J. (2014). *La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre Contratos: Un marco comparativo*. En Revista Chilena de Derecho 41 (2): 381-408. A., AMEAL, O. y CABANA, R. (1995). *Derecho de obligaciones: civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. pp. 160-162.

²⁸⁵ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2015). op. cit.

derecho es una institución que tiene reconocimiento en nuestro ordenamiento, no obstante su aplicación ha sido cuestionada y escasamente desarrollada.

Otro punto criticable es el hecho de que, al margen de reconocer un régimen culpabilístico, el acreedor se encontraba resguardado por el art. 1547 inciso 3° que consagra una presunción de culpa por cuanto “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. Así, al acreedor le basta con acreditar el incumplimiento sin necesidad de probar la culpa, sin perjuicio de las dudas a propósito de las obligaciones de medio y resultado²⁸⁶. Es más, la mera falta de culpa se ha cuestionado como forma de exonerar al deudor²⁸⁷, exigiéndose mayoritariamente la existencia de un caso fortuito o fuerza, los cuales al tenor del mismo artículo corresponde probarlos al que lo alega.

1.2. ¿Es viable la propuesta?

El NDCCH realiza una interpretación de las normas del Derecho Uniforme a partir del interés del acreedor²⁸⁸. Mediante esta interpretación se pretende configurar un sistema de responsabilidad contractual centrado en el interés del acreedor, generando un desequilibrio en el resguardo equitativo de los derechos de los contratantes. Esta interpretación iría en contra de la equidad y reciprocidad que mantiene en su espíritu nuestra legislación a lo largo de sus normas (arts. 24 y 1546 CC y 170 n°5 CPC), por lo que no es posible aceptar la propuesta sin una reforma.

Se aprecia una inconsistencia en la forma de interpretar que presenta en NDCCH, ya que a través de normas especiales (como el caso de las normas del arrendamiento, en especial el art. 1926, el art. 1863 en relación a los vicios redhibitorios y los arts. 1877 a 1880 del pacto comisorio, entre otras) se pretenden construir regímenes generales. No obstante se omiten otras disposiciones de manera conveniente, como el caso de la regulación de las acciones edilicias, en los artículos 1837 a 1870, de la lesión enorme arts. 1888 a 1896 y en el caso de la pérdida de

²⁸⁶ En ese sentido se postula que la regla de la presunción de culpa no resulta aplicable a las obligaciones de medio y que la carga de la prueba correspondería al acreedor o demandante, Cfr. CÁRDENAS VILLAREAL, H. (2011a). op. cit.

²⁸⁷ ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). op. cit. pp. 978-980.

²⁸⁸ El Derecho Uniforme no se refiere al interés del acreedor.

la cosa que se debe, arts. 1670 a 1680, entre otras, donde se establecen casos situaciones especiales que no es posible conciliar con un incumplimiento objetivo.

En contraposición a la relectura y reinterpretación que propone el NDCCH, para dar una lectura coherente y armónica a nuestro código y sus diversas disposiciones, pareciera resultar más verosímil un régimen de incumplimiento contractual subjetivo, como se puede observar, por ejemplo, en el carácter tripartito que recoge nuestro código en los arts. 44 y 1537²⁸⁹ respecto de la culpa. Lo anterior sin perjuicio que reconozcamos la conveniencia de reformar el código en esta materia.

Sin perjuicio de aceptarse la propuesta en cuanto al incumplimiento, lo que no puede pasar inadvertido son los regímenes especiales. De existir imposibilidad inicial por no existir la prestación, habrá un vicio de nulidad que se deberá sanear por la vía respectiva; de existir vicios ocultos en la cosa, se deberá resolver los temas relacionados a los límites de aplicación y el cúmulo de acciones. Una interpretación en otro sentido sería *contra legem* y al margen de estar o no de acuerdo no se puede aplicar sin reforma.

De la misma forma, sin una reforma otras instituciones mantendrían su vigencia como resulta con la denominada teoría de los riesgos, que traspasaría los riesgos al acreedor en los casos de obligaciones de especie o cuerpo cierto.

2. Las diferencias en la concepción de la resolución por incumplimiento

Las diferencias entre la concepción nacional clásica de la resolución por incumplimiento y la contenida en el Derecho Uniforme motivaron la propuesta del NDCCH en los siguientes puntos: la determinación del incumplimiento que habilita la resolución, la imputabilidad (que fue tratada en el punto anterior a propósito del incumplimiento), su forma de ejercicio y la posibilidad de resolver anticipadamente, previniendo el incumplimiento.

2.1. La determinación del incumplimiento que habilita la resolución

Sin perjuicio de que la doctrina tradicional hacía patente la exigibilidad de cualquier incumplimiento a efectos de resolver el contrato, no es menos cierto que con la evolución de la

²⁸⁹ Cfr. CÁRDENAS VILLARROEL, H. (2011a). op. cit. pp. 107-110.

doctrina y la jurisprudencia se comenzó a exigir algún tipo de incumplimiento a efectos de resolver el vínculo jurídico.

No es posible sostener que cualquier incumplimiento dé lugar a la resolución, así se ha señalado que la postura tradicional se ampara fundamentalmente en el tenor literal de la norma sin dar lugar a consideraciones de otra índole²⁹⁰. Una interpretación exegética carecería de contenido y no daría seguridad en el tráfico contractual ante la inminencia de resolver el vínculo contractual con el acaecer de algún incumplimiento.

2.1.1. El análisis de la propuesta

En este apartado se revisarán tres problemas respecto de la resolución por incumplimiento: el problema del denominado “cumplimiento resolutorio”; la posibilidad del ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento; y la resolución anticipada del contrato.

2.1.1.1. La construcción del incumplimiento calificado

La restricción de la resolución de no proceder respecto de cualquier incumplimiento se condice necesariamente con la buena fe contractual, la equidad y la reciprocidad²⁹¹, sin dejar fuera, claro está, consideraciones de índole económica. Por lo tanto, para la procedencia de la resolución no puede tratarse sobre cualquier incumplimiento y, en cuanto a su determinación, esta debe ser casuística y amparada en los principios de la buena fe, la equidad natural y la reciprocidad, como se verá más adelante.

Las nuevas tendencias del NDC han denominado al incumplimiento que habilita la resolución como “incumplimiento resolutorio”²⁹², de lo que mantendremos distancia y nos contentaremos con caracterizarlo como un incumplimiento calificado²⁹³.

²⁹⁰ Cfr. MEJÍAS ALONZO, C. (2013). op. cit. pp. 122-125.

²⁹¹ Cfr. CLARO SOLAR, L. (1936). op. cit. pp. 190-192; FUEYO LANERI, F. (2004). op. cit. p. 312; PEÑAILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. pp. 26-29.

²⁹² Cfr. MEJÍAS ALONZO, C. (2011). op. cit.; SAN MIGUEL PRADERAS, L. (2011). op. cit.

²⁹³ Como en un principio el profesor Peñaillo señala. Cfr. PEÑAILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p. 18.

Parte del NDCCH ha llegado a plantear que la necesidad de un “incumplimiento resolutorio” responde a la necesidad de garantizar la satisfacción y protección interés del acreedor. Se ha señalado que la resolución quedaría “reservada para aquellos incumplimientos que revistan una cierta gravedad según su efecto en el interés del acreedor”²⁹⁴.

Para articular el “incumplimiento resolutorio” se recurre al Derecho Uniforme y se extraen -de manera conveniente- criterios como: *a)* la determinación del incumplimiento que habilitará la resolución realizada por las partes; *b)* la privación sustancial de la finalidad perseguida por el contrato, en la medida que haya sido previsible; y *c)* en casos de pérdida de confianza de una de las partes, respecto del cumplimiento de la otra. Tales criterios -como ya se observó- buscan ser consagrados mediante una relectura en determinados pasajes del Código Civil²⁹⁵.

Tomar en cuenta el interés del acreedor para fundamentar la calificación del incumplimiento resulta ser algo sesgado y pareciera obviar deliberadamente las consideraciones de la legislación uniforme en cuanto al reconocimiento de la repercusión económica en el deudor como criterio relevante a considerar, así es el caso de los UPICC que expresamente señalan:

*(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento*²⁹⁶.

Tal supuesto, cabe señalar, no resulta arbitrario y tiene lugar en los casos que la parte deudora se prepara para cumplir o se ofrece a hacerlo, no habiéndolo hecho en tiempo y forma. Ver este despliegue en la conducta del deudor servirá para ver si resulta desproporcionado o no considerar “esencial” su incumplimiento, lo que daría lugar a la resolución consecuencialmente. Así, tomando el mismo ejemplo de los UPICC, se puede graficar en²⁹⁷:

²⁹⁴ PIZARRO WILSON, C. (2008). op. cit. p. 401. En el mismo sentido VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. p. 33. y PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p. 58.

²⁹⁵ MEJÍAS ALONZO, C. (2013). op. cit. pp. 205-287.

²⁹⁶ Art. 7.3.1.

²⁹⁷ Ejemplo base obtenido de INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012). op. cit. p. 299.

Situación base: B se compromete a desarrollar un software para A en una determinada fecha. Llegada la fecha en que se debe poner el software a disposición, éste no se entrega²⁹⁸.

Supuesto A: El software que se solicitó desarrollar a B resulta ser exclusivo para A, por ende no es posible ofrecerlo a otro contratante, y B se encuentra preparando el cumplimiento u ofreció entregarlo en otra fecha.

Pareciera evidente que resolver el contrato en dichos términos provocaría una situación gravosa para el deudor, considerando que se encuentra en vías de poder cumplir y que se trata de un software exclusivo, el cual difícilmente - si acaso ya no es posible- podrá ofrecer a un tercero. Esta situación no puede pasar inadvertida y debe ser totalmente considerada al momento de hacer procedente la resolución.

Supuesto B: El software que se encargó a B no resulta ser exclusivo para A y B se encuentra preparando u ofreció una fecha de entrega.

Aquí la situación ya es diversa, el hecho que no se trate de un software exclusivo deja las puertas abiertas para que B pueda contratar con un tercero en caso que se resuelva el contrato, lo que no debería generar mayores perjuicios para B al poder disponer del software con otro contratante.

Supuesto C: B no se encuentra preparando el cumplimiento y no ha ofrecido fecha de entrega.

Al margen que se trate de un software exclusivo o no, pareciera que la solución debe ser la misma, es decir, no se debe considerar el perjuicio del deudor en la resolución. Esto principalmente debido a la falta de interés y, al no haber dado principio de querer cumplir, no se vería perjudicado mayormente en el caso que fuese exclusivo.

A mayor abundamiento, el PMDOC distingue entre incumplimiento esencial, el cual habilitará la resolución²⁹⁹, y otro no esencial, que consiste en retraso o falta de conformidad. El PMDOC resguarda el interés del deudor -en los casos de incumplimiento no esencial- mediante el establecimiento de plazos de gracia, así, en casos de retraso o falta de conformidad de la prestación se establece un plazo razonable para cumplir o subsanar (art. 1200 PMDOC); en caso

²⁹⁸ Para efectos meramente ilustrativos no se considerarán los costos de transacción asociados.

²⁹⁹ Cfr. Art. 1199.

de ofrecerse tardíamente el cumplimiento o de manera no conforme al contrato, el acreedor cuenta con un plazo razonable para ejercer la acción resolutoria (art. 1201 PMDOC).

Es así como -de seguir esta postura- se debería conjugar la situación del deudor con otras consideraciones, entre ellas las que atañen al acreedor (y su interés si se prefiere), para determinar el incumplimiento que habilitará la resolución, como se aprecia en el Derecho Uniforme principalmente en los UPICC.

Debe ponderarse la relación beneficio/pérdida entre que el acreedor pueda resolver el contrato -ya sea para no contratar o contratar con un tercero- y el perjuicio experimentado por el deudor. En ese sentido si el beneficio del acreedor en resolver resulta ser marginal en comparación al perjuicio experimentando por la otra parte, ha de considerarse desproporcionado. No es menos cierto que si el cumplimiento del deudor no resulta útil bajo ningún supuesto y que el perjuicio de la parte cumplidora es tal que sólo se pueda salvaguardar con otra operación, no debiese excluirse la resolución, pese a la preparación de cumplimiento o la oferta del mismo y al eventual perjuicio que se provocará con la resolución.

Por otro lado se deben considerar un tiempo pertinente para la interposición de la acción, ya sea mediante un aviso previo en determinados casos, como la interposición de la misma en un plazo razonable si es que se ofreció cumplir de manera no conforme o tardía.

2.1.1.2. El interés del acreedor *versus* el interés del deudor

La postura del NDCCH tiene su énfasis en el interés del acreedor. El incumplimiento habilitará la resolución, principalmente, en la medida que el impacto que se produzca en el interés del acreedor sea tal que lo prive de una parte substancial de lo que tuviere derecho a recibir.

Como se ha podido observar, el resguardo al interés del deudor resulta ser residual. La doctrina nacional emergente partidaria del NDCCH omite un desarrollo acabado del resguardo de dicho interés. La exigencia de un incumplimiento resolutorio responde a la necesidad de equilibrio en el resguardo de los intereses de las partes contratantes, garantizándose de este

modo la persona del deudor mediante el resguardo de su derecho o interés en cumplir³⁰⁰, limitándose esta facultad únicamente en casos calificados. Algunas de las consideraciones para afirmar lo anterior dicen relación -como se verá más adelante- con la enervación de las acciones mediante el pago. En cuanto a las acciones que pueden ser enervadas mediante el pago -adelantamos- consideramos que la resolución no sería un mecanismo susceptible de ser enervado por esta vía, esto tendría en mira la consideración de un incumplimiento calificado que iría en aras de establecer condiciones necesarias para resolver el contrato. Entonces, para resguardo del deudor, el incumplimiento debe revestir una entidad tal que justifique la resolución, en ese sentido rescatamos lo señalado por el profesor Barros Bourie “Esta restricción cuida los intereses del deudor, porque impide que la resolución sea un instrumento de mala fe”³⁰¹, así se evita usar la acción indiscriminadamente colocando al deudor en una situación perjudicial en los casos que se trate de incumplimientos insignificantes, velándose así su interés en cumplir.

2.1.2. La inconsistencia de la propuesta

La opción de dar una relectura en el Código Civil e integrar las normas del Derecho Uniforme a la legislación civil pareciera ser artificiosa, por cuanto se reitera la inconsistencia en la interpretación y extensión de normas de carácter especial, las que se pretenden dotar de alcance general, siendo que la misma corriente busca omitir la aplicación de legislación especial en otros casos. Por ejemplo, se argumenta con los arts. 1868 y 1928 del CC (normas especiales) para establecer que la resolución debe revestir cierta gravedad, no obstante, buscan restringir el campo de aplicación de los vicios redhibitorios.

De igual forma su inserción se pretende mediante la consideración del interés del acreedor, siendo que lo que busca perpetuar nuestro código y la institución misma es la protección de la buena fe, la equidad y la reciprocidad entre los contratantes³⁰².

³⁰⁰ A nivel comparado esta idea se puede encontrar en: ROWAN, S. (2012). *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*. Oxford: Oxford University Press. p. 99.

³⁰¹ BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p. 422.

³⁰² Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. pp. 10-12; CLEMENTE MEORO, M. (2011). op. cit. p. 3.

El mismo PMDOC reconoce la reciprocidad en el ejercicio de la resolución³⁰³ y la contempla a propósito de: las restituciones, si procedieren, las cuales se deberán realizar de manera simultánea (art. 1203); y en las obligaciones de tracto sucesivo, en las que no habrá lugar a las restituciones en la medida que en las prestaciones y contraprestaciones ya realizadas haya existido la correspondiente reciprocidad (art. 1204).

En cuanto a los instrumentos aportados por el Derecho Uniforme, cabe señalar que, pese a lo evidente, tienen por objeto regular el comercio internacional entre entes que tiene igual capacidad de negociación. Hablamos de partes compuestas por grandes conglomerados económicos que contratan a nivel internacional. Consecuencialmente, debemos destacar que las obligaciones revisten una magnitud superior a un intercambio ordinario a nivel local, existiendo una multiplicidad de posibles estatutos jurídicos aplicables.

2.2. El ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento

La resolución extrajudicial no es una forma consagrada legalmente en nuestra legislación, siendo la modalidad adoptada por nuestro Código Civil la de declaración judicial. Lo anterior se desprendería del art. 1489 del CC el cual se ha entendido de tal forma que para poder ejercer la resolución es menester solicitarla en juicio³⁰⁴, sin perjuicio que en los pactos comisorios (de obligaciones distintas de pagar el precio) y en condiciones resolutorias ordinarias se reconozca la posibilidad de resolver *ipso facto*. La diferencia entre ambos modelos radica en que en el primero la resolución es declarada mediante resolución judicial -previa revisión de los requisitos de procedencia- lo que constituiría un control *a priori* de la acción; mientras que en el segundo el contrato se resuelve a través notificación que hace el acreedor al deudor en cuanto su voluntad de disolver el vínculo, donde el control se efectuaría *a posteriori*³⁰⁵.

Así las cosas, para que opere la resolución por incumplimiento en el ámbito nacional será menester que acontezca el evento del incumplimiento, no bastando la mera voluntad del

³⁰³ Cfr. Ídem.

³⁰⁴ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p. 37; PIZARRO WILSON, C. (2007). op. cit.; BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p 424.

³⁰⁵ SAN MIGUEL PRADERA, L. (2011). *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?* En Anuario de derecho civil (4). pp. 1688-1690. p. 1715.

acreedor para poner término al contrato, sino que éste deberá demandar en juicio y será el órgano jurisdiccional quien evaluará su procedencia, lo que ha llevado a cuestionarse si la sentencia tiene meros efectos declarativos o si en definitiva es constitutiva³⁰⁶.

En el Derecho Uniforme se contempla la resolución extrajudicial y al efecto se distinguen dos supuestos de incumplimiento:

- a) Incumplimiento esencial -el que fue estudiado a propósito del incumplimiento que habilita la resolución- en el que se podrá resolver inmediatamente el contrato siempre y cuando se informe a la otra parte: la CISG contempla que la resolución “surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”³⁰⁷; los UPICC por su parte establecen “El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte”³⁰⁸, produciendo efectos una vez que la notificación es recibida³⁰⁹; los PECL en cuanto a la comunicación de la resolución expresan que “requiere una comunicación al respecto a la otra parte”³¹⁰; el DCFR señala “*A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor*”³¹¹, donde de igual forma es necesaria una notificación al deudor.
- b) Incumplimiento no esencial, donde se establece un plazo de gracia para el caso de incumplimientos que no revistan tal esencialidad: la CISG establece que se podrá establecer un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento de la otra parte³¹², que de no cumplirse en dicho plazo se podrá resolver³¹³; los UPICC de igual forma contemplan un plazo suplementario el cual deberá ser notificado al deudor³¹⁴, pero que en caso de no cumplirse dentro del periodo suplementario, la parte perjudicada podrá pedir la resolución³¹⁵; los PECL señalan que la parte perjudicada podrá conceder una

³⁰⁶ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p. 37.

³⁰⁷ Cfr. Art. 26.

³⁰⁸ Cfr. Art. 7.3.2 (1)

³⁰⁹ Cfr. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012). op. cit. p. 301.

³¹⁰ Art. 9:303 (1)

³¹¹ Art. III. – 3:507 (1)

³¹² Arts. 47.1 y 63.1

³¹³ Arts. 49.1.b y 64.1.b

³¹⁴ Art. 7.1.5

³¹⁵ Art. 7.3.1 (3)

prórroga para que se pueda cumplir, lo que deberá ser comunicado³¹⁶, no obstante podrá resolver el contrato al concluir el plazo de dicha prórroga³¹⁷; finalmente el DCFR establece que “*A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period*”³¹⁸.

Se señala que de acuerdo a este modelo se resguardarían los intereses de las partes. Así, en el caso de incumplimiento esencial se daría certeza a la parte incumplidora en cuanto la contraria no quiere persistir en el cumplimiento, esto con el objeto de que se tomen los resguardos correspondientes. En el caso de incumplimientos no esenciales -con su respectivo plazo de gracia- habría una ponderación entre la conservación del contrato y el interés de desligarse³¹⁹.

En cuanto a las formalidades que debe revestir la notificación, cabe destacar que habría libertad en la elección de la misma. La CISG señala que “si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación” así, en la medida que la vía sea adecuada no se podrá desconocer tal comunicación, los UPICC, PELC y DCFR no regulan la forma, no obstante hacen patente la necesidad de que se notifique al deudor.

Esta tendencia, se ha mencionado, tendría en mira una clara postura liberal con la cual se buscaría superar “las trabas que impone la lentitud de los procesos judiciales, a fin de asegurar la eficacia económica”³²⁰, dando un mayor énfasis a la rapidez en la economía.

El PMDOC de manera similar a la normativa del Derecho Uniforme dispone en su art. 1199 inciso 2º que “La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a

³¹⁶ Art. 8:106 (1)

³¹⁷ Arts. 8:106 (3) y 9:301 (2)

³¹⁸ Art. III. – 3:503 (1)

³¹⁹ Cfr. PALAZÓN GARRIDO, M. (2014). op. cit. pp. 144-145-

³²⁰ PALAZÓN GARRIDO, M. (2014). op. cit. p. 141.

la otra parte”, no regulándose la forma en que se debe notificar ni sus requisitos, pero entendiéndose que da libertad a las partes, no exigiéndose requisitos formales³²¹.

Respecto de la doctrina nacional se ha dicho “la posibilidad del acreedor de romper en forma unilateral el contrato se rechaza en forma prácticamente unánime. Esta clase de resolución estaría reñida con el principio de fuerza obligatoria del contrato, expresado en el aforismo *pacta sunt servanda*, el cual se considera como un valor inquebrantable que informa la legislación civil chilena”³²², no obstante lo anterior, existe una postura reciente que propone su inserción mediante la consagración de la misma a través de la aplicación del principio de la buena fe³²³.

El profesor Pizarro realiza un análisis de los arts. 1545 y 1489 del CC, los principales obstáculos para el reconocimiento de la resolución extrajudicial, y concluye que: El art. 1545 (del que se extrae la fuerza obligatoria del contrato) tradicionalmente habría sido interpretado en el sentido de que el cumplimiento forzado sería un remedio primario ante el incumplimiento, ante lo cual señala que sería errado por cuanto de la norma no se extrae el ejercicio de un remedio en particular, sino de que se debe dar cumplimiento a las obligaciones y que en caso contrario el deudor se arriesga a una sanción³²⁴; en cuanto al art. 1489 señala que el fundamento de la intervención judicial iría en vistas de controlar la acción resolutoria y que la opción que plantea la norma entre el cumplimiento forzado y la resolución se debe hacer mediante resolución judicial³²⁵, no obstante, señala que no podría extraerse de éste la necesidad de que se solicite judicialmente la resolución, ya que no se señala expresamente.

Por otro lado, se citan como ejemplos de rupturas unilaterales las situaciones fijadas a propósito de los contratos de depósito, comodato, mutuo y mandato³²⁶.

³²¹ Cfr. SAN MIGUEL PRADERAS, L. (2011). op. cit. pp. 1715-1718.

³²² FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO (2010). *Proyecto Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Informe Chile.

Recuperado en 27 de diciembre de 2015, de http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/catedra_der_cont_informe_chile.pdf

³²³ Cfr. PIZARRO WILSON, C. (2007). op. cit. pp. 11-28; PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p. 37; BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. pp. 424-425.

³²⁴ Cfr. PIZARRO WILSON, C. (2007). op. cit.

³²⁵ Cfr. Ídem.

³²⁶ En ese sentido: el art. 2226 del CC faculta al depositante para pedir restitución de la cosa atendido a que el contrato está en su beneficio; el art. 2177 faculta al comodante para solicitar la restitución si se da un uso distinto a la cosa y el art. 2180 en caso de necesidad imprevista y urgente de la cosa; el art. 2204 del CC en caso de mutuos

La intervención judicial en la resolución extrajudicial -menciona el autor- no desaparecería del todo, ya que la parte afectada siempre podría solicitar la revisión judicial para efectos de controlar el ejercicio de dicho mecanismo *a posteriori*, en el cual, de considerarse que no era procedente, podrá ejercer el deudor el cumplimiento forzado, la resolución por incumplimiento e incluso indemnización de perjuicios si se irrogaren³²⁷.

De lo expuesto podemos señalar algunos aspectos a favor de la resolución extrajudicial:

- 1) Disipa las dudas en cuanto si hay resolución o no durante en desenvolvimiento del proceso, ya que no se daría el debate en cuanto si tiene el carácter declarativo o constitutivo por el hecho de resolverse con la notificación³²⁸.
- 2) Enerva el pago ya que *a priori* no sería necesaria intervención judicial, resolviéndose el contrato con la notificación de la voluntad de resolver el contrato. Lo anterior sin perjuicio del plazo razonable que se pueda fijar al deudor para que cumpla.
- 3) No se produciría el conflicto respecto a la “excepción de contrato no cumplido”, ya que al no ventilarse juicio, no se producirá la discusión de que si estuvo llano o no a cumplir.
- 4) Daría mayor agilidad al comercio, por cuanto la parte que solicita la resolución, al notificar su voluntad de resolver, ya estaría en condiciones de contratar con terceros a efectos de llevar a cabo lo que se proponía con el contrato ya resuelto. De la misma manera el deudor, al estar en conocimiento de la resolución, podría de igual forma buscar otras alternativas para contratar sin necesariamente estar a la espera de una sentencia que declare resuelto el contrato, sin perjuicio que se reserve el derecho de accionar posteriormente si así lo creyera conveniente.
- 5) No requeriría intervención judicial *a priori*, por lo que en principio se evitaría necesariamente iniciar un juicio de *lato* conocimiento, salvando de esta forma los costos asociados a éste.

sin intereses y el art. 10 de la ley 18.010 en caso de mutuos con intereses, facultarían a la parte a pagar anticipadamente, lo que pondría término anticipado (reconociendo el autor que se trataría más de la renuncia a un plazo); y el art. 2163 n° 3 a propósito del mandato, donde se faculta la revocación del mismo a arbitrio del mandante.

³²⁷ Cfr. PIZARRO WILSON, C. (2007). op. cit.

³²⁸ Cfr. PALAZÓN GARRIDO, M. (2014). op. cit. p. 143.

- 6) De lo anterior se deriva necesariamente que se invierte la carga de la acción, correspondiéndole a la eventual parte afectada -el deudor- accionar en juicio y solicitar su revisión.

Ahora, en cuanto sus posibles aspectos negativos:

- 1) Se establece en perjuicio del interés del deudor dando lugar a un desequilibrio, ya que se daría lugar a la resolución bajo un control *a posteriori*, en contraposición al control *a priori* que habría en el caso de la resolución judicial. Esto se podría matizar con el establecimiento del incumplimiento que habilita la resolución y los plazos de gracia que se establece en el Derecho Uniforme en los casos de incumplimientos no esenciales³²⁹.
- 2) De efectuarse un control *a posteriori* y se concluya que no era procedente la resolución, el deudor puede verse en la situación de no poder contar con el cumplimiento específico, ya sea porque la otra parte haya dispuesto de la cosa objeto del contrato (si se trata de una obligación de objeto específico) ya sea porque ya no resulte útil un cumplimiento posterior.
- 3) Creemos que la lógica de romper de manera extrajudicial del contrato se enmarca en las operaciones inmersas en el tráfico contractual internacional, debiendo tener presente que en un ámbito local la velocidad y fungibilidad de los contratantes no necesariamente compensará una ruptura anticipada.

2.2.1. ¿Es posible concebir un ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento en nuestra legislación?

El Código Civil no contempla esta acción y bajo la lógica de éste es difícil concebir la resolución extrajudicial de manera unilateral sin una reforma que la implemente.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado en la doctrina a través de su consagración en el principio de la buena fe, esto resulta excesivamente vago. Por más que reconozcamos que el art. 1489 del CC no señala como ejercer la opción, no es menos cierto que la certeza de su procedencia sería mediante un acto judicial que la declare, misma situación que se da en los casos de ruptura unilateral del contrato reconocidas en nuestro cuerpo legal.

³²⁹ Cfr. PALAZÓN GARRIDO, M. (2014). op. cit. p. 144.

Cabe señalar que los ejemplos citados corresponden a contratos unilaterales (depósito, comodato y mutuo) donde la naturaleza del contrato y la calidad de alguna de las partes justificaría esta facultad unilateral, así, resulta sensato pensar que el comodante pueda recuperar la cosa bajo los supuestos de los arts. 2177 y 2180 del CC, ya que la cosa pertenecería a la parte y del comodato no se reportaría beneficio alguno para él. Por otro lado, la situación de mutuo, como reconoce el profesor Pizarro, pareciera ser más una renuncia al plazo que, dependiendo si se pactaron intereses o no, podría ir en beneficio de una o ambas partes y determinará la aplicabilidad de las reglas del prepago contenidas en la Ley 18.010.

Situación distinta constituye el mandato -único contrato bilateral- respecto del cual es menester acudir a sus fundamentos y del que podemos decir se trata de un contrato *intuitu personae*, donde la confianza entre las partes es pilar fundamental para el origen del mismo. El carácter personalísimo que adquiere el contrato se encuentra en la gestión de los negocios de una de las partes, que de perderse esta confianza, se debe habilitar al mandante a revocar el mandato.

Si bien el Código en ningún momento regula el ejercicio de la acción, consideramos que tampoco es posible dar lugar a una interpretación que la haga posible, esto debido principalmente a que creemos necesario se regule de manera clara y se establezcan sus requisitos de procedencia y efectos.

2.2.2. La necesidad de una reforma que consagre la resolución extrajudicial

Es menester reformar el Código Civil para incorporar la resolución extrajudicial, estableciendo estándares que garanticen la protección del deudor frente a abusos por parte del acreedor, lo que deberá ser con conjunto con el establecimiento de un control *a posteriori*. Una opción es que el acreedor dé garantía mediante alguna consignación por un periodo determinado, en caso que eventualmente se inicié alguna acción tendiente a desvirtuar la resolución extrajudicial; dependiendo la gravedad del incumplimiento, el otorgamiento mismo de un plazo razonable para que el deudor pueda cumplir; comunicación oportuna del ejercicio, con el objeto de prevenir mayores perjuicios.

Está demás señalar que el incumplimiento que la habilite debe ser el mismo que para la resolución judicial y en ese sentido recalamos lo que advierte el profesor Pizarro en cuanto las condiciones de procedencia han de ser iguales al de la acción judicial, debiendo existir garantía de que no cualquier incumplimiento dará lugar a su ejercicio³³⁰. En cuanto a los denominados “incumplimientos no esenciales” resultan ser curiosos y ajenos a nuestro ordenamiento, no obstante no descartamos una posible incorporación en la medida que resulte ser equilibrado.

La introducción de la resolución extrajudicial podría pensarse que constituye la retirada del modelo judicial, no obstante no vemos inconveniente en que ambos subsistan, así, en casos que el acreedor no tenga apuros o se trate de situaciones límite en que no haya claridad en la existencia del incumplimiento, se puede tener interés en una declaración judicial antes que arriesgarse un control posterior³³¹.

2.3. Resolución anticipada del contrato

La resolución anticipada del contrato es otra de las variantes de la resolución por incumplimiento que no se encuentran reguladas en nuestro Código Civil. Para poder demandar resolución por incumplimiento se requiere que haya producido el incumplimiento por alguna de las partes, lo que facultará a la otra a accionar por dicho mecanismo.

Se puede caracterizar a la resolución o “ruptura anticipada” como “facultad conferida al acreedor para pedir la resolución del contrato antes de ser exigible la prestación, cuando por sus expresiones o su conducta el deudor manifieste que no cumplirá”³³²

Nuestra doctrina tradicional no contempla este mecanismo y no ha sido tema de discusión sino desde el último tiempo a propósito del Derecho Uniforme.

La CISG establece “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato”³³³, sin perjuicio, de haber tiempo la parte que pretende resolver lo deberá comunicar al deudor con “antelación razonable” para que

³³⁰ PIZARRO WILSON, C. (2007). op. cit.

³³¹ Opinión compartida por el profesor Peñailillo en PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2009). op. cit. p. 37.

³³² PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p. 53

³³³ Art. 72 1)

éste pueda dar garantías del cumplimiento³³⁴. Si el deudor declara que no cumplirá, lo señalado precedentemente no se aplicará³³⁵; los UPPIC de manera casi idéntica señalan “Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial”³³⁶, se exige certeza de que se producirá el incumplimiento y que este sea esencial, conjuntamente con la notificación a la contraria; los PECL consideran que se podrá resolver si es “evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial”³³⁷; El DRFC se pone en dos supuestos, por una parte “*if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental*”³³⁸, es decir si el deudor declara que incumplirá o resulta evidente que habrá incumplimiento, siempre y cuando sea esencial, por otra parte dispone que “*A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time*”³³⁹, de esta forma si razonablemente se cree que habrá un incumplimiento esencial, el acreedor podrá solicitar una garantía adecuada al deudor dentro de un tiempo razonable, sin lo cual se resolverá el contrato.

Lo más cercano que encontramos en nuestro Código Civil son las normas relativas a la caducidad del plazo en virtud del art. 1496 y la suspensión de la entrega en el art. 1826. La primera norma se pone en los casos de notoria insolvencia del deudor o que las cauciones otorgadas se hayan extinguido o disminuido considerablemente por hecho o culpa suya, bajo los cuales puede exigirse la obligación antes de expirar el plazo, no obstante pareciera difícil llegar a la configuración de tales supuestos, como resalta el profesor Contardo en el análisis de jurisprudencia (Corte suprema, caratulado Meduña con García, causa rol n°424-2010, sentencia 17.01.2012) donde se ve la excepcionalidad de la aplicación y el contraste con la normativa

³³⁴ Cfr. Art. 72 2)

³³⁵ Cfr. Art. 72 3)

³³⁶ Art. 7.3.3

³³⁷ Art. 9:304

³³⁸ III. – 3:504

³³⁹ III. – 3:505

internacional³⁴⁰. La segunda norma se pone en el caso que de menguar la fortuna del comprador posterior a la celebración del contrato, no se podrá hacer exigible al acreedor la entrega de las cosas, sino pagando o asegurando dicho pago, por lo que se suspende la entrega de la cosa vendida en la medida que no se garantice el cumplimiento. Bajo el supuesto del art. 1496, al hacerse exigible la prestación y no cumpliéndose, se podrá proceder en los términos del art. 1489 del CC, bajo el supuesto del art. 1826, pareciera ser similar a la contenida en el art. 1552.

El profesor Contardo es partidario de la consagración de la resolución anticipada mediante lo dispuesto en el art. 1826 recién señalado y el art. 147 del Código de Comercio³⁴¹.

2.3. La resolución por incumplimiento anticipado

Sin perjuicio de lo señalado en relación a los arts. 1496 y 1826 y a propósito del estudio de las condiciones y la resolución por incumplimiento como una de éstas, se podría configurar la resolución anticipada al amparo del art. 1482 del CC.

El incumplimiento se puede entender como una “condición negativa potestativa del deudor o causal”. Será condición negativa al tenor del art. 1474, ya que consiste en que no acontezca un evento (cumplimiento)³⁴²; es potestativa en la medida que dependa de la voluntad del deudor (si el incumplimiento llega a ser deliberado) o causal, si es ajeno (de acuerdo a un concepto de incumplimiento objetivo). En ese orden de cosas y de acuerdo al art. 1482, si llega a ser cierto que el deudor no cumplirá, ya sea porque deliberadamente no dará cumplimiento a la obligación o ya es patente que no se podrá dar cumplimiento en el tiempo establecido (suponiendo que en el tiempo restante resulte imposible realizar la prestación), debemos entender que la condición negativa se encuentra cumplida. De aceptarse esto, debemos estar de acuerdo en la procedencia de la aplicación el art. 1489, lo que hará procedente solicitar la resolución por incumplimiento, puesto que se habría cumplido la condición resolutoria “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”.

³⁴⁰ Cfr. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2013). op. cit.

³⁴¹ En ese sentido CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2014). *Por un sistema de medidas anticipatorias frente al incumplimiento contractual*. En TURNER SAELZER, S. y VARAS BRAUN, J. (coordinadores). *Jornadas de Derecho Civil IX*. Santiago: LegalPublishing.

³⁴² Cfr. LECAROS SÁNCHEZ, J. (1991). *La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones*. En BARROS BOURIE, E. (coordinador). *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 187.

2.3.1. Consagración expresa de la resolución anticipada

Consideramos que es una gran herramienta que protege el tráfico contractual y no entrapa una relación jurídica a la espera de que transcurra el plazo legal establecido para la exigibilidad de la obligación, pese a saber de antemano que llegado el plazo no se cumplirá.

Nos inclinamos por considerar su consagración legal expresa en el art. 1482, toda vez que la norma resulta aplicable al art. 1489 del CC. Ahora bien, la problemática se traslada en cuanto al criterio de su determinación, es decir, si debe haber certeza o el incumplimiento sea patente *versus* un temor fundado. Nuestra postura se ajusta a una alternativa que involucre ambas, en la medida que se resguarde al deudor dándole la posibilidad de garantizar el cumplimiento, como se aprecia en la normativa uniforme, en un tiempo razonable.

La importancia de su reconocimiento lo podemos encontrar en circunstancias tales que sea evidente el futuro incumplimiento, así, no puede pasar inadvertida una declaración expresa de la parte deudora en incumplir o que de los hechos se desprenda inequívocamente que no se podrá dar cumplimiento a la obligación. Casos de lo anterior lo podemos ver mediante el siguiente supuesto en que el deudor se comprometa construir un edificio en el plazo de un año desde la celebración del contrato, pudiendo resultar: a) que arribando la fecha estipulada para el incumplimiento, el deudor exprese al acreedor su imposibilidad de cumplir en el plazo establecido, b) que sin informar el deudor que no podrá cumplir en el tiempo estipulado, de los hechos se desprenda inequívocamente que no podrá cumplir, como en el caso que, transcurrido más de la mitad del tiempo establecido, no se haya dado inicio a la ejecución de la obligación, pudiendo afirmarse que con el conocimiento actual no es posible que se pueda construir un edificio en el tiempo restante, o c) de manera similar a la caducidad del plazo, el deudor caiga en insolvencia o sus activos disminuyan de manera tal que no puedan garantizar el cumplimiento de la obligación. En estos casos resulta evidente que, de permitir una resolución anticipada, se permite reducir los perjuicios tanto al acreedor como al deudor, liberándolos así de un vínculo que resulta inútil perpetuar hasta la llegada fijada para el cumplimiento.

De lo anterior es patente la importancia que pueda revestir la resolución anticipada, no siendo menor su repercusión que puede tener en el tráfico contractual, facilitando el intercambio de bienes y servicios al permitir desligarse de vínculos infructíferos.

De igual forma que la resolución extrajudicial, la resolución anticipada debe cumplir con los mismos estándares para que sea procedente, vale decir, no se puede tratar de cualquier incumplimiento.

3. Conclusiones al capítulo I

1. El avance y los cambios en la contratación contemporánea exige un modelo de responsabilidad contractual que se ajuste a las exigencias planteadas por esta nueva contratación, donde las obligaciones de carácter genérico cobran mayor relevancia y el mercado fluye con mayor celeridad. De este modo, la objetivación del incumplimiento contractual se muestra como una solución pragmática en el comercio internacional, donde los distintos instrumentos de Derecho Uniforme, recogen un concepto neutro carente de una consideración subjetiva, así, la CISG toma en cuenta la “falta de conformidad” y UPICC la “falta de ejecución” de alguna de las obligaciones.
2. El NDCCH propone la incorporación de un concepto de incumplimiento objetivo, no obstante la propuesta no resulta ser del todo satisfactoria, ya sea en sus fundamentos como en la implementación de la misma. En tal sentido, la consideración del interés del acreedor altera el equilibrio contractual en el resguardo de los intereses de las partes y su inserción pugna con la normativa vigente, faltando coherencia en la articulación de la misma.
3. Un mejor entendimiento del incumplimiento objetivo puede encontrarse en la caracterización del incumplimiento como un injusto comprendido objetivamente, entendiendo esto como cualquier infracción al ordenamiento jurídico.
4. En cuanto a la consideración objetiva del incumplimiento, no se debe perder de vista la distinción de obligaciones de medio y resultado. En el caso de las primeras el incumplimiento se determinará en la medida en que no se haya adoptado el debido cuidado o diligencia por la parte deudora, lo que significaría un reconocimiento al elemento subjetivo, en este sentido Jordano Fraga señala que el incumplimiento inexacto en las obligaciones de medios “es lo mismo que culpa o negligencia”³⁴³.

³⁴³ JORDANO FRAGA, F. (1988). op. cit. 826. Una opinión contraria la encontramos en BARROS BOURIE, E. (2006). *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el Derecho de los contratos*. En CORRAL TALCIANI, H. y RODRÍGUEZ PINTO, M. (coordinadores). *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Santiago: LexisNexis. p. 729.

5. Los regímenes especiales siguen una lógica distinta y que no atienden precisamente al hecho de incumplirse una obligación, por lo que no pueden recibir el mismo tratamiento, debiéndose tener presente que su aplicación es incompatible con la propuesta como se vio en las acciones edilicias tratadas los artículos 1837 a 1870 del CC, de la lesión enorme arts. 1888 a 1896 del CC y en el caso de la pérdida de la cosa que se debe, arts. 1670 a 1680 del CC, entre otras. Mención especial merece el incumplimiento sobreviniente por pérdida de la cosa que se debe, si bien ya no se podrá cumplir *in natura*, nada obsta a que el acreedor pueda optar por otro remedio contractual; por otro lado es menester eliminar el art. 1550 del CC que contempla la teoría de los riesgos, ya que no se condice con el modelo contractual nacional.
6. No cualquier incumplimiento puede habilitar la resolución; y es la doctrina y principalmente la jurisprudencia los llamados contribuir a la determinación del incumplimiento que dará lugar a la resolución sin necesidad de reformar el Código Civil. Esto es así por cuanto permite la flexibilidad en la construcción del incumplimiento sin restringir a una norma legal determinada que, en su afán por querer abarcar el campo de aplicación, pueda generar mayores confusiones en su aplicación o se vea limitada por el mismo. La exigencia de un incumplimiento resolutorio responde a la necesidad de equilibrio en el resguardo de los intereses de ambos contratantes. En ese sentido, la propuesta del NDCCH respecto a la calificación del incumplimiento que habilita la resolución se muestra insuficiente, puesto que centra su análisis exclusivamente el interés del acreedor, en desmedro del interés del deudor y su derecho a cumplir.
7. Además de deber considerarse este incumplimiento como un bastión de protección al deudor, su determinación debe ser casuística y amparada en los principios de la buena fe, la equidad natural y la reciprocidad, lo anterior ya era reconocido por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que señala “por más absolutos que parezcan los términos en que está concebida la disposición del artículo 1489 del Código Civil, dado que tratándose de una materia tradicional como ésta, que es regida por la equidad antes que por el derecho, o mejor dicho, en la cual las disposiciones legales que la rigen aparecen inspiradas únicamente en principios de equidad natural, debe decidirse la resolución o negarse lugar a ella según sean

las circunstancias de la causa”³⁴⁴. Un entendimiento en otros términos resulta perjudicial y desnaturaliza el propósito de la acción, pugnando con los artículos 24, 1489 y 1546 del CC y 170 n° CPC.

³⁴⁴ Corte de Apelaciones de Talca, sentencia 12.11.1920.

CAPITULO II. EL ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL NDCCH RELACIONADA CON LA “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO” Y LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

El NDCH propone limitar el ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido” (tradicionalmente entendida en nuestro CC) a la acción de indemnización de perjuicios, en atención que las acciones de cumplimiento forzado y de resolución por incumplimiento no exigen la mora del deudor³⁴⁵. Agregan que el fundamento de la “excepción de contrato no cumplido” ha de encontrarse en la “reciprocidad en los contratantes”, ya que “el incumplimiento por parte de uno de los contratantes tiene la potencialidad de romper con el equilibrio que supone el sinalagma o interdependencia si es que a su turno el contratante incumplido se ve en la obligación de satisfacer la obligación que le corresponde”³⁴⁶.

Al respecto, cabe revisar las dos posturas del NDCCH; en cuanto a la necesidad de limitar el ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido” (si efectivamente se justifica mediante la reciprocidad limitar su ámbito de aplicación); y respecto a su factibilidad, esto es, si efectivamente la excepción de contrato no cumplido no está consagrada en nuestra legislación; y si acción de resolución por incumplimiento no exige mora.

1. ¿Es conveniente limitar el ámbito de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*? Los fundamentos de la propuesta del NDCCH

El NDCCH señala que en Chile no está consagrada normativamente la “excepción de contrato no cumplido”, y que el art. 1552 vendría a regular la mora. Con lo anterior, limitan el ámbito de aplicación del art. 1552 del CC a la acción indemnizatoria. El NDCCH no hace mayor alusión sobre las justificaciones para adoptar la interpretación propuesta, y se limitan a señalar que el 1552 no contempla la “excepción de contrato no cumplido”, y que la acción de resolución por incumplimiento no exige mora³⁴⁷. Si bien el NDCCH no lo señala explícitamente, esta interpretación se puede deber a tres motivos: el primero, porque es una consecuencia

³⁴⁵ Mejías Alonzo, C. (2013). op. cit. p. 405.

³⁴⁶ YÚSARI KHALILIYEH, T. (2012). op. cit. p. 56.

³⁴⁷ Mejías Alonzo, C. (2013). op. cit. pp. 406-407.

interpretativa de la concepción de incumplimiento que proponen³⁴⁸, incompatible con la concepción clásica de la mora³⁴⁹; segundo, reafirman la importancia que detenta el interés del acreedor en el sistema que proponen; y tercero, debido a que la regulación Uniforme no consagra la excepción de contrato no cumplido (contemplan la “suspensión de cumplimiento”).

Sobre el primer punto, los Códigos que regulan de manera expresa la “excepción de contrato no cumplido”³⁵⁰ no incluyen la figura de la mora, por lo que son compatibles con una concepción objetiva de incumplimiento. Por lo que, de ser éste el motivo, la propuesta debería ser modificar el art. 1552 para establecer la “excepción de contrato no cumplido” sin requerir la mora del acreedor.

En cuanto al segundo, hay que precisar que en una relación contractual bilateral, las partes son a su vez acreedores y deudores de la contraria, con lo cual, el deudor al interponer la excepción estará sino protegiendo su propio crédito (satisfacción de su interés como acreedor). Por lo que, justificar la limitante sería contradictorio en su enunciado.

En cuanto al tercer punto, es razonable pensar que excluyen del régimen jurídico la excepción de contrato no cumplido debido a que los textos de los cuales el NDCCH basa su propuesta (Derecho Uniforme), no regula la excepción de contrato no cumplido. Pero, sí regulan una figura similar denominada “suspensión del incumplimiento”³⁵¹ la cual no es recogida por el NDCCH, por lo que desestimamos que este se al motivo.

En adición, la propuesta parece contradictoria con el fundamento de la “excepción de contrato no cumplido” que ha sido enunciada por una parte minoritaria del NDCCH³⁵², esta es la mutua interdependencia de las obligaciones de los contratantes³⁵³. Al respecto, Yusari Khaliliyeh señala que “resultaría injusto que el deudor se vea en la necesidad jurídica de desplegar una conducta con el objeto de satisfacer el interés del acreedor manifestado en el

³⁴⁸ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á. (2009b). ob. cit. p. 225.

³⁴⁹ El NDCCH no se pronuncia sobre una propuesta de concepción de la mora.

³⁵⁰ Por ejemplo el art. 320 del CC alemán de 1900, el art. 1460 del CC italiano de 1942, el art. 215 del CC polaco de 1934, el art. 428 del CC portugués, el art. 1201 del CC argentino, el art. 573 del CC boliviano, el art. 1902 del CC brasileño, y el art. 719 del CC paraguayo; ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). pp. op. cit. 85-86.

³⁵¹ Art. 71 de la CISG, art. 7.3.4 de los UPPIC y art 3:401 (2) del DCFR.

³⁵² YÚSARI KHALILIYEH, T. (2012). op. cit. pp. 50-60.

³⁵³ *Ibíd.* p. 55.

crédito a la vez que el acreedor no asume un comportamiento equivalente y correspondiente a su calidad recíproca de deudor” y agrega “de lo contrario, uno de los contratantes se aprovecharía de todo el beneficio jurídico que le reporta el contrato, sin proveer a su turno la satisfacción del interés que dicho contrato le significa a la otra parte”³⁵⁴. Al respecto, también la jurisprudencia ha señalado que ese es su fundamento, y en virtud de dicha argumentación han acogido la “excepción de contrato no cumplido” cuando se ha demandado resolución del contrato³⁵⁵.

Al desarrollar la función de la “excepción de contrato no cumplido”, nos parece interesante su enunciado respecto de su función de garantía, en la cual cada parte entiende que el cumplimiento de su propia deuda es la mejor garantía para la ejecución del crédito³⁵⁶. La función de garantía es coherente y compatible con el efecto de la “excepción de contrato no cumplido”. Su efecto es enervar la acción interpuesta hasta el cumplimiento de la obligación³⁵⁷, por lo que no se busca ni el equilibrio de las obligaciones ni un estado de justicia, sino que la otra parte cumpla con su obligación, de tal modo la garantía es la suspensión del propio cumplimiento para generar el cumplimiento de la contraria³⁵⁸. Esta función ha sido abordada por la Corte Suprema, caratulado Flodermina de la Torre Rivera con Héctor Chomalí Quiroz, rol n° 9178-2010, sentencia 20.10.2011:

“TERCERO: De acuerdo al artículo 1552 del Código Civil, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no cumple o se allana cumplir sus obligaciones en la forma y tiempos debidos. Así, si el acreedor incumplidor demanda la resolución, el deudor le opondrá la excepción mencionada, la cual, en todo caso, tiene un efecto meramente paralizador de la demanda

³⁵⁴ YUSARI KHALILIYEH, T. (2012). op. cit. p. 58.

³⁵⁵ La Corte de Apelaciones de Temuco conociendo de la causa Comunidad Edificio Baquedano con Plasma Limitada y otros, en sentencia 28.09.2015, en el cons. 8° señaló que la excepción de contrato no cumplido “es una regla que enfatiza la reciprocidad de las obligaciones en los contratos bilaterales y supone que éstas han de cumplirse simultáneamente”.

³⁵⁶ PIZARRO WILSON, C. (2005). op. cit. p. 341. La misma idea se puede consular en DIEZ-PICAZO, L & GULLON, A. (1992). op. cit. p. 164.

³⁵⁷ ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 947. La jurisprudencia ha señalado este efecto en: Corte Suprema, causa Flodermina de la Torre Rivera con Héctor Chomalí Quiroz, rol n° 9178-2010, sentencia 20.10.2011, cons. 3°: “(...) el deudor le opondrá la excepción mencionada, la cual, en todo caso, tiene un efecto meramente paralizador de la demanda contraria (...)”

³⁵⁸ *Ibíd.* p. 940.

contraria, *pero no fuerza a esa parte sino indirectamente a cumplir.*” (la cursiva es nuestra).

Aplicar la excepción como garantía, le otorga un carácter eminentemente subjetivo, por cuanto existe una causa que faculta a no cumplir la obligación, consistente en el justo temor que de cumplir la obligación no se logre el cumplimiento voluntario de la otra parte; de tal modo, “el deudor puede legítimamente dejar de cumplir su obligación o negarse a la restitución o entrega de una cosa, sin ulteriores responsabilidades para él”³⁵⁹. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “la parte que se exceptiona, además de substraerse legítimamente (aunque sea en forma provisional) al deber de cumplir a su vez, queda asimismo eximida de las consecuencias de su incumplimiento (voluntario)”³⁶⁰.

En adición, la doctrina clásica ha identificado como el fundamento de la “excepción de contrato no cumplido” la equidad³⁶¹ y la causa³⁶².

a. Sobre la equidad. Se basa en que no es justo que una de las partes deba cumplir su obligación y demandar de cumplimiento a la contraria. La “excepción de contrato no cumplido” es un medio de defensa de buena fe, que puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la contraprestación³⁶³.

El fundamento explica la aplicación de la “excepción de inejecución” sólo en caso de cumplimiento forzado. Así, Abeliuk Manasevich señala que no es justo que una de las partes *se vea obligada a cumplir* con su obligación³⁶⁴, y Claro Solar agrega que es un medio de defensa para *rehusar la prestación debida*³⁶⁵. No incluyen la resolución por incumplimiento, y con motivo lo anterior; es contrario a la equidad pedir al contratante que desee resolver el contrato cumplir primeramente con su obligación, ya que uno de los efectos de esta acción es la

³⁵⁹ Ídem.

³⁶⁰ Corte Suprema, caratulado Gaedechens Betteley Christian con Bas González Alvar, rol n° 2.740-2014, sentencia de reemplazo de fecha 31.12.2014, cons. 10°. La Corte Suprema razonó citando a Messineo, “Doctrina general del contrato”, citado en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Tomo IV, p. 208 (*sic*).

³⁶¹ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). op. cit. p. 196, ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 941; y CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. p. 692.

³⁶² Cfr. VIAL DEL RIO, V. (2015). op. cit. pp. 57-64; y ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). op. cit. p. 81.

³⁶³ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 941. y CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. p. 692.

³⁶⁴ ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 941

³⁶⁵ CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. p. 692

restitución de lo dado o pagado, causando el absurdo que se le va a exigir el cumplimiento al demandante para con posterioridad la sentencia ordene la restitución de lo pagado.

El fundamento de la equidad ha permitido resolver situaciones en que ambas partes demandan de resolución por incumplimiento, y se interpone la “excepción de contrato no cumplido”. En este sentido, la Corte Suprema conociendo de la causa Miranda Herrera con Figueroa Fita, rol n° 5536, sentencia de reemplazo 31.03.2015, señaló:

“CUARTO: (...) no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas”.

Resolviendo en definitiva la resolución del contrato. Mismo criterio ocupó la Corte Suprema, en causa Parra Riffo Héctor con Rafide Morales Juan, rol n° 1744-2008, sentencia de reemplazo 19.08.2009:

“OCTAVO: ...En efecto, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas (...)”.

Lo anterior es relevante, por cuanto el rechazo en caso de incumplimientos recíprocos sólo ha sido concedido bajo esta hipótesis.

a) *Sobre la Causa.* El fundamento de la causa consiste en que siendo en los contratos sinalagmáticos la obligación de una de las partes causa de la otra; de ello resulta que, si una de ellas no cumple su obligación, la obligación de la otra cesa³⁶⁶. Este fundamento ha sido explicado por la Corte Suprema en causa Villanueva con Calderón, causa rol n° 1475-2015, sentencia de casación 13.08.2015.

“DECIMO: (...) Esta excepción encuentra su fundamento en la causa de la obligación, lo que refleja el necesario equilibrio entre las prestaciones pactadas en el contrato. La causa de la obligación consiste en términos clásicos en la contraprestación, lo que otorga equilibrio a las obligaciones entre las partes. Si una de ellas no ejecuta su obligación, aquella recíproca queda desprovista de causa...”

³⁶⁶ BOZZO, S. (2012). *La excepción de contrato no cumplido*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. p. 89.

Lo interesante de esta fundamentación, a diferencia de las antes expuestas, es que permite su aplicación en caso de resolución por incumplimiento. Sin embargo, se ha criticado fuertemente por cuanto el contrato es eficaz y válido desde que se perfecciona con la concurrencia de todos sus elementos, por lo que la causa debe encontrarse al momento de celebrarse el contrato³⁶⁷. Así se desprende del art. 1467 del Código Civil “...la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa”.

2. ¿Se puede implementar sin una reforma la propuesta del NDCCH?

Para determinar si la propuesta del NDCCH puede implementarse sin una reforma legislativa, hay que revisar dos argumentos: primero, si la excepción de contrato no cumplido está consagrada en nuestra legislación; y segundo, si acción de resolución por incumplimiento exige mora.

2.1. La consagración de la “excepción de contrato no cumplido” en el Código Civil chileno. De la excepción de contrato no cumplido a la compensación en mora

A-El NDDCH. Señalan que en la legislación chilena no se consagra la figura de la “excepción de contrato no cumplido”, en consideración a los siguientes argumentos:

(i) Las legislaciones que consagran la excepción de contrato no cumplido lo hacen directamente, en este sentido, citan como ejemplos³⁶⁸ el art. 320 del CC alemán de 1900³⁶⁹, el art. 1460 del CC italiano de 1942³⁷⁰, el art. 215 del CC polaco de 1934³⁷¹, el art. 428 del CC

³⁶⁷ BOZZO, S. (2012). op. cit. p. 93; y VIAL DEL RIO, V. (2015). op. cit. p. 62.

³⁶⁸ Para todos, incluido traducciones, ver ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). pp. 85-86.

³⁶⁹ El art. señala “Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta que se efectivice la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente”.

³⁷⁰ El art. reza “En los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rehusar su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubieran establecido o que de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. Tampoco puede reusarse a la ejecución, si, teniendo en cuenta las circunstancias, el rechazo fuera contrario a la buena fe”.

³⁷¹ El art. dice “I) Las prestaciones que se deben recíprocamente las partes en virtud de convenciones sinalagmáticas, deben ser ejecutadas simultáneamente, a menos que lo contrario resulte de la convención o de la naturaleza de la obligación. II) Cada una de las partes puede abstenerse de ejecutar su prestación mientras la otra parte no ejecute la suya”.

portugués³⁷², el art. 1201 del CC argentino³⁷³, el art. 573 del CC boliviano³⁷⁴, el art. 1902 del CC brasileño³⁷⁵, y el art. 719 del CC paraguayo³⁷⁶. Por el contrario, el art. 1552 del CC se ha redactado en términos completamente diversos³⁷⁷.

(ii) En tal sentido, *el art. 1552 viene a regular la “compensación en mora”*, figura que cobra importancia sólo para la determinación de los perjuicios³⁷⁸.

Sin embargo, la postura “formalista”³⁷⁹ presenta el inconveniente que solamente ha sido acogida por tribunales arbitrales³⁸⁰. La jurisprudencia mayoritariamente reconoce la “excepción de contrato no cumplido” a partir del art. 1552 del CC; así, la Corte Suprema conociendo la causa Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Limitada, señaló que “tanto la jurisprudencia, como la mayor parte de la doctrina, entienden que el artículo 1552 recién citado consagra en nuestro ordenamiento la excepción de inejecución, conocida como *exceptio non adimpleti contractus*, a cuyos efectos también alude el Código Civil a propósito de los contratos de compraventa y permuta, en sus artículos 1826, 1872 y 1980”³⁸¹. Empero, agrega que la

³⁷² El art. señala “si en los contratos bilaterales no hay plazos diferentes para su cumplimiento, cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación hasta que el otro no efectúe la que le corresponde o no ofrezca su cumplimiento simultáneo”.

³⁷³ El art. indica que “en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

³⁷⁴ Reza el art. “I) en los contratos de prestaciones recíprocas cualquiera de las partes podrá negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir al mismo tiempo la suya a menos que se hubiera convenido otra cosa o de la naturaleza del contrato resultasen términos diferentes para el cumplimiento. II) La excepción de incumplimiento también podrá oponerse cuando el otro contratante ha cumplido sólo parcialmente su obligación; pero no podrá oponerla y no deberá cumplir la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuera contraria a la buena fe”.

³⁷⁵ Dispone el art. “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes antes de cumplir su obligación puede exigir el cumplimiento de la que le incumbe al otro (...)”.

³⁷⁶ El art. señala “en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofrecido cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación”.

³⁷⁷ ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). p. 85.

³⁷⁸ Ídem. pp. 85-86; CAPRILE BIERMANN, B. (2012). op. cit. pp. 80-82; MEJÍAS ALONZO, C. (2013). op. cit. p. 396; YÚSARI KHALILIYEH, T. (2012). op. cit. p.75.

³⁷⁹ Adjetivo utilizado en ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). pp. 86.

³⁸⁰ ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). pp. 87.

³⁸¹ Corte Suprema, caratulado Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Limitada, rol n° 951-2013, 18.03.2014, sentencia de reemplazo, considerando 9°. Mismo criterio utiliza en la causa La Corte Suprema, en la causa Soto Hernández con Astilleros Daniel Tadeo Cárcamo Pérez E.I.R.L., rol n° 1859-2013, sentencia de reemplazo 28.05.2014 cons° 4; Soto Hernández con Astilleros Daniel Tadeo Cárcamo Pérez E.I.R.L, rol n° 1859-2013, sentencia de reemplazo de fecha 28.05.2014, considerando 4°.

resolución por incumplimiento no exige mora³⁸², lo cual es paradójal para la postura del NDCCH, porque acepta la tesis de la mora, pero desecha la inexistencia de la excepción de contrato no cumplido.

En otro caso, la Corte Suprema acogió la “excepción de contrato no cumplido”, pero el abogado integrante de la Corte Suprema, el señor Vial del Río, previno que “el artículo 1552 del Código Civil tiene un alcance diferente al que le atribuye la doctrina tradicional. En efecto, hay que tener presente que el citado artículo se encuentra ubicado entre las disposiciones que reglamentan la indemnización de perjuicios, constituyendo la mora del deudor uno de los requisitos que hacen procedente dicha indemnización” y en definitiva estuvo por rechazar la acción de resolución en atención al art. 1546³⁸³.

Se ha criticado esta forma de interpretar el art. 1552 del CC, principalmente por el profesor Rodríguez Grez³⁸⁴. Señala que la “excepción de contrato no cumplido” se construye a partir de tres pilares fundamentales: la buena fe contractual, consagrada principalmente en el art. 1546; la igualdad jurídica, el cual busca dar un trato equitativo a las personas; y la continuidad de las convenciones, conocido también como principio de preservación de los contratos, la cual busca evitar que los vínculos contractuales sean disueltos. En atención a los principios señalados, que el art. 1552 del CC otorga la excepción en comento³⁸⁵. Sin embargo, al continuar su análisis, señala que a partir de la mora se puede interponer el derecho que establece el art. 1489, con lo cual interpreta el art. 1552 a partir de la mora; no distanciándose en ese aspecto mayormente de la propuesta del NDCCH³⁸⁶.

Por otro lado, nos parece contradictoria la interpretación que realiza el NDCCH para desechar la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en relación con el resto de su propuesta. En este entendido, el NDCCH dota a las normas un alcance general, con el objeto de dar contenido a las demás normas jurídicas (por ejemplo el art. 1926 para construir la regla del

³⁸² Corte Suprema, caratulado Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Limitada, rol n° 951-2013, 18.03.2014, sentencia de reemplazo, considerando 2°.

³⁸³ Corte Suprema, causa Gaedechens Betteley con Bas González, rol n° 2740-2014, sentencia de reemplazo 31.12.2015, considerando 1° del voto del abogado integrante. Para ver la postura del abogado integrante ver: VIAL DEL RÍO, V. (2015). op. cit.

³⁸⁴ RODRÍGUEZ GREZ, P. (2004). op. cit. pp. 122-130.

³⁸⁵ Ídem. op. cit. 123.

³⁸⁶ Ídem. op. cit. 124.

incumplimiento resolutorio), mientras en este caso, se realiza una interpretación restrictiva de la norma, aun cuando es posible desprender una aplicación de carácter general en virtud de los art. 1826, 1872 y 1980. Por otro lado, realizan una interpretación de la norma de forma exegética, lo cual, de aplicar igual interpretación en las demás materias, deberíamos llegar a la conclusión que cualquier incumplimiento habilita a resolver el contrato³⁸⁷. Por lo mismo, han reconocido (y matizado en cierto modo) que “hay una serie de disposiciones, a propósito de los contratos en particular, que implícitamente recogen la institución”³⁸⁸.

B-Postura ecléctica. La postura ecléctica la encontramos en Caprile Biermann³⁸⁹, señala que el art. 1552 no consagra la excepción de contrato no cumplido, sin embargo no le cabe duda que nuestro sistema jurídico la acoge, con lo que se podría enervar la acción de cumplimiento y la indemnizatoria, mas no la resolución por incumplimiento³⁹⁰. Esta postura fue la adoptada en la causa Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Limitada, ya que se reconoció expresamente que no es requisito de la acción resolutoria la constitución en mora, sin embargo igual aplicó la excepción de contrato no cumplido -difiere en la postura en comento, en cuanto el ámbito de aplicación dado por la Corte Suprema el más amplio.

Por otro lado, al analizar el ámbito de aplicación ofrecido por el profesor Caprile, es interesante no solo por consagrar la resolución según los principio de equidad ofrecidos por Abeliuk Manasevich y Claro Solar³⁹¹, sino también porque es conteste con la regulación de las legislaciones extranjeras que reconocen de forma expresa esta institución³⁹².

Dentro de las posturas eclécticas, también encontramos al el profesor Vial del Rio, quien al igual que el profesor Caprile, señala que el art. 1552 no consagra la excepción de contrato no cumplido. Agrega que tal interpretación, estrictamente apegada a la hermenéutica legal, no soluciona el problema práctico, lo que genera un escenario a todas inequitativo y que vulnera la

³⁸⁷ Como lo proponía MEZA BARROS, R. (2007) op. cit. p. 43.

³⁸⁸ MEJÍAS ALONZO, C. (2013). op. cit. p. 407.

³⁸⁹ CAPRILE BIERMANN, B. (2012). op. cit. 53-93.

³⁹⁰ Ídem. op. cit. pp. 79-82

³⁹¹ ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 941; y CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. p. 692.

³⁹² Para tales efectos, se puede consultar el art. 320 del CC alemán de 1900, el art. 1460 del CC italiano de 1942, el art. 215 del CC polaco de 1934, el art. 428 del CC portugués, el art. 1201 del CC argentino, el art. 573 del CC boliviano, el art. 1902 del CC brasileño, y el art. 719 del CC paraguayo.

buena fe. Por lo mismo, sitúa la “excepción de contrato no cumplido” en el art. 1546 del CC³⁹³. Pero, a diferencia del profesor Caprile, postula que sirve para atajar tanto la acción de cumplimiento como la de resolución por incumplimiento³⁹⁴.

2.2. La regulación de la Mora

La mora es una de las materias del Derecho Civil más oscuras, posee una regulación insuficiente y la doctrina no se ha ocupada mayormente de ella. Así, dentro de la argumentación principal del NDCCH para limitar el ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido” consiste que la acción de resolución por incumplimiento no exige mora (así como tampoco la de cumplimiento). Los argumentos que esgrimen son:

*(i) El artículo 1489 del Código Civil no pide constituir en mora al deudor, y sólo exige que haya incumplimiento de la obligación*³⁹⁵.

Así lo ha señalado la Corte Suprema: “para que opere la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1489 del Código Civil, que permite a los contratantes pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, tiene que tratarse de un contrato bilateral, y acreditarse el incumplimiento del mismo, esto es, que el contratante respecto de quien se ejerce la acción, haya a lo menos incurrido en retardo y, si además se piden perjuicios, que ya esté constituido en mora, conforme a lo dispuesto en alguno de los numerales del artículo 1551 del mismo Código”³⁹⁶.

*(ii) No hay norma que lo pida expresamente de forma general*³⁹⁷.

(iii) Los artículos 170 y 1037 del Código de Comercio señalan casos en que opera la resolución sin mora. Sobre este punto señala Elgueta Anguita “[s]i la mora fuera requisito de la resolución, estas disposiciones no se explicarían, o serían de excepción, pues autorizar la

³⁹³ VIAL DEL RIO, V. (2015). op. cit. p. 63.

³⁹⁴ *Ibíd.* p. 62.

³⁹⁵ ELGUETA ANGUITA, A. (1981). op. cit. p. 49; y VIAL DEL RIO, V. (2015). op. cit. p. 62.

³⁹⁶ Corte Suprema, causa Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Limitada, rol n° 951-2013 sentencia de reemplazo de fecha 18.03.2014, cons. 2°.

³⁹⁷ ELGUETA ANGUITA, A. (1981). op. cit. p.51, y VIAL DEL RIO, V. (2015). op. cit. p. 62

resolución del contrato no obstante el incumplimiento de las obligaciones que este impuso a las partes se debió a un caso fortuito, lo que es incompatible con la noción de mora, que suponen un incumplimiento imputable”³⁹⁸.

Este argumento confunde los diversos tipos de resoluciones que establece nuestra legislación. En tal sentido, en el presente trabajo nos estamos abocando a la resolución por incumplimiento, pero también existen otros tipos de resolución, como por ejemplo la resolución del contrato por imposibilidad que regula el art. 170 del Código de Comercio. Así las cosas, no se puede desprender del art. 170 del Código de Comercio un régimen general de resolución por incumplimiento, ya que regula una materia diversa. Este argumento es interesante analizarlo desde la postura del NDC, ya que este plantea que el incumplimiento no requiere culpa del deudor, bastando el mero desajuste entre la prestación y lo realizado por el deudor, con lo cual la imposibilidad se configura como incumplimiento y faculta a demandar en virtud del art. 1489 del Código Civil³⁹⁹, con lo cual el art. 170 del Código de Comercio sí regularía un caso de resolución por incumplimiento. Nosotros no compartimos esta interpretación, principalmente por la existencia en nuestro régimen jurídico de obligaciones de medio y de resultado, por lo que sí es importante analizar la conducta del deudor, con lo cual la resolución producida por la imposibilidad en el cumplimiento no comparte el mismo régimen jurídico que la resolución por incumplimiento del contrato.

(iv) La mora se ha definido como el retardo imputable, sin embargo, en *caso de cumplimientos imperfectos*, se puede ejercer la acción de cumplimiento pero, como no ha habido retardo, mal puede haber mora, con lo cual no sería aplicable el art. 1552 del CC⁴⁰⁰.

³⁹⁸ ELGUETA ANGUITA, A. (1981). op. cit. p.51.

³⁹⁹ Si bien lo señalan expresamente, se desprende por cuanto para ellos la mayoría de las obligaciones son de género, y como el género no parece mal puede acaecer un caso fortuito que extinga la obligación. Cfr. VIDAL OLIVARES, A. (2007b). op. cit. p. 10.

⁴⁰⁰ El profesor Contardo señala que “[e]mpero, estimamos que ha pasado al olvido un campo importante de incumplimientos cuya calificación no se condice con el problema del tiempo: los cumplimientos defectuosos. Nos referimos a casos en que el deudor cumple oportunamente en cuanto al tiempo, sea que la obligación sea pura o simple, sea que se ha establecido un plazo para el cumplimiento de la misma. Sin embargo, la no perfección del cumplimiento activa los remedios contractuales, puesto que no se ha satisfecho el interés del acreedor⁴⁴⁰. El problema planteado, el de la mora del deudor fuera de los números 1 y 2 del art. 1551, entonces puede reconducirse a un supuesto de mayor repercusión práctica a la hora de verificar la importancia o no de la constitución en mora del deudor para los efectos de los perjuicios resolutorios” en CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2015). op. cit. pp. 230-231.

Adicionalmente, en virtud del art 1557 del CC⁴⁰¹, la mora no es requisito en las obligaciones de no hacer. Con lo cual existe inconsistencia en la aplicación tradicional del art. 1552. Así las cosas, nada explica que se faculte a enervar la demanda de cumplimiento o resolución, y no la indemnización por incumplimiento de una obligación de no hacer.

Este argumento adicionalmente nos sirve para criticar la interpretación ofrecida por el NDCCH, quienes señalan que el art. 1552 del Código Civil sólo sirve para atajar la indemnización de perjuicios. En tal sentido, en virtud del art. 1557 el art. 1552 no ataja la indemnización de perjuicios por incumplimiento de una obligación de no hacer.

Por el otro lado, la doctrina clásica ha señalado como argumentos para sustentar que la resolución por incumplimiento exige que el deudor esté constituido en mora.

(i) Si bien el art. 1489 del CC no lo requiere expresamente, se *deriva su requisito de las disposiciones que rigen el incumplimiento*. En tal sentido, el art. 1489 del CC al señalar resolución con indemnización de perjuicios, se debe interpretar que las tres acciones mencionadas poseen requisitos comunes, con lo cual hacen extensiva la aplicación del art. 1557 del CC. a la resolución por incumplimiento⁴⁰².

Este argumento se ha criticado porque no necesariamente la resolución y la indemnización de perjuicios por el hecho de poder demandarse conjuntamente, han de reunir los mismos requisitos. Hay casos de resolución sin que haya perjuicios, como el señalado en los arts. 170 y 1037 del Código de Comercio⁴⁰³. Sobre este punto, la doctrina contemporánea argumenta que cada acción posee sus propios requisitos, con lo cual no podemos hacer extensivo los requisitos de la acción indemnizatoria a los demás remedios contractuales⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ El art. señala: “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”.

⁴⁰² Cfr. MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 43.

⁴⁰³ ELGUETA ANGUITA, A. (1981). op. cit. p. 48.

⁴⁰⁴ BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p. 409.

(ii) *Los arts. 1826 y 1873 del CC señalan de forma expresa como requisito la mora del deudor*⁴⁰⁵. Estos artículos “demuestran el espíritu de la ley, en orden a establecer la mora como un requisito general a toda resolución por incumplimiento”⁴⁰⁶.

Este argumento se ha criticado en cuanto se tratan de normas específicas de la compraventa, no existiendo razón para aplicarlas de manera general⁴⁰⁷. El NDCCH va más allá, y señalan que en los artículos referidos la mora sólo se establece como requisito de la acción indemnizatoria⁴⁰⁸.

De este modo lo ha entendido la Corte Suprema: “que para que opere la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1489 del Código Civil, que permite a los contratantes pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, tiene que tratarse de un contrato bilateral, y acreditarse el incumplimiento del mismo, esto es, que el contratante respecto de quien se ejerce la acción, haya a lo menos incurrido en retardo y, si además se piden perjuicios, que ya esté constituido en mora, conforme a lo dispuesto en alguno de los numerales del artículo 1551 del mismo Código”.⁴⁰⁹

3. Conclusiones al capítulo II

1. El ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido” es la acción de cumplimiento y la indemnizatoria, mas no la acción de resolución por incumplimiento. La doctrina clásica como por el NDCCH, fundamentan la excepción considerando sólo la enervación la acción de cumplimiento y la acción indemnizatoria. Lo anterior, además considerando que su regulación en las demás legislaciones, enerva únicamente la acción de cumplimiento.

⁴⁰⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA & VODANOVIC M. (1998). op. cit. p. 171; MEZA BARROS, R. (2007). op. cit. p. 43.

⁴⁰⁶ ELGUETA ANGUITA, A. (1981). op. cit. p. 50

⁴⁰⁷ Ídem.

⁴⁰⁸ ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). op. cit. p. 84; y KREBS POULSEN, C. (1999). *La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita*. En Revista de Derecho 26 (4): 839-874. p. 847.

⁴⁰⁹ Corte Suprema, caratulado Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Limitada, rol n° 951-2013, 18.03.2014, sentencia de reemplazo, considerando 2°.

2. Tradicionalmente se ha entendido la “excepción de contrato no cumplido” en virtud del art. 1552 del Código Civil, pero dicho artículo viene a regular la mora. Por otro lado, no hay art. en nuestro ordenamiento del cual se desprenda la mora como requisito de la acción resolutoria, por lo que es posible realizar una reinterpretación de la doctrina clásica para evitar aplicar el art. 1552 en caso de accionar de resolución por incumplimiento.
3. Sin embargo, parte de la doctrina nacional encuentra la “excepción de contrato no cumplido” en virtud de la equidad y la buena fe. En cuanto a la equidad, esta sólo sería aplicable en caso de demandar el cumplimiento, por lo que no habría problemas, pero en relación a la buena fe la situación se complica, ya que el profesor Víctor Vial propone aplicarla incluso en caso de resolución, sin embargo el mismo autor reconoce lo dificultoso de la interpretación.
4. El mayor inconveniente de la propuesta es la jurisprudencia, la cual sólo ha rechazado la “excepción de contrato no cumplido” en caso de que ambas partes se demandan recíprocamente la resolución (mediante fundamento de equidad). Pero, está dividida en cuanto al requisito de la mora de las acciones de cumplimiento y de resolución por incumplimiento.

CAPITULO III: EL ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL NDCCH RELACIONADA CON LA ENERVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN PAGANDO LA DEUDA.

En el presente capítulo analizaremos el problema de la enervación de la acción resolutoria mediante el pago de la deuda. La estructura del presente capítulo tiene dos partes: la primera, de toma de postura, en la cual analizaremos los fundamentos, ventajas e inconvenientes de esta institución. En la segunda, analizaremos si es posible limitar la enervación de la acción resolutoria sin modificar el Código Civil.

1. El análisis de la propuesta del NDCCH

Para el desarrollo de esta parte, analizaremos tres argumentos que involucran la enervación de la acción: El primero, referente a la argumentación de la Corte Suprema consistente que se puede pagar judicialmente mientras no se declare resultado el contrato; el segundo argumento, referente al contenido del art 1600 inciso final del CC, el cual sólo facultaría para consignar judicialmente la deuda si se demanda el cumplimiento de la obligación; y por último, el argumento de la suficiencia del pago, en virtud del cual consignada la deuda, es posible evitar la enervación declarando la insuficiencia del pago.

1.2. Los fundamentos de la tesis que pretende limitar la enervación de la acción resolutoria mediante el pago

La propuesta del NDCCH consiste en limitar la facultad de pagar judicialmente la deuda una vez que se ha demandado de resolución por incumplimiento, con el objeto de otorgar al acreedor una real libertad para elegir la acción que estime conveniente. Para establecer esta “real” opción, interpretan el art. 310 del CPC de forma restringida, en virtud del cual sólo permitiría interponer la excepción de pago, pero no pagar⁴¹⁰.

⁴¹⁰ CORRAL TALCIANI, H. (2010). op. cit. p. 229

El NDCCH señala que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor dispone de un abanico de opciones, cuya elección depende exclusivamente de él⁴¹¹. El NDCCH reconoce ciertos límites a la elección arbitraria de las acciones judiciales: el “abuso del derecho”⁴¹²; y los presupuestos fácticos de las acciones⁴¹³.

i. En cuanto al abuso del Derecho: En el capítulo I de la segunda parte, nos referimos al abuso del derecho como un límite extrínseco a la elección de los distintos remedios por el acreedor, con el objeto evitar cualquier posible perjuicio en el interés del deudor⁴¹⁴, también nos referimos al inconveniente de probar la intención de lesionar el interés contractual del deudor, por su asimilación al dolo⁴¹⁵. En este sentido, nos parece ilusorio plantearlo como un real límite a la elección de las acciones por parte del acreedor, por cuanto el abuso del derecho reacciona frente al actuar doloso del acreedor, y no frente a los posibles perjuicios generados por la acción interpuesta.

b) Los presupuestos fácticos de cada acción: La concepción amplia de incumplimiento que suscribe el NDCCH genera que, frente a un incumplimiento por parte del deudor, el acreedor pueda ejercer cualquier “remedio contractual”, y Vidal Olivares indica de forma tajante que “es el acreedor quien debe decidir sobre el o los remedios de que hará uso para la realización de su interés, sin más límites que los provenientes de los supuestos específicos de cada remedio”⁴¹⁶. En tal sentido, los supuestos fácticos específicos son: para la acción de perjuicio, la culpa; para las acciones edilicias, vicios ocultos en la cosa; y para la acción resolutoria, que el incumplimiento revista una cierta gravedad según su efecto en el interés del acreedor⁴¹⁷.

La alternativa de elección de la acción por parte del acreedor fue reconocida por la Corte Suprema de forma categórica en la causa Cecinas La Preferida S.A. con Comercial Salinak Limitada, al señalar que “ante el cumplimiento imperfecto de la obligación de entregar, puede

⁴¹¹ VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). p. 22.

⁴¹² LÓPEZ DÍAZ, P. (2012). pp. ob. cit. pp. 13-62.

⁴¹³ VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). p. 22.

⁴¹⁴ LÓPEZ DÍAZ, P. (2012). ob. cit. pp. 13-62.

⁴¹⁵ *Infra*. p. 74.

⁴¹⁶ VIDAL OLIVARES, Á. (2007a). op. cit. p. 56.

⁴¹⁷ PIZARRO WILSON, C. (2008). op. cit. p. 401.

sucedir que se reúnan los requisitos de los vicios ocultos, en cuyo caso se aplican las normas del párrafo 8° del Título XXIII del Libro Cuarto del Código Civil, pero si no se dan dichas exigencias puede reclamarse el cumplimiento de la obligación de entregar por parte del vendedor, a través del artículo 1489 del Código Civil, si concurren los presupuestos que exige la norma, dando lugar así a la aplicación de la condición resolutoria tácita de este precepto de aplicación general”⁴¹⁸.

En ese sentido, para el caso de la resolución por incumplimiento, al exige cierta entidad en el incumplimiento del deudor para su procedencia⁴¹⁹ (con el objeto de proteger su interés en cumplir con la obligación); como contrapartida, y con el fin de mantener el equilibrio entre los intereses de la parte, se debería limitar la facultad de pagar una vez demandado el deudor de resolución.

La ventaja de limitar la posibilidad de enervar la acción resolutoria pagando la deuda, es generar certeza al acreedor sobre la suerte del contrato. Si hay certeza, podrá, entre otras acciones, acudir al mercado para suplir la prestación⁴²⁰. De éste modo, el acreedor evitará posibles pagos dobles, por ejemplo, A compra a B una caja de zapatos para enviarlos a China, B no cumple por lo que A demanda la resolución del contrato y acude al mercado para comprar la caja de zapatos y enviarlas a China a la brevedad; B consigna el pago, causando que A tenga zapatos que ya no le prestan beneficio. En relación a la utilidad de la certeza jurídica, Morales Moreno señala que “el momento establecido para el cumplimiento del contrato es, por tanto, el relevante para fijar qué contratante obtiene la ventaja del intercambio”⁴²¹. Al transcurrir el tiempo, la probabilidad de perder esta ventaja del intercambio aumenta.

⁴¹⁸ Corte Suprema causa “Cecinas La Preferida S.A. con Comercial Salinak Limitada”, rol 5320-2003, fecha de la sentencia 27.07.2005, considerando 6° sentencia de nulidad

⁴¹⁹ Encontramos interesante el criterio utilizado por la Corte de Apelaciones de Talca, sentencia 12.11.1920: “...las disposiciones legales que la rigen aparecen inspiradas únicamente en principios de equidad natural, debe decidirse la resolución o negarse lugar a ella según sean las circunstancias de la causa”.

⁴²⁰ En España Morales Moreno propone aplicar la institución de las operaciones de reemplazo a través de las partidas indemnizatorias, lo cual a nuestro juicio es factible también en el Derecho chileno. Ver MORALES MORENO, A. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Navarra: Ed. Aranzadi S.A. p. 42.

⁴²¹ MORALES MORENO, A. (2010). op. cit. p. 40. Abeliuk señala que la solución de permitir pagar al deudor durante la secuela del juicio “es altamente inconveniente, sobre todo en los tiempos que corren, porque da al deudor la posibilidad de postergar el pago durante toda la secuela del juicio ordinario, como es el de resolución, y cumplir la obligación posteriormente, si es de dinero, con moneda desvalorizada” ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 519.

Sin embargo, hay que considerar la propuesta con cautela, ya que establecerla sin límites puede generar abusos por parte del acreedor. Así, bastaría que demande la resolución del contrato para evitar que el deudor pueda cumplir con su obligación. En nuestro derecho este problema se agudiza por cuanto los jueces no tienen la facultad de declarar inadmisibles una demanda por notoria falta de fundamento. Nuestro Código Civil reconoce que el deudor puede sufrir perjuicios si el acreedor se niega a recibir el pago al reconocer la figura de la mora del acreedor⁴²². En virtud de esta figura el deudor se libera de ciertas cargas, tales como la pérdida de la cosa y los costos de conservación de la cosa.

La forma para constituir en mora al acreedor es discutida por la doctrina, sin perjuicio de lo cual, la mayoría señala que basta cualquier ofrecimiento por parte del deudor para dejar en mora al acreedor⁴²³. En este sentido, y en atención que el pago por consignación comprende dos etapas (la oferta de pago y la consignación⁴²⁴), lo que estaría prohibido sería pagar la deuda mediante la consignación, más no realizar la oferta de pago⁴²⁵ y dejar en mora al acreedor.

Constituido en mora al acreedor, éste deberá responder de los gastos de conservación de la cosa y de la pérdida de la cosa⁴²⁶, con lo cual el posible abuso se vería resguardado, pero sólo parcialmente; ya que el deudor demandado de resolución, deberá demandar reconvenzionalmente el cumplimiento de la obligación más indemnización de perjuicios por los gastos de conservación de la cosa. Por tanto, esta alternativa presenta dos inconvenientes importantes: el primero, que la conservación no es el único perjuicio que le puede ocasionar la demanda infundada del acreedor, los cuales no los podrá demandar por falta de certidumbre de los mismos⁴²⁷ a causa del resultado del juicio⁴²⁸; segundo, mientras dure el proceso, el deudor deberá hacerse cargo de todos los gastos de conservación de la cosa, y será resarcido sólo una

⁴²² El CC no lo señala expresamente, pero se puede desprender de los arts. 1.548, 1.552, 1.558, 1.604, 1.680 y 1130 del CC. ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 154.

⁴²³ La investigación se puede consultar en: *Ibíd.* p. 155.

⁴²⁴ En este sentido, la doctrina discute sobre los requisitos para dejar en mora al acreedor, donde se señala que puede ser, o bien a través de la consignación, o bien a través de cualquier ofrecimiento por parte del deudor. La discusión se puede consultar en: *Ibíd.* pp. 154-155.

⁴²⁵ Art. 1600 inc. 1º del CC.

⁴²⁶ ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 155.

⁴²⁷ *Ibíd.* p. 153.

⁴²⁸ Por ejemplo, las operaciones de reemplazo.

vez culminado el juicio ordinario. Y, si bien se puede solicitar una medida innovativa, estas cautelares son de aplicación limitada en nuestro sistema de procedimiento civil⁴²⁹.

Por lo que encontramos que, en caso de consagrar la propuesta del NDCCH, es necesario acompañarla de una reforma al procedimiento civil que permita el rechazo de demandas manifiestamente infundadas al juez. Sino habría que hacer todo el juicio.

1.2. La búsqueda del equilibrio de intereses entre el acreedor y el deudor

La premisa es que las relaciones contractuales son un concurso de intereses, que deben resguardar de forma equitativa a ambas partes. A nivel comparado esta idea viene siendo compatible con el principio de conservación del contrato, el cual plantea que los costos de negociación de un contrato no deben ser desechados, por lo que el remedio resolutorio debe ser la última ratio. Los contratantes al celebrar un contrato lo hacen con miras a su cumplimiento, y en tal sentido se genera una legítima expectativa en lograr su resultado y evitar desechar los costos en la negociación⁴³⁰. La enervación de la acción resolutoria mediante el pago judicial de la deuda genera una pugna de intereses⁴³¹. Por una parte, está el interés del deudor de cumplir su obligación y liberarse⁴³²; y por otra, está el interés del acreedor en obtener un beneficio. Es este sentido, se debe determinar cuál debe primar.

En cuanto al interés del deudor en cumplir, expusimos que la resolución sólo opera frente a determinados incumplimiento, con el objeto defender su interés en cumplir su obligación⁴³³; en cuanto al interés del acreedor en desligarse del contrato, el NDCCH señala que el “interés

⁴²⁹ MENESES PACHECO, C. (2009). *La ejecución provisional en el proceso civil chileno*. En Revista Chilena de Derecho, 36 (1), p. 41.

⁴³⁰ Cfr. KELLER, B. (2008). *Favor contractus Reading the CISG in favor of the contract*. En Camilla B. Andersen and Ulrich G. Schroeter (eds), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries 247* (Wildy Simmonds & Hill). p. 250. y en Chile cfr. con el artículo 1545 del Código Civil.

⁴³¹ Augusto Elgueta señala que si el incumplimiento de las obligaciones del deudor “es nimio, no significativo, el demandante estaría abusando de su derecho de pedir la resolución, su interés en la resolución no sería digno de tutela jurídica” (ELGUETA ANGUITA, A. (1981). op. cit. p. 38.) y agrega que “el interés protegido por las disposiciones de los artículos 1489 y 1873 del Código Civil se llega, rápidamente, a la conclusión que tal interés es el del acreedor y no del deudor” (Ibid. p. 115).

⁴³² Cfr. BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p. 422.

⁴³³ Cfr. BARROS BOURIE, E. (2008). op. cit. p. 422.

del acreedor que le determinó contratar, se ve frustrada a causa del incumplimiento”⁴³⁴. En tal sentido, señalan que el mero incumplimiento frustra el interés del acreedor, lo cual nos parece una perspectiva extrema sobre la situación⁴³⁵. La regulación del Derecho Uniforme aplica el “principio de conservación de los contratos”, por existir costos de negociación en la celebración de los mismos que no debe ser desechado⁴³⁶. En ese sentido, el acreedor se verá perjudicado por el incumplimiento, pero aún puede tener interés en el cumplimiento del contrato, viéndose así aminorada su “frustración”.

Por tanto, es preciso establecer un mecanismo objetivo que determine el momento que se deja de proteger el interés del deudor en cumplir, y se resguarde el interés del acreedor en desligarse del contrato. Este momento será precisamente, cuando se configure el incumplimiento que faculta para resolver el contrato, ya que, si entendemos que no cualquier incumplimiento faculta para resolver el contrato para proteger al deudor, la posibilidad o imposibilidad de enervar la acción resolutoria por incumplimiento mediante el pago debe configurarse como su contrapartida. Es de este modo que se configura el equilibrio, se permite al deudor cumplir y se protege su derecho a cumplir.

2. ¿Se puede aplicar la propuesta del NDCCH en el modelo del CC?

Sobre la propuesta, la doctrina chilena clásica es uniforme en señalar que existe una facultad por parte del acreedor en elegir la acción a entablar. No nos sirve permitir al acreedor elegir la acción a entablar si, iniciado el juicio, el deudor puede cumplir su obligación. El NDCCH propone limitar el campo de aplicación del art. 310 a la sola interposición de la excepción. Hay que recordar que las reglas del pago (en este caso hasta cuándo se puede pagar) forma parte del Derecho Civil, por lo que es necesario estudiar las normas de naturaleza sustantiva y no aquellas de índole procesal, para ver si el deudor puede enervar o no la acción pagando.

⁴³⁴ VIDAL OLIVARES, Á. (2009a). op. cit. p. 356.

⁴³⁵ El problema es que esa determinación es subjetiva, por cuanto dependerá del motivo que lo llevó a contratar. Con motivo nos referimos a la causa del acto o contrato mismo y no de la obligación; es una causa psicológica que depende del contratante. Sobre este punto, se puede consultar los diversos tipos de causa de la obligación en ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 23.

⁴³⁶ KELLER, B. (2008).op cit. p. 250.

En ese punto encontramos el pago por consignación, que es la figura que permite al deudor pagar contra la voluntad del acreedor, lamentablemente la propuesta planteada no se hace cargo de estudiar el pago por consignación. Por tanto, la propuesta de reinterpretar no es del todo suficiente, a pesar que los tribunales de justicia han interpretado el artículo 310 del Código Civil según el NDCCH, rechazando al deudor la posibilidad de pagar durante la secuela del juicio⁴³⁷, porque cuando el deudor ha solicitado el pago de la deuda a través de consignación judicial, los tribunales han permitido enervar la acción resolutoria pagando⁴³⁸.

Para analizar si es posible limitar la facultad de pagar judicialmente al deudor, analizaremos tres argumentos. Primero, el argumento que señala la Corte Suprema para permitir el pago por consignación; segundo, el argumento del art. 1600, el cual, contrario a lo señalado por la jurisprudencia, limitaría la facultad de consignar judicialmente la deuda; y tercero, el argumento de la suficiencia del pago, mediante el cual, aún permitiendo la consignación judicial, se podría rechazar el pago mediante la declaración de insuficiencia del mismo.

2.1. Momento desde el cual surte efectos la resolución por incumplimiento

La doctrina nacional es conteste en señalar que la resolución por incumplimiento produce efectos liberatorios desde la sentencia firme que declara que el contrato ha sido resuelto⁴³⁹. Esta tesis se fundamenta principalmente en la redacción del artículo 1489, el cuál otorga al acreedor la facultad de elegir entre la resolución y el cumplimiento forzado, y en tal sentido mal se podría hablar de una facultad si la resolución operase de pleno derecho⁴⁴⁰.

La tesis del efecto declarativo de la sentencia presenta dos excepciones: el pacto comisorio calificado en la obligación de pagar el precio; y el pacto comisorio calificado en obligaciones distintas a las de pagar el precio de la cosa.

⁴³⁷ Corte Suprema, caratulado Agrícola María Inés Limitada con Fuentes, causa rol n° 291-2013, sentencia 15.05.2014.

⁴³⁸ Corte Suprema, caratulado Monsalve con Follador, causa rol N° 2370-04, sentencia 28.03.2006.

⁴³⁹ Cfr. CORRAL TALCIANI, H. (2010). op. cit. p. 230; ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 521.

⁴⁴⁰ En tal sentido, el profesor Claro Solar señala “Si la falta de cumplimiento de lo pactado hubiera producido de pleno derecho, como toda condición resolutoria, la resolución del contrato, no se habría podido otorgar al otro contratante esta elección, a su arbitrio, entre la resolución o el cumplimiento del contrato, que son cosas precisamente contrarias” (CLARO SOLAR, L. (2013). op. cit. p. 176.). Cfr. PEÑAILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p.32.

El pacto comisorio calificado es una excepción aparente, puesto que lo que en realidad otorga es la oportunidad de pagar el precio de la cosa dentro de un plazo determinado⁴⁴¹, según lo dispone el art. 1879. Por tanto, el pacto comisorio calificado en la obligación de pagar el precio de la cosa constituye una regulación especial en relación a la enervación de la acción resolutoria, por cuanto regula el contrato de compraventa⁴⁴².

En obligaciones distintas a las de pagar el precio de la cosa, el debate sobre la validez y efectos es ampliamente discutido⁴⁴³. Al respecto, compartimos la postura de la cual el pacto comisorio calificado regulado en el artículo 1879 del Código Civil no es aplicable en caso de obligaciones diversas a las de pagar el precio de la cosa⁴⁴⁴, por cuanto el artículo 1879 se limita a la obligación de pagar el precio, un tipo de obligación muy especial por su fungibilidad (no se presenta el problema de las ventajas de intercambio), y porque las partes poseen plena autonomía para regular sus relaciones privadas según más les convenga para sus intereses particulares⁴⁴⁵.

Como no es aplicable el artículo 1879 del Código Civil, las normas a usar serán las reglas generales, es decir las relativas a las obligaciones condicionales⁴⁴⁶. En tal sentido, si las partes estipulan una resolución por incumplimiento de pleno derecho, en realidad acordaron una condición resolutoria ordinaria⁴⁴⁷ meramente potestativa del deudor, la cual es nula según el

⁴⁴¹ El profesor Pizarro postula que “el “plazo de gracia” otorgado al deudor solamente se refería a impedir al comprador enervar la acción resolutoria más allá de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. Pero la resolución produciría sus efectos con la sentencia judicial ejecutoriada” PIZARRO WILSON, C. (2006). *Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno*. Revista Cuadernos de Actualidad Jurídica, 3. p. 250. El profesor Alessandri agrega que el pacto comisorio expreso “no produce sus efectos por el solo incumplimiento de las obligaciones, sino en virtud de sentencia judicial” ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). p. op. cit. 206.

⁴⁴² Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). op. cit. p. 39.

⁴⁴³ Para revisar todas las posturas, se puede consultar ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. pp. 333-335.

⁴⁴⁴ *Ibíd.* p. 334.

⁴⁴⁵ En tal sentido el profesor Pizarro señala “[c]on todo, la regla imperativa, relativa al precio en la compraventa, merece ser criticada. No se entiende la razón de derrocar la voluntad de las partes expresada en el contrato” PIZARRO WILSON, C. (2006). op. cit. p. 249.

⁴⁴⁶ Cfr. FARINA, J. (1961). *EL pacto comisorio*. Buenos Aires: ed. Bibliográfica Argentina S.R.L. p. 64.

⁴⁴⁷ En tal sentido la Corte Suprema en sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, causa rol N° 5817-2008, expresó en su considerando 12° “Por otra parte, si la resolución se provocara por el mero incumplimiento, el pacto comisorio quedaría asimilado a la condición resolutoria ordinaria, contradiciéndose así el fundamento principal del pacto que consiste en expresar el sinalagma funcional que caracteriza a los negocios bilaterales y que se manifiesta en el desarrollo histórico de la institución, puesto que en el derecho romano se habría aceptado como institución análoga a la *condictio causa data causa non secuta*.”

artículo 1478 del Código Civil. En tal sentido, en caso de incumplimiento será aplicable el artículo 1489 del Código Civil frente al incumplimiento de alguna de las partes⁴⁴⁸. Por esta razón, a nuestro entender, tampoco es una excepción al momento en que opera el efecto liberatorio de la resolución por incumplimiento.

Esta discusión no es baladí, por cuanto la Corte Suprema lo ha utilizado como argumento para permitir el pago por consignación. En este sentido la Corte Suprema, caratulado Emben Blumer con Ivanyi Gaspar, causa rol n° 5431-2008, sentencia 14.01.2010 ha señalado:

“UNDÉCIMO: (...) en tanto no se hubiera dictado sentencia, el contrato de compraventa de la litis subsistía, por lo que demandada de autos podía enervar la acción resolutoria enderezada en su contra, pagando lo adeudado...”

2.2. El argumento de la interpretación del art. 1600 del CC: las acciones que pueden enervarse mediante el pago

Se ha planteado que existe la facultad de pagar durante la secuela del juicio en virtud del art. 310 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite al deudor interponer la “excepción de pago” hasta el llamado a oír sentencia en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda instancia. La doctrina clásica ha interpretado dicha norma señalando que al autorizar interponer la excepción anómala de pago se permitiría cumplir con la obligación⁴⁴⁹. Sin embargo, tal conclusión ha sido superada, y la doctrina contemporánea entiende que el artículo 310 faculta a interponer la “excepción de pago” y no a pagar⁴⁵⁰. Así lo entendió también la Corte Suprema, caratulado Agrícola María Inés Limitada con Fuentes, causa rol n° 291-2013, sentencia 15.05.2015, expuso:

“QUINTO: Resta hacerse cargo del citado art. 310 del CPC. Podría objetarse que esta solución contradice al art. 310. Pero no es así. Lo que el art. 310 dispone es que la

⁴⁴⁸ Cfr. BOTTESELLE MARDONES, A. (2011). *El pacto comisorio como manifestación de la condición resolutoria*. En Revista Chilena de Derecho Privado (17): 71-103. pp. 83-86.

⁴⁴⁹ En tal sentido el profesor Corral señala “con lo prevenido en el art. 309 del Código de Procedimiento Civil (...) ha llevado a la doctrina tradicional a sostener que, a pesas de que se hayan cumplido los requisitos de la acción resolutoria, la resolución no podría pronunciarse si el deudor cumple o paga la obligación durante el curso del juicio”. CORRAL TALCIANI, H. (2010). op. cit. p. 228.

⁴⁵⁰ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2008). op. cit. pp. 417-418.

excepción de pago puede oponerse en cualquier estado del juicio, no que se pueda pagar en cualquier estado del juicio (la excepción es tan trascendente que la ley persigue evitar que por no oponerse durante el breve plazo de la contestación de la demanda se produzca la injusticia de que el deudor se vea obligado a un doble pago, por lo que le permite oponer esa excepción en cualquier tiempo durante el pleito).”⁴⁵¹

Dicha interpretación es correcta, pero insuficiente para resolver el problema, puesto se refiere a la naturaleza de la “excepción de pago”, y no si se puede pagar judicialmente. En tal sentido, el art. 310 del CPC simplemente no autoriza a pagar, pero tampoco prohíbe el pago. Así, y considerando que la materia es parte del Derecho Civil, nos debemos preguntar hasta cuándo puede pagar el deudor. Por tanto, hay que revisar las normas relativas al pago.

El pago es una convención, y como tal requiere el concurso de voluntades entre el acreedor y el deudor, por lo mismo el acreedor puede elegir no aceptar el pago efectuado por el deudor. Bajo esta arista, nos encontramos frente a un deudor que desea pagar y un acreedor que no quiere recibir el pago por algún motivo determinado. Frente a la negativa del acreedor el deudor dispone de una figura denominada pago por consignación.

Este instrumento es la institución que faculta al deudor, contra la voluntad del acreedor, a cumplir su obligación. El Código Civil regula una consignación extrajudicial y una consignación judicial. Respecto de la consignación judicial, hay una norma que regula de forma expresa el problema planteado en este acápite, este es el inc. final del art. 1600, que dispone “Sin embargo, si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa. En este caso la suficiencia del pago será calificada por dicho tribunal en el mismo juicio.”

Del tenor del art. 1600, es posible identificar acciones que pueden enervarse mediante el pago y acciones que no pueden enervarse mediante el pago, ya que de lo contrario el artículo

⁴⁵¹ Misma postura se puede encontrar en Corte Suprema, caratulado Roberto Gallardo Lara con Carlos Roa Torres, causa rol n° 6676-2009, sentencia 25.05.2011, que señala en su considerando cuarto: “ (...) Lo que el artículo 310 dispone es que la excepción de pago puede oponerse en cualquier estado del juicio, no que se pueda pagar en cualquier estado del juicio”.

citado sólo señalaría “si el acreedor demanda al deudor mediante cualquier tipo de acción.” La Corte Suprema por lo mismo ha permitido la enervación de la acción resolutoria mediante el pago a través de la consignación judicial⁴⁵².

Para resolver el problema, planteamos dos alternativas de interpretación del art. 1600 inciso final:

A-En atención a la naturaleza de la acción. Atendido el problema planteado anteriormente, primeramente determinaremos cuáles acciones claramente no pueden enervarse mediante el pago y por qué; y cuales acciones claramente pueden enervarse mediante el pago y por qué, para así determinar sus características comunes de ésta clasificación, lo anterior, con el objeto de dotar al art. 1600 (de comprensión dudosa) un significado sugerido, a través del sistema jurídico del que forma parte⁴⁵³.

Dentro de las acciones que no pueden enervarse mediante el pago encontramos a la acción de nulidad. El fundamento para esta acción es claro, el pago no es una forma de sanear un vicio de nulidad, y permitirlo atentaría contra el orden público. La acción de nulidad pertenece a las acciones de ineficacia⁴⁵⁴, y su objeto es que se declare nulo el contrato. En este sentido, el CC cuando ha permitido enervar una acción de ineficacia mediante el pago lo ha permitido de forma expresa⁴⁵⁵.

Por el otro lado, encontramos dentro de las acciones que pueden enervarse mediante el pago la acción de cumplimiento, mencionado expresamente en el artículo 1600 inciso final del CC, la cual es una acción que tiene por objeto mantener la eficacia de la obligación. Además, tenemos un tercer tipo de acción, las acciones indemnizatorias.

El profesor López Mesa señala que “surge entonces la noción de eficacia como contracara de la de eficacia, como la patología se contrapone a la normalidad. Y así, si el negocio eficaz es aquel que es hábil para lograr efectos plenos, el negocio ineficaz es el que por alguna

⁴⁵²Corte Suprema en causa rol N° 3614-08, fecha de sentencia 31 de marzo de 2010 y en causa rol N° 2370-04, fecha de sentencia 28 de marzo de 2006 ha acogido la excepción de pago a causa de la consignación judicial mientras se ventilaba la acción de resolución por incumplimiento.

⁴⁵³ Lo anterior corresponde a la definición del argumento sistemático en GONZÁLEZ FLORES, J. (2010). *Sobre los argumentos interpretativos*. En BÁEZ SILVA, C., CIENFUEGOS SALGADO, D. Y GUERRERO OLVERA, S. (coordinadores) *Estudios Sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, Centro de Estudios de Derecho Estatal y Municipal Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana Fundación Académica Guerrerense el Colegio de Guerrero, p. 143.

⁴⁵⁴ VIAL DEL RÍO, V. (2003b). *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 233.

⁴⁵⁵ En este sentido, se puede consultar los art.1879, 1890 y1977 del CC y el artículo 12 Ley N° 18.101.

causa jurídica o de hecho se ve privado de sus efectos normales”⁴⁵⁶. En tal sentido, se puede definir a las acciones de eficacia como aquellas que buscan que las obligaciones del contrato logren sus efectos plenos; y se puede definir a las acciones de ineficacia, como aquellas que tienen por objeto privar de los efectos normales al contrato; y por último las acciones resarcitorias son aquellas que no buscan ni la eficacia o ineficacia del contrato, sino la reparación de los perjuicios. La clasificación propuesta la encontramos principalmente en el art. 1489 del Código Civil.

En tal sentido, a través de esta interpretación, sólo las acciones de eficacia podrían enervarse mediante el pago.

B-Interpretación exegética. El art. 1600 inciso final permite enervar la acción si el acreedor demanda el cumplimiento y si deduce cualquier otra acción que pueda enervarse mediante el pago, pero no señala cuáles son las otras acciones.

En relación a lo anterior, nuestra legislación señala acciones en las cuales expresamente faculta a enervar la acción mediante el pago, estas son la acción de lesión enorme en el artículo 1890 del CC⁴⁵⁷, la acción de resolución del contrato de arrendamiento de un inmueble urbano por el no pago de la renta convenida regulado en el artículo 1977 del CC⁴⁵⁸, el artículo 12 Ley

⁴⁵⁶ LÓPEZ MESA, M. (1998). *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales en la doctrina y jurisprudencia. La doctrina del negocio jurídico inexistente, su génesis, desarrollo y aplicación práctica*. Buenos Aires: Ed. Depalma. p. 37. Vial del Río al respecto señala que “el concepto de ineficacia, entendido en un sentido amplio, comprende todos los casos en que la reacción del ordenamiento jurídico incide sobre la producción de los efectos del acto disconforme; efectos que "se eliminan, se reducen o se perturban" VIAL DEL RIO, V. (2003b). op. cit. 234.

⁴⁵⁷ El art. señala: “El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.”

⁴⁵⁸ Reza el art. “La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días.” El art. debe complementarse con el art. 10 de la Ley 18.101, que señala “Cuando la terminación del arrendamiento se pida por falta de pago de la renta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.977 del Código Civil, la segunda de las reconvenciones a que dicho precepto se refiere se practicará en la audiencia de contestación de la demanda.”

N° 18.101⁴⁵⁹ y la acción resolutoria en virtud del pacto comisorio calificado en el artículo 1879 del CC⁴⁶⁰, entre otras.

Por tanto, el artículo 1600 inciso final del CC, al señalar “otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda”, indica que su enumeración (que comprende sólo una hipótesis) es *numerus apertus*, con lo cual siempre que una norma faculte a pagar durante el juicio, se permitirá el pago por consignación.

Sin embargo, la Corte Suprema ha declarado expresamente que la acción resolutoria es de aquellas que puede enervarse mediante el pago⁴⁶¹:

“DUODÉCIMO: Que, por consiguiente, *tratándose de un acción que podía enervarse mediante el pago de la deuda*, procede dar aplicación a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1600 del Código Civil, tal como lo solicitó la demandada durante la substanciación del juicio, al abonar en la cuenta corriente judicial, previo a la dictación de sentencia, el capital adeudado, sumando un adicional por concepto de intereses, a los que cabría añadir las costas del juicio, en su caso”.

Para llegar a esa conclusión, considero que:

“UNDÉCIMO: Que en la especie, atento a las reflexiones que anteceden concernientes a lo preceptuado en el artículo 1489 del Código Civil, las que se ven refrendadas, en lo que atañe a la compraventa, con lo dispuesto en el artículo 1873 del mismo cuerpo normativo, *en tanto no se hubiera dictado sentencia, el contrato de compraventa de la litis subsistía*, por lo que demandada de autos podía enervar la acción resolutoria enderezada en su contra, pagando lo adeudado. Entenderlo de otra manera, sería igual a considerar que la sentencia tiene el carácter de una mera declaración de certeza y, según ya se ha visto, ello no es así.” (lo destacado es nuestro).

⁴⁵⁹ El art. dispone: “En los juicios de terminación del arrendamiento por falta de pago de la renta seguidos contra un subarrendador, los subarrendatarios *podrán pagar al demandante*, antes de la dictación de la sentencia de primera instancia, las rentas adeudadas por el arrendatario. *Si así lo hicieren, enervarán de este modo la acción...*”

⁴⁶⁰ El art. señala: “Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, *el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio*, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.”

⁴⁶¹ Corte Suprema, caratulado Emben Blumer con Ivanyi Gaspar, causa rol n° 5431-2008, sentencia 14.01.2010.

2.3. El argumento del art. 1603 del CC: la suficiencia del pago como limitante a la consignación judicial

Otro posible límite a la enervación del pago judicial de la deuda, es la declaración de suficiencia del pago establecida en el art. 1603 de CC, con lo cual el tribunal, al momento de recibir la consignación por parte de deudor, deberá declarar la suficiencia del pago⁴⁶². Vidal Olivares señala que para determinar la suficiencia en la conducta del deudor, se debe “interpretar e integrar la regla contractual y así determinar cuál es el objeto de la obligación, qué es aquello que prometió el deudor (deber ser)”⁴⁶³. Como hemos señalado a lo largo del trabajo, nos parece excesiva la protección que se le otorga al acreedor, sin embargo compartimos que, mediante la declaración de suficiencia de pago, se puede implementar la propuesta. Adicionalmente, como la suficiencia del pago será calificada por el tribunal que conoce la causa de resolución por incumplimiento, el derecho de ambos litigantes se verá resguardado a través de un juicio ordinario. Sin embargo, esta alternativa genera el problema que el monto consignado estará congelado, sin que las partes puedan generar utilidades con dicho bien mientras se ventila el juicio.

En la causa Emben Blumer con Ivanyi Gaspar⁴⁶⁴, se demandó la resolución del contrato, y la parte demandada pago por consignación e interpuso la “excepción de pago”. En primera instancia la excepción de pago fue rechazada, declarándose resuelto el contrato ya que “el pago de \$11.272.000 realizado por la demandada durante el juicio no produjo el efecto de enervar la acción ejercida, toda vez que ese pago no fue oportuno ni suficiente, puesto que ya había operado el derecho a opción que el artículo 1489 del Código Civil otorga al contratante cumplidor y porque la demandada sólo calculó los intereses desde la notificación de la demandada, como también, que ni la demandada ni el tribunal pueden intimar al vendedor diligente a aceptar el cumplimiento del contrato que desea resolver por medio de un pago extemporáneo e

⁴⁶² Abeluik Manasevich señala que señala “ante tal demanda (de resolución o de cumplimiento), el deudor opondrá la “excepción de pago” y para aceptarla o rechazarla el tribunal deberá calificar la consignación”. ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). op. cit. p. 672.

⁴⁶³ VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). op. cit. p. 16.

⁴⁶⁴ 4° Juzgado Civil de Santiago, caratulado Emben Blumer con Ivanyi Gaspar, causa rol n° 2.436-2002; Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado Emben Blumer con Ivanyi Gaspar, causa rol n° 2178-2004, sentencia 11.07.2008; y Corte Suprema, caratulado Emben Blumer con Ivanyi Gaspar, causa rol n° 5431-2008, sentencia 14.01.2010

insuficiente”⁴⁶⁵, apelado el fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó considerando “[q]ue la consignación de que da cuenta la boleta de fs. 180, no tiene el mérito de ser considerada como un pago por consignación puesto que ello se produce una vez que el demandante de autos ya ha ejercido la facultad que le otorga el artículo 1489 del Código Civil, en orden a solicitar la resolución del contrato invocando para ello la mora de la demandada”⁴⁶⁶. El demandado interpuso recurso de casación, y la Corte Suprema revocó la sentencia y en su reemplazo resolvió declarar suficiente el pago por cuanto la resolución requiere de una sentencia judicial que se pronuncie sobre aquella solicitud.

Si bien la interpretación de la Corte Suprema es correcta en derecho, no se pronunció sobre el fondo del asunto, esto es qué incluye la suficiencia del pago. A nuestro juicio la interpretación correcta fue la dada por el 4° Juez Civil de Santiago y la Corte de Apelaciones, por cuanto llevan al fondo del asunto la declaración de suficiencia del pago.

En tal sentido, tenemos dos interpretaciones sobre la suficiencia del pago, una restrictiva, que sólo analiza el monto de lo que se debe pagar (Corte Suprema), y una interpretación amplia, la cual analiza la pertinencia del pago (4° Juzgado Civil de Santiago).

3. Conclusiones al capítulo III

1. Una vez demandada de resolución por incumplimiento, debe limitarse la facultad de pagar del deudor, para establecer un equilibrio entre los intereses de las partes. Así, la como la resolución por incumplimiento al exige cierta entidad en el incumplimiento del deudor para su procedencia; como contrapartida se debe limitar la facultad de pagar una vez demandado el deudor de resolución.
2. Una alternativa para implementar la propuesta, es interpretar el art. 1600 inc. final del CC, limitando la facultad de pagar una vez demandada la resolución por incumplimiento, en el entendido que las acciones que pueden enervarse mediante el pago son sólo las acciones de eficacia de la obligación, debiendo en los demás casos haber texto expreso, como por ejemplo el art. 1873 sobre pacto comisorio calificado.

⁴⁶⁵ Corte Suprema, caratulado Emben Blumer con Ivanyi Gaspar, causa rol n° 5431-2008, sentencia 14.01.2010.

⁴⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado Emben Blumer con Ivanyi Gaspar, causa rol n° 2178-2004, sentencia 11.07.2008

3. Sin embargo, una aplicación de esta interpretación puede generar abusos por parte del acreedor, ya que el pago consignado al no enervar la acción estará supeditada al resultado de la acción resolutoria, presentando el inconveniente de la duración de los juicios civiles.
4. A través de la declaración de suficiencia de pago es posible limitar la facultad del deudor de pagar judicialmente la deuda. Al respecto, una interpretación amplia, como la realizada por el 4° Juzgado Civil de Santiago, es compatible con nuestro régimen jurídico; sin embargo la suficiencia del pago se ha interpretado por la Corte Suprema de forma restrictiva.

CONCLUSIONES.

De acuerdo a la regulación de la resolución por incumplimiento en Chile, las exigencias de la contratación contemporánea y la insuficiencia de la propuesta de reinterpretación del NDCCH, es imperioso una reforma legislativa de fondo como lo expresa el profesor Peñailillo, en atención a los siguientes puntos.

A. Sobre el incumplimiento.

1. El cambio en la contratación contemporánea ha llevado a replantear el modelo obligacional en torno al cual el ordenamiento jurídico se debe desenvolver. Las obligaciones de especie o cuerpo cierto ceden lugar a las obligaciones con objeto fungible. Ante este escenario nos encontramos con que nuestro Código Civil estructura el modelo obligacional tomando como cimiento las obligaciones de especie o cuerpo cierto, teniendo escasa regulación respecto de las obligaciones de objeto fungible y, asimismo, adopta una noción subjetiva del incumplimiento considerado como reproche a la conducta del deudor.
2. El NDCCH propone un nuevo punto de partida mediante el reconocimiento y protección del interés del acreedor, con lo cual se pretende cambiar la noción de incumplimiento desde un concepto subjetivo a uno objetivo, amplio y unitario -como cualquier desviación del programa ideal o fin perseguido por las partes- el cual comprende cualquier situación que signifique la insatisfacción del interés del acreedor, eliminando cualquier “resabio” a la culpa e incluyendo las situaciones de imposibilidad.
3. Por otro lado, establecen un sistema de mecanismos o remedios contractuales a disposición del acreedor afectado. Este nuevo entendimiento se desprende que: cualquier desviación constituye incumplimiento, lo que pone a disposición del acreedor los mecanismos que la ley establece; se unifican los supuestos de incumplimiento evitando problemas de cúmulo o coordinación; ya no se condicionaría el ejercicio de los remedios a la conducta del deudor; se absorben los casos de imposibilidad inicial y sobrevenida; y, desaparece la teoría de los riesgos. La culpa queda relegada al remedio indemnizatorio.

4. No obstante, no existe una determinación precisa de lo que debemos entender por prestación y, por ende, no hay claridad de lo que constituirá incumplimiento; no hay explicación en torno a la situación de obligaciones de medio y resultado, siendo que respecto de las primeras se debe atender a la conducta o diligencia empleadas por el deudor y debiéndose tener presente que éstas constituyen la mayoría de las obligaciones en el tráfico contractual; se observa una pretensión oculta de transformar todas las obligaciones en obligaciones de resultado; la unificación de los supuestos de incumplimiento pugna con la legislación especial, la cual nace de una lógica distinta a la del incumplimiento contractual; se buscan burlar los plazos de prescripción especiales y con ello se pretende dotar al acreedor de un plazo único y extenso; por último, existe un excesivo resguardo al interés del acreedor.
5. Resulta inviable la reinterpretación de las disposiciones del Código Civil para su incorporación en cuanto se pretenden insertar principios ajenos a nuestra tradición, existe una inconsistencia transversal al interpretar normas de carácter especial para darles alcance general, versus la supresión de la normativa especial. De una lectura a nuestro código pareciera más plausible la articulación de un sistema en función de la culpa.
6. Es necesaria una reforma en materia de obligaciones que pueda regular de mejor forma las obligaciones de objeto fungible debido al tráfico contractual actual y atendida las dificultades que representa la estructuración a propósito de las obligaciones de especie o cuerpo cierto, el cual se encuentra superado y relegado a una minoría. En ese sentido se deben erradicar consideraciones como la teoría de los riesgos.

B. Sobre la concepción de la resolución por incumplimiento.

7. La concepción de la resolución por incumplimiento por parte de los autores tradiciones chilenos es estudiada a partir de las obligaciones modales, que procede de forma judicial en los contratos bilaterales, frente a incumplimientos que detentan cierta gravedad y respecto a incumplimientos imputables. Sus efectos consisten en liberar a las partes del contrato y en la restitución de lo dado o pagado reajustado sin frutos. Su entendimiento tradicional se ampara en una interpretación exegética de sus normas, como se aprecia en el entendimiento del incumplimiento que habilita la resolución.

8. En cuanto a la concepción ofrecida por el Derecho Uniforme, esta es una acción frente al incumplimiento del deudor de carácter extrajudicial, que procede únicamente frente a los incumplimientos catalogados de esenciales, con la posibilidad de anticiparse al incumplimiento, cuyo efecto es liberar a las partes del contrato y la restitución de lo dado o pagado con reajuste e intereses.
9. El NDCCH por su parte propone la introducción de criterios recogidos en el Derecho Uniforme para la calificación del incumplimiento que habilita la resolución, tales como a) la determinación del incumplimiento que habilitará la resolución realizada por las partes; b) la privación sustancial de la finalidad perseguida por el contrato, en la medida que haya sido previsible; y c) en casos de pérdida de confianza de una de las partes, respecto del cumplimiento de la otra. No obstante se omite deliberadamente las consideraciones a la situación del deudor como en UPICC que recoge el perjuicio que se puede irrogar al éste como criterio relevante para la procedencia de la resolución
10. La calificación del incumplimiento que faculta para resolver el contrato está en directa relación con la protección del interés del deudor en cuanto el resguardo de su derecho a cumplir y liberarse del vínculo jurídico. La determinación del incumplimiento será caso a caso para lo cual se deben tener en consideración principios tales como la equidad, la reciprocidad y la buena fe contractual.
11. Por lo antes señalado no es necesaria una reforma, debiendo quedar esta labor a la jurisprudencia y la doctrina como lo ha sido hasta el momento. Una técnica jurídica en esta materia resultaría ser compleja atendida la naturaleza de la misma, que es eminentemente casuística.
12. En cuanto al ejercicio extrajudicial, queda señalar que no está consagrado en nuestra legislación, no obstante pareciera ser modalidad útil a la resolución por incumplimiento en situaciones que se necesiten mayor celeridad, ya que nuestro ordenamiento no contempla procedimientos de urgencia para estas materias. Asimismo, es necesario que se precise cómo debe practicarse la comunicación respectiva, con el fin de velar los intereses del deudor y éste pueda precaver eventuales perjuicios.
13. Sin perjuicio que se pueda establecer un régimen extrajudicial con un control posterior, es necesario mantener una vía judicial en situaciones que el acreedor considere pertinente atendida la naturaleza de la obligación o el vínculo contractual. No siempre

se tratará de situaciones claras a los ojos de las partes, por lo que puede resultar conveniente un ejercicio judicial que disipe toda duda y evite posibles perjuicios.

14. En cuanto a la resolución anticipada, una interpretación armónica permite consagrar su ejercicio mediante las disposiciones de los arts. 1482 y 1489 del CC. Su ejercicio se debe regir por los mismos criterios en la determinación del incumplimiento que habilitará la resolución, de manera que no pueda tratarse de cualquier incumplimiento.

C. Sobre la “excepción de contrato no cumplido”.

15. El NDCCH propone limitar el ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido”, mediante la distinción de la excepción con la “compensación en mora”, esta última estaría contemplada en el art. 1552 y la primera no tendría consagración legal. Añaden que la resolución por incumplimiento no exige mora del deudor por lo que no sería procedente el art. 1552. Sin embargo, no se pronuncian sobre la “suspensión de incumplimiento” ofrecido en el Derecho Uniforme, con lo cual dejarían al deudor sin protección frente a incumplimientos recíprocos.
16. El ámbito de aplicación de la “excepción de contrato no cumplido” es la acción de cumplimiento y la indemnizatoria, mas no la acción de resolución por incumplimiento. La doctrina clásica como por el NDCCH, fundamentan la excepción considerando sólo la enervación la acción de cumplimiento y la acción indemnizatoria. Lo anterior, además considerando que su regulación en las demás legislaciones, enerva únicamente la acción de cumplimiento.
17. Tradicionalmente se ha entendido la “excepción de contrato no cumplido” en virtud del art. 1552 del Código Civil, pero dicho artículo viene a regular la mora. Por otro lado, no hay art. en nuestro ordenamiento del cual se desprenda la mora como requisito de la acción resolutoria, por lo que es posible realizar una reinterpretación de la doctrina clásica para evitar aplicar el art. 1552 en caso de accionar de resolución por incumplimiento.
18. Sin embargo, parte de la doctrina nacional encuentra la “excepción de contrato no cumplido” en virtud de la equidad y la buena fe. En cuanto a la equidad, esta sólo sería aplicable en caso de demandar el cumplimiento, por lo que no habría problemas, pero en relación a la buena fe la situación se complica, ya que el profesor Víctor Vial propone

aplicarla incluso en caso de resolución, sin embargo el mismo autor reconoce lo dificultoso de la interpretación.

19. El mayor inconveniente de la propuesta es la jurisprudencia, la cual sólo ha rechazado la “excepción de contrato no cumplido” en caso de que ambas partes se demandan recíprocamente la resolución (mediante fundamento de equidad). Pero, está dividida en cuanto al requisito de la mora de las acciones de cumplimiento y de resolución por incumplimiento.

D. Enervación de la acción resolutoria mediante el pago.

20. El NDCCH manifiesta que el art. 310 del CPC no habilita a pagar la deuda, sin embargo no hay mayor novedad al respecto por ser una consigna manifestada por varios autores. Sin embargo, para resolver el problema no basta una reinterpretación del art. 310 del CPC, ya que el pago por consignación habilita a pagar judicialmente (art. 1600 inc. final del CC), así es como lo ha reconocido la Corte Suprema.
21. Una vez demandada de resolución por incumplimiento, debe limitarse la facultad de pagar del deudor, para establecer un equilibrio entre los intereses de las partes. Así, la como la resolución por incumplimiento al exige cierta entidad en el incumplimiento del deudor para su procedencia; como contrapartida se debe limitar la facultad de pagar una vez demandado el deudor de resolución.
22. Una alternativa para implementar la propuesta, es interpretar el art. 1600 inc. final del CC, limitando la facultad de pagar una vez demandada la resolución por incumplimiento, en el entendido que las acciones que pueden enervarse mediante el pago son sólo las acciones de eficacia de la obligación, debiendo en los demás casos haber texto expreso, como por ejemplo el art. 1873 sobre pacto comisorio calificado.
23. Sin embargo, una aplicación de esta interpretación puede generar abusos por parte del acreedor, ya que el pago consignado al no enervar la acción estará supeditada al resultado de la acción resolutoria, presentando el inconveniente de la duración de los juicios civiles.
24. A través de la declaración de suficiencia de pago es posible limitar la facultad del deudor de pagar judicialmente la deuda. Al respecto, una interpretación amplia, como la

realizada por el 4° Juzgado Civil de Santiago, es compatible con nuestro régimen jurídico; sin embargo la suficiencia del pago se ha interpretado por la Corte Suprema de forma restrictiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, R. (2008). *Las obligaciones*. 5° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
2. ABELIUK MANASEVICH, R. (2014). *Las obligaciones*. 6° ed. Santiago: LegalPublishing.
3. ABBOT, K. y SNIDAL, D. (2000). *Hard and Soft Law in International Governance*. En *International organization*, 54(03): 421-456.
4. AGUILO-REGLA, J. (2015). *Fuentes del derecho*. En FABRA ZAMORA, J. y RODRÍGUEZ BLANCO, V. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, volumen dos*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 1019-1066.
5. ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido, algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación*. En *Actualidad Jurídica*. (8): 69-93.
6. ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2004). *Incumplimiento Recíproco, Resolución y Cumplimiento de Contrato Bilateral*. En *Revista Chilena de Derecho* 31(3): 565-573
7. ALESSANDRI BESA, A. (1949). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago: Ediar Editores Ltda.
8. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988). *Teoría de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda.
9. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M. & VODANOVIC HAKLICKA, A. (1998). *Curso de Derecho Civil. De las obligaciones*. Santiago: Editorial Nascimento.
10. ALTERINI, A., AMEAL, O. y CABANA, R. (1995). *Derecho de obligaciones: civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
11. BARAONA GONZÁLEZ, J. (2014). *La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre Contratos: Un marco comparativo*. En *Revista Chilena de Derecho* 41 (2): 381-408.

12. BARRIENTOS CAMUS, F. (2014). *La articulación de remedios en el sistema de la responsabilidad civil del consumo*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (42): 57-82.
13. BARROS BOURIE, E. (2006). *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el Derecho de los contratos*. En CORRAL TALCIANI, H. y RODRÍGUEZ PINTO, M. (coordinadores). *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Santiago: LexisNexis
14. BARROS BOURIE, E. (2008). *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor). *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil*. Santiago: LegalPublishing.
15. BARROS ERRÁZURIZ, A. (1921). *Curso de Derecho Civil segundo año primera parte*. Santiago: Imprenta Cervantes.
16. BECAR LABRAÑA, E. (2010). *Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato*. En Revista de Derecho y Humanidades 2(16): 133-152.
17. BOTTESELLE MARDONES, A. (2011). *El pacto comisorio como manifestación de la condición resolutoria*. En Revista Chilena de Derecho Privado (17): 71-103.
18. BOZZO, S. (2012). *La excepción de contrato no cumplido*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Valencia.
19. BRANTT ZUMARAN, M. (2011). *El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual*. En DE LA MAZA GAZMURI, I. (coordinador), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VII. Incumplimiento contractual nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 47-82.
20. CAMPUZANO DÍAZ, B. (2000). *La repercusión de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías (estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*. Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

21. CÁRDENAS VILLAREAL, H. (2011a). *La reinterpretación del artículo 1547 del Código Civil chileno: el fin de una antigua presunción*. En *Revista de Derecho Universidad del Norte* (36): 87-215.
22. CÁRDENAS VILLAREAL, H. (2011b). *El ilícito contractual. Reflexiones preliminares a propósito de la revisión del concepto de la responsabilidad contractual*. En ARAMBURO, M. (coordinador). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*. t. 2. Bogotá: Diké.
23. CAPRILE BIERMANN, B. (2006). *Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad*. En CORRAL TALCIANI, H. y RODRÍGUEZ PINTO, M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
24. CAPRILE BIERMANN, B. (2012). *Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes*. *Revista de Derecho* (39): 53-93.
25. CASTEBLANCO KOCH, M. (1979). *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
26. CAUMONT, A. (2008). *Teoría ética del contrato. El negocio jurídico contractual como ámbito de eticidad preordenado para la composición autonómica de conflicto de intereses*. En MANTILLA ESPINOSA, F. y PIZARRO WILSON, C. (coordinadores). *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*. Santiago: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.
27. CLARO SOLAR, L. (1936). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. t.10. Santiago: Imprenta Nascimento.
28. CLARO SOLAR, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. t.10. Santiago: Editorial Jurídica.
29. CLEMENTE FABRES, J. (1902). *Instituciones de Derecho Civil chileno*. 2º ed. t.2. Santiago: Imprenta y librería Ercilla.

30. CLEMENTE MEORO, M. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch.
31. CLEMENTE MEORO, M. (2011). *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española*. Boletín del Ministerio de Justicia (2131).
32. THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (2003). *Principles of European Contract Law. Part III*. La Haya: Kluwer Law International.
33. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2011). *Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (1): 85-118.
34. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2012). *El perjuicio resolutorio. Delimitación y cuantía de la indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 1489 del Código Civil en caso de resolución por incumplimiento* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago.
35. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2013). *Obligaciones y responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado (20): 225-233.
36. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2014). *Por un sistema de medidas anticipatorias frente al incumplimiento contractual*. En TURNER SAELZER, S. y VARAS BRAUN, J. (coordinadores). *Jornadas de Derecho Civil IX*. Santiago: LegalPublishing.
37. CONTARDO GONZÁLEZ, J. (2015). *Indemnización y resolución por incumplimiento*. Santiago: LegalPublishing.
38. CORRAL TALCIANI, H. (2009). *La cláusula penal en la resolución del contrato*. En ALCALDE, E. y FÁBREGA, H. (coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez*. Santiago: Universidad del Desarrollo.
39. CORRAL TALCIANI, H. (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago: LegalPublishing.
40. DE LA MAZA GAZMURI, I. (2011). *El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio*. En DE LA MAZA GAZMURI, I.

- (coordinador), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VII. Incumplimiento contractual nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 213-234.
41. DIEZ-PICAZO, L. (1969). *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*. Anuario de Derecho Civil 22 (2): 383-404.
 42. DUCCI CLARO, C. (2010). *Derecho civil parte general*. 4° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 43. ELGUETA ANGUITA, A. (1981). *Resolución de contratos y excepción de pago*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 44. ELGUETA ORTIZ, A. (1947). *La resolución y el incumplimiento recíproco* (Memoria de Licenciatura). Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
 45. EXPÓSITO VÉLEZ, J. (2009). *La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos*. En Revista Digital de Derecho Administrativo (1): 1-22.
 46. FARINA, J. (1961). *EL pacto comisorio*. Buenos Aires: ed. Bibliográfica Argentina S.R.L.
 47. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. (1998). *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Madrid: La Ley-Actualidad.
 48. FERNÁNDEZ ROZAS, J. (1996). *Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo*. En Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. T. IV. Madrid: Editorial Civitas. 5209-5237.
 49. FUEYO LANERI, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 3° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 50. FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO (2010). *Proyecto Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Informe Chile*.
Recuperado en 27 de diciembre de 2015, de http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/catedra_der_cont_informe_chile.pdf

51. FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2013). *De la conveniencia práctica de tener en cuenta los “Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales” en el ámbito jurídico uruguayo*. En *La justicia Uruguaya* (54): 47-61. p. 47.
52. GATICA PACHECO, S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (del incumplimiento de las obligaciones contractuales; de los perjuicios y de su liquidación judicial, legal y convencional. De la cláusula penal. Artículos 1556, 1558, 1559 1535 a 1544 del Código Civil)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
53. GIL-DELGADO, P. & CONCEPCIÓN, M. (2014). *Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. En *Cláusulas modelo para los contratantes*. Cuadernos de derecho transnacional 6(1): 253-268.
54. GONZÁLEZ FLORES, J. (2010). *Sobre los argumentos interpretativos*. En BÁEZ SILVA, C., CIENFUEGOS SALGADO, D. Y GUERRERO OLVERA, S. (coordinadores) *Estudios Sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, Centro de Estudios de Derecho Estatal y Municipal Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana Fundación Académica Guerrerense el Colegio de Guerrero, pp. 141-154.
55. HINESTROSA FORERO, F. (2008). *Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato*. En MANTILLA ESPINOSA, F. y PIZARRO WILSON, C. *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroument*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri.
56. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010*. Madrid, editorial La Ley.
57. JORDANO FRAGA, F. (1988). *La responsabilidad contractual (primer y último repaso)*. En *Anuario de Derecho Civil* 41(3): 817-836.
58. KELLER, B. (2008). *Favor contractus Reading the CISG in favor of the contract*. En CAMILLA B. ANDERSEN & ULRICH G. SCHROETER (eds), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries* 247 (Wildy Simmonds & Hill).
59. KOFFMAN, L & MACDONALD, E. (2010). *The law of contract*. Oxford, University Press

60. KREBS POULSEN, C. (1999). *La inexecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita*. En Revista de Derecho 26 (4): 839-874.
61. LECAROS SÁNCHEZ, J. (1991). *La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones*. En BARROS BOURIE, E. (coordinador). Contratos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
62. LENZ, K. (1958). *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
63. LÓPEZ DÍAZ, P. (2012). *El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual*. En Revista Chilena de Derecho Privado (19): 13-62.
64. LÓPEZ DÍAZ, P. (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*. Santiago: LegalPublishing.
65. LÓPEZ MESA, M. (1998). *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales en la doctrina y jurisprudencia. La doctrina del negocio jurídico inexistente, su génesis, desarrollo y aplicación práctica*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
66. LÓPEZ SANTA MARÍA, J. (1986). *Los contratos parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
67. MEJÍAS ALONZO, C. (2008). *El incumplimiento contractual y sus modalidades*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor), *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 459-478). Santiago: LegalPublishing.
68. MEJÍAS ALONZO, C. (2010). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Construcción dogmática de la noción de incumplimiento resolutorio* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.
69. MEJÍAS ALONZO, C. (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: LegalPublishing.
70. MEJÍAS ALONZO, C. (2013). *La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno*. Revista Chilena de Derecho 49(2): 389-412.

71. MEJÍAS ALONZO, C. (2014). *La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (1): 111-156
72. MENESES PACHECO, C. (2009). *La ejecución provisional en el proceso civil chileno*. En Revista Chilena de Derecho, 36 (1): 21-50.
73. MERRYMAN, J. & PÉREZ-PERDOMO, R. (2007). *The Civil Law tradition. An introduction to the legal system of europe and latin america*. Stanford: Standford Universitu Press.
74. MEZA BARROS, R. (2007). *De las obligaciones*. 10° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
75. MONFORT FERRERO, M. (1998). *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*. (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Valencia.
76. MORALES HERVIAS, R. (2010). *Las patologías y los remedios del contrato*. (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
77. MORALES MORENO, A. (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 del tráfico)*. Anuario de Derecho Civil 36(4): 1529-1546.
78. MORALES MORENO, A. (2006). *Evolución del concepto de obligación en Derecho español*. En MORALES MORENO, A. *La modernización del derecho de obligaciones*. Madrid: Thomson-Civitas. pp. 17-54.
79. MORALES MORENO, A. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Navarra: Ed. Aranzadi S.A.
80. MORALES MORENO, A. (2014a). *Claves para la modernización del derecho de contratos*. En Estudios de Derecho de Contratos. Formación, Cumplimiento e Incumplimiento. Santiago: LegalPublishing.
81. MORALES MORENO, A. (2014b). *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*. En Anuario de derecho (67): 227-254.

82. MORINEAU IDUARTE, M. (2002). *Introducción al sistema de Common Law*. Conferencia, Seminario Internacional del Derecho Comparado del Trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídica.
83. MOSCO, L. (1900). *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Barcelona: Editorial Dux.
84. OVIEDO ALBÁN, J. (2001). *Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías*. En Revista Universitas Pontificia Universidad Javeriana (101).
85. OVIEDO ALBÁN, J. (2003a). Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales. En Criterio Jurídico (3).
86. OVIEDO ALBÁN, J. (2003b). *Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales*. En *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas.
87. OVIEDO ALBÁN, J. (2003c). *Un nuevo orden Internacional de los contratos: Antecedentes, instrumentos y perspectivas*. En *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas.
88. PALAZÓN GARRIDO, M. (2014). *Los remedios ante el incumplimiento en el Derecho comparado*. Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi.
89. PANTALEÓN PRIETO, A. (1989). *Resolución por incumplimiento e indemnización*. En Anuario de Derecho Civil 42(4): 1143-1168.
90. PANTALEÓN PRIETO, A. (1993). *Las nuevas bases de la responsabilidad contractuales*. Anuario de derecho Civil, 46(4): 1719-1746. p. 1734.
91. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2008). *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
92. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2009). *La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la reforma del Código chileno*. En Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (225-226): 7-44.

93. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2012). *Algunas reformas a la resolución por incumplimiento*. En Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (231-232).
94. PESCIO VARGAS, V. (1958). *Manual de Derecho Civil teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
95. PINO EMHART, A. (2014). *Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos*. En Revista Chilena de Derecho Privado (22): 233-253.
96. PIZARRO WILSON, C. (2005). *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno*. En: Estudios de derecho civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil: I Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia. Santiago: LexisNexis.
97. PIZARRO WILSON, C. (2006). *Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno*. Revista Cuadernos de Actualidad Jurídica 3.
98. PIZARRO WILSON, C. (2007). *¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?* Revista Ius et Praxis 13(1): 11-28.
Recuperado en 27 de diciembre de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100002&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122007000100002.
99. PIZARRO WILSON, C. (2008). *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. En Guzmán Brito, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (pp. 395-402). Santiago: LegalPublishing.
100. PIZARRO WILSON, C. (2012). *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo Laneri.
101. PIZARRO WILSON, C. (2014). *Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (1), pp. 203-219.
102. PORTO MACEDO, R (2006). *Contratos relacionales y defensa del deudor*. Buenos Aires: Ed. La Ley,

103. PRADO LÓPEZ, P. (2013). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles, de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
104. RAMOS PAZOS, R. (2008). *De las obligaciones*. 3° ed. Santiago: LegalPublishing.
105. RIEDL, K. (2000). *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*. En *European Review of private Law* 8(1): 71-83.
106. RIOSECO ENRÍQUEZ, E. (2004). *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*. *Actualidad Jurídica*. (10).
107. RODRÍGUEZ GREZ, P. (2004). *Sobre la excepción del contrato no cumplido*. En *Actualidad Jurídica*. (9): 122-130.
108. ROWAN, S. (2012). *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*. Oxford: Oxford University Press.
109. SAN MIGUEL PRADERA, L. (2011). *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?* En *Anuario de derecho civil* (4). pp. 1688-1690.
110. SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1939). *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Nascimento.
111. SOTO, C. (2000). *La transformación del contrato: Del contrato negociado al contrato predispuesto*. EN: *Contratación contemporánea teoría general y principios*. Lima, editorial Temis.
112. TERNERA BARRIOS, F. (2007). *Las resoluciones extrajudiciales en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. En: *La terminación del contrato: nuevas tendencias del derecho comparado*. Universidad del Rosario.
113. TOMARELLI RUBIO, F. (2015). *La excepción de contrato no cumplido frente a los remedios del acreedor*. En: *Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2014*. Santiago: Editorial: LegalPublishing.
114. VIAL DEL RÍO, V. (2003a). *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*. Santiago: Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello.

115. VIAL DEL RÍO, V. (2003b). *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
116. VIAL DEL RIO, V. (2015). *Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido*. *Revista de Actualidad Jurídica* (32).
117. VIDAL OLIVARES, Á. (1999). *Criterios de atribución de responsabilidad por daños en la compraventa internacional de mercaderías (Especial consideración del artículo 79 CVCIM y de su engarce con el Sistema de remedios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena)* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
118. VIDAL OLIVARES, Á. (2007a). *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista*. *Revista Chilena de Derecho* (34): 41-59.
119. VIDAL OLIVARES, Á. (2007b). *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código civil sobre incumplimiento*. En GUZMÁN BRITO, A. (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago: LexisNexis.
120. VIDAL OLIVARES, Á. (2009a). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*. En PIZARRO WILSON, C. (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008*. Santiago: LegalPublishing.
121. VIDAL OLIVARES, Á. (2009b). *La noción de incumplimiento esencial en el "Código Civil"*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (32): 221-258.
122. VIDAL OLIVARES, Á. (2011). *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16): 243-302.
123. VIDAL OLIVARES, Á. (2015). *La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio*. En VIDAL OLIVARES, Á., SEVERIN FUSTER, G. Y MEJÍAS ALONZO, C. (editores), *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: LegalPublishing.

124. YÚSARI KHALILIYEH, T. (2012). *Incumplimiento recíproco y remedios contractuales*. Santiago: LegalPublishing.
125. ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.