



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

Memoria de prueba para Optar al Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

**REVISIÓN DE LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR EN EL CONTRATO
DE PROMESA DE COMPRAVENTA: *ALGUNOS PROBLEMAS*
*DOCTRINALES***

ALUMNOS MEMORISTAS: PAULA DONOSO LAGOS – EMILIO IBARRA GARCÍA
PROFESOR GUÍA: RICARDO QUEZADA FUENTES

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto revisar los remedios tradicionales que se han dado por la doctrina, en especial Arturo Alessandri, en el contrato de promesa, particularmente el contrato de promesa de compraventa. Para este objetivo, lo que se busca es comparar las soluciones tradicionales con las nuevas herramientas que la doctrina civilística reciente ha generado, teniendo siempre presente el mantener la coherencia interna de las instituciones civiles.

Así, en un primer momento se busca caracterizar la promesa, en especial su obligación de hacer; para luego entender que no existe incumplimiento de la promesa, para la doctrina tradicional, cuando el prometiende vendedor enajena a un tercero.

Luego, en atención a la noción de incumplimiento y su correlato en la buena fe, trataremos de generar deberes contractuales secundarios, que permitan accionar directamente por responsabilidad contractual. Luego, frente a la acción de incumplimiento contractual se caracterizarán las defensas de que se valdría el prometiende vendedor, esto es, excepción de pago y excepción de contrato no cumplido.

Continuaremos con dos soluciones especialísimas que también serían aplicables a nuestro caso: causa ilícita en el contrato de compraventa del prometiende vendedor y el tercero, y lesión al derecho de crédito del prometiende comprador.

Por último, en lo que consideramos el desarrollo doctrinario más complejo en matices y en recepción jurisprudencial, trataremos de aplicar a nuestro caso la responsabilidad extracontractual que constituyen la *doctrina de la interferencia ilícita en contrato ajeno* y la *acción de provecho de dolo ajeno*.

Finalizado lo anterior, se concluye que los remedios tradicionales no protegen efectivamente el interés del acreedor. No obstante, los nuevos remedios están lejos de tener una recepción pacífica y uniforme, siendo su desarrollo objeto de arduos debates que requieren aún de maduración en cuanto a su coherencia con las instituciones civiles.

Tabla de contenido

1) El contrato de promesa	5
1.1) Aspectos generales	5
1.2) Obligación de hacer de la promesa: celebrar otro contrato	6
1.3) Supuesto básico: enajenación a un tercero, pendiente el plazo o condición de la promesa de compraventa	8
1.4) Remedios tradicionales.....	9
1.5) Estudio de los remedios de la promesa: primacía del interés del acreedor	12
2) Noción de incumplimiento y construcción de la regla contractual: cualquier desviación del programa prestacional o incumplimiento objetivo	14
2.1) Derecho de opción e incumplimiento.....	15
2.2) Críticas a la noción moderna de obligación: ¿indemnización de perjuicios autónoma? 16	
3) Buena fe contractual: incumplimiento contractual en la enajenación a un tercero	19
3.1) Obligación de buena fe: no enajenar la cosa objeto del contrato de promesa.....	20
3.2) Buena fe y justificación ex post de la enajenación.....	24
3.3) Probada la enajenación a un tercero, se presume un incumplimiento imputable de este deber de buena fe	25
3.4) Interés práctico del prometiende comprador	25
4) Excepción de pago del prometiende comprador	28
4.1) ¿Excepción de pago durante toda la secuela del juicio?.....	29
5) Excepción de contrato no cumplido	31
5.1) Compensación de moras: simultaneidad de las obligaciones.....	32
5.2) Excepción de contrato no cumplido	33
6) Aplicación de los arts. 1490 y 1491 del Código Civil: ¿existe o no acción reivindicatoria para el prometiende comprador?	35
6.1) Conocimiento del tercero y mala fe.....	37
6.2) Postura minoritaria: acción reivindicatoria para el acreedor condicional suspensivo....	39
7) Nulidad absoluta del contrato entre el prometiende vendedor y el tercero por adolecer de causa ilícita	41
7.1) Legitimidad de la acción de nulidad absoluta y la acción reivindicatoria.....	42
8) Lesión al crédito o derecho personal del prometiende comprador, en cuanto la prestación del contrato devendría imposible	44
9) Doctrina de la interferencia ilícita en contrato ajeno	48
9.1) Francia: ilícito objetivo.....	48

9.2) Common Law: ilícito subjetivo o intención de perjudicar	49
9.3) Elemento común en ambos derechos: mala fe o intención de dañar del tercero	52
9.4) ¿Es necesario el ánimo doloso en nuestro derecho nacional?	54
9.5) Infracción a un deber de cuidado por culpa leve: casos hipotéticos.....	57
10) Acción de provecho del dolo ajeno: arts. 1458 y 2316 inc. 2° del Código Civil	61
10.1) Concepto de la acción de provecho del dolo ajeno	61
10.2) Requisitos de procedencia de la acción	62
10.3) Asimilación de la culpa grave al dolo	64
10.4) Caso Inverlink: apogeo de la acción de provecho del dolo ajeno	66
10.5) Acción indemnizatoria.....	67
10.6) Acción restitutoria	68
10.7) Disgorgement of profits.....	69
10.8) ¿Justicia correctiva como único fundamento de la responsabilidad civil?	71
10.9) “El dolo todo lo tiñe”	73
10.10) Crítica al fundamento disuasivo de la acción de provecho del dolo ajeno.....	75
10.11) Aplicación de la acción al caso Inverlink y a supuestos similares: inseguridad jurídica en el tráfico	76
10.12) ¿Es correcta la aplicación de la acción de provecho de dolo ajeno en los supuestos analizados?	78
10.13) Defensas de los terceros que recibieron el provecho de dolo ajeno	80
10.14) Protección de la propiedad, ¿es correcto el balance de bienes jurídicos en juego en la acción de provecho de dolo ajeno?	82
10.14.1) Acción pauliana o revocatoria: art. 2468 del Código Civil	82
10.14.2) Pago de lo no debido: art. 2303 del Código Civil.....	83
10.14.3) Acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores: arts. 1490 y 1491 del Código Civil	83
10.15) Conclusión: una interpretación legal, pero sui generis.....	83
11. Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	88

1) El contrato de promesa

1.1) Aspectos generales

En este apartado, a modo introductorio, se realizará una caracterización de los aspectos generales del contrato de promesa. En primer lugar, podemos señalar que la promesa es un contrato no regulado en el Código Civil en forma típica, sino que su regulación se da a propósito del Título XII *Del Efecto de las Obligaciones*, del Libro IV del Código Civil. El artículo 1554 trata el contrato de promesa en los siguientes términos:

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1ª Que la promesa conste por escrito;

2ª Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces;

3ª Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;

4ª Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

De su lectura, queda en evidencia un tratamiento negativo y excepcional de la promesa, debiendo cumplirse imperativamente con los requisitos señalados en el texto legal para que sea válida y eficaz. Alessandri se refiere a este ánimo de excepcionalidad: “[p]uede decirse, por lo tanto, con toda propiedad, que el contrato de promesa está prohibido entre nosotros, que no vale y que sólo tiene valor excepcionalmente cuando reúne ciertos requisitos. Una disposición que, como principio general, prohíbe la celebración de un contrato y que la admite como excepción, bien puede llamarse excepcional”¹. Si a ello le agregamos que se trata de un contrato solemne, en cuanto requiere constar por escrito (art. 1554 N° 1), queda aún más de manifiesto la excepcionalidad de la eficacia de las promesas, resultado que -según algunos-

¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 840.

responde a una supuesta animadversión de nuestra codificación a los pactos que no generan contratos definitivos². En este sentido, el tratamiento regulatorio de la promesa la constituye como una excepción a dos subprincipios³ de la autonomía de la voluntad: la libertad de contratar y la consensualidad de los contratos.

Dicho lo anterior, la doctrina define la promesa en términos generales como “*aquel contrato por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición*”. En términos más estrictos, señala que “*es la convención escrita en virtud de la cual las partes se obligan a celebrar un contrato de los que la ley no declara ineficaces, dentro de un plazo o condición que fije la época de su celebración, y debiendo especificarse en ella todas las bases que constituyan el contrato prometido, de modo que sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriben*”⁴. Ambas definiciones apuntan a la eficacia futura de este contrato, elevando a elemento de la esencia una modalidad, que puede ser una condición o un plazo. Decimos eficacia futura, pues se pretende celebrar otro contrato, cumplido que sea el plazo o condición impuestos.

1.2) Obligación de hacer de la promesa: celebrar otro contrato

Adelantábamos que, -e independientemente de las razones prácticas para celebrar contratos de promesa⁵-, lo cierto es que toda promesa se dirige a la futura celebración de un contrato. El contrato de promesa genera un derecho personal, cuyo contenido es un *hecho*. Este hecho consistirá en la celebración del contrato definitivo.

Dentro de la clasificación de las obligaciones, aquella que atiende a su objeto distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Pues bien, la promesa genera una obligación de

² ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *El Contrato de Promesa* [en línea], 2017, p. 2 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teoría-del-contrato-y-contratos-en-particular/>.

³ Así los clasifica López Santa María, en su clásico libro relativo a la parte general de los contratos. En suma, expresa: “En la perspectiva voluntarista, la formación del contrato aparece dominada por dos ideas que constituyen subprincipios de la autonomía de la voluntad: *el consensualismo* y la *libertad contractual*. En cuanto al contrato como relación jurídica ya creada, como estructura jurídica y económica en actual funcionamiento, las ideas fundamentales de la *fuerza obligatoria* y del *efecto relativo de los contratos* también se hallan impregnadas del dogma de la autonomía de la voluntad”. El mismo Santa María opone, como límite y restricción a la autonomía de la voluntad el otro principio fundamental: *la buena fe*. Ver LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos Parte General, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 162 y ss.

⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ibíd.*, p. 2.

⁵ Las cuales han sido ampliamente tratadas en doctrina. Ver, por ejemplo, ABELIUK MANASEVICH, René. *El Contrato de Promesa*. Santiago: Editorial López-Vivancos, 1971, pp. 22 -23. Para ver el pensamiento actualizado del autor en relación al tema, que no varía en lo sustancial, véase ABELIUK MANASEVICH, René. *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2012.

hacer, distinta absolutamente a la que se deriva del contrato definitivo a que se obligan a celebrar las partes.

Para ilustrar el punto considérese el siguiente ejemplo: se celebra un contrato de promesa de compraventa. La obligación del contrato de promesa es celebrar -vencido que sea el plazo o cumplida la condición- el contrato de compraventa. La compraventa, por su parte, tiene como obligaciones de la esencia no una obligación de hacer, sino de dar: por una parte, el precio, y por la otra la cosa vendida⁶. Vemos que la obligación de la compraventa y la de la promesa tienen distinta naturaleza, siendo manifiesta la independencia entre ambos contratos. Alessandri, quien es con mayor acuciosidad se refiere al tema de la obligación de hacer de la promesa, señala: “[e]l objetivo de las partes en la promesa de venta no es adquirir la cosa y el precio, sino obligar al otro contratante a que celebre la venta que creará esas obligaciones. La promesa no les da el derecho de exigir la cosa o el precio, sino únicamente el otorgamiento del contrato que se promete. El vendedor y el comprador no son deudores de una cosa; son deudores de un hecho. Su obligación no consiste en dar sino en hacer, en celebrar el contrato prometido. Luego, la otra parte no es acreedora de una obligación de dar, sino de una obligación de hacer. Su crédito recae sobre un hecho, que es la celebración del contrato prometido”⁷.

De la naturaleza jurídica de la obligación surgen varias consecuencias de interés, que el mismo Alessandri distingue y enumera, interesándonos especialmente tres:

- i. La promesa de venta sólo da acción a las partes para exigir la ejecución del hecho debido, o sea, la celebración del contrato de venta, pero no para exigir la cosa ni el precio, acciones que sólo existen una vez celebrada la venta.
- ii. En la promesa de venta, por consiguiente, la acción de los contratantes consiste en apremiar al otro para que suscriba el contrato o para hacerlo suscribir por el juez en

⁶ Con todo, no está de más anotar que no existe consenso en doctrina respecto del contenido de la obligación principal de vendedor. Muy resumidamente, la doctrina clásica considera que el vendedor se obliga simplemente a conceder la posesión útil y pacífica de la cosa al comprador, sin que sea necesario constituirlo como dueño, ello basado, entre otros argumentos, en la lectura del artículo 1815 del Código Civil, que establece la validez de la venta de cosa ajena. Sin embargo, otra doctrina, liderada por Ugarte, que entiende que el vendedor tiene una obligación de dar, de modo que si no transfiere el dominio al comprador incurriría en incumplimiento contractual, ha ido ganando fuerza. Sin perjuicio de ello, se vislumbra una clara distinción entre esta obligación, que deriva del contrato definitivo, y la obligación de hacer de la promesa, contrato preparatorio. Para mayor información, véase UGARTE GODOY, José Joaquín. La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio. En: MAC HALE, Tomás y DEL VALLE, Jaime [comp.]. *Estudios en honor a Pedro Lira Urquieta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 151-193.

⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compraventa...* p. 915.

su lugar (artículos 1553 del Código Civil y 532 de Código de Procedimiento Civil); en la venta la acción del comprador tiene por objeto la tradición de la cosa y la del vendedor el pago del precio.

- iii. La promesa de venta no da acción al comprador para reivindicar la cosa de manos del tercero a quien la enajenó el vendedor, pues sólo crea una acción personal en contra del obligado para exigir el cumplimiento de la promesa y la indemnización de perjuicios consiguiente; en la venta, por el contrario, el vendedor que enajena la cosa bajo condición puede reivindicarla del tercero que la adquiera del comprador, con arreglo a los artículos 1490 y 1491 del Código Civil.

Para nuestro análisis, nos enfocaremos en la promesa de compraventa, por ser la de más usual aplicación.

De ordinario, la promesa de compraventa no es una compraventa condicional. En la compraventa condicional lo que está afecto a una condición es el nacimiento o extinción de las obligaciones de dar que genera la compraventa; en la promesa, en cambio, lo que está afecto a una condición o plazo es la obligación de hacer, celebrar el contrato definitivo de compraventa.

Asimismo, la acción para exigir el cumplimiento forzado de la obligación de la promesa es de naturaleza mueble, porque lo debido es un hecho, y los hechos que se deben se reputan muebles, al tenor de lo dispuesto en los artículos 580 y 581 del Código Civil.

Por último, conviene apuntar que la promesa de compraventa no constituye un título traslativo de dominio, como sí lo es la compraventa definitiva, por lo que, *prima facie*, no se genera ninguna limitación al dominio de la cosa vendida para el prometiende vendedor. El prometiende comprador, mientras no se celebre el contrato de compraventa definitivo, no tendría sino una mera expectativa de adquirir el dominio.

1.3) Supuesto básico: enajenación a un tercero, pendiente el plazo o condición de la promesa de compraventa

Nos interesa discutir lo que sucede con el contrato de promesa, en especial con la promesa de compraventa. El supuesto base será el siguiente:

- i. Juan celebra un contrato de promesa de compraventa con Pedro, donde este último es el prometiente vendedor.
- ii. En el tiempo que media entre la promesa y la celebración del contrato definitivo, estando el plazo o condición pendiente, Pedro enajena la cosa que prometió vender, a un tercero, Diego.
- iii. En un instante posterior, ya sea cumplido o no el plazo o condición, Juan se ve imposibilitado de obtener, vía la celebración de la compraventa, que Pedro le haga la tradición de la cosa objeto del contrato, pues la enajenación hecha a Diego obsta al cumplimiento.
- iv. Luego, Juan estudia las posibles opciones que tiene, ya sea contra Pedro, Diego o sobre la cosa misma, persiguiéndola.

1.4) Remedios tradicionales

Tradicionalmente la doctrina⁸ ha afirmado que, en nuestro supuesto, el prometiente comprador no tendría, mientras pende la condición o plazo de la promesa, ningún derecho sobre la cosa objeto del contrato definitivo. Por tanto, el prometiente vendedor puede ejercer con total libertad las facultades que como dueño tiene sobre la cosa, pudiendo válidamente enajenarla a terceros. Ello es corolario de la diferencia ya apuntada entre la obligación de hacer que genera la promesa, y la obligación de dar de la compraventa.

Por lo mismo, siguiendo esta línea, no constituiría incumplimiento contractual la enajenación a un tercero; ello no afecta la obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato definitivo. En consecuencia, nuestro prometiente comprador no tendría más opción que celebrar la compraventa, ya sea voluntariamente o con el auxilio de la justicia, actuando el juez como representante del prometiente vendedor en este último caso, conforme lo dispuesto en los ya mencionados artículos 1553 del Código Civil y 532 del Código de Procedimiento Civil.

⁸“¿Qué acción tiene el promitente comprador cuando el promitente vendedor enajena la cosa? Ante todo, tiene expedito su derecho para pedir el otorgamiento del contrato de venta, o sea, si se trata de inmuebles, el de la respectiva escritura pública, puesto que esa enajenación no afecta en nada a la ejecución de aquel hecho. Otorgada la escritura el vendedor deberá entregar la cosa, pero como esto le será imposible, el comprador tiene derecho para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. También puede pedir directamente los perjuicios, de acuerdo con el número 3° del artículo 1553. De manera que, en rigor, la única acción que compete al comprador, en el caso que estudiamos, es la de pedir indemnización de perjuicios por la infracción del contrato, pero de ninguna manera la de exigir la entrega de la cosa de los terceros”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compraventa...*, pp. 924-925.

Con todo, jurisprudencia reciente tiende a no seguir esta línea argumentativa, y así, ha entendido que la enajenación de la cosa prometida supone el incumplimiento de la obligación del prometiente vendedor. En este orden de cosas, la Corte Suprema, al analizar si la venta y enajenación de un inmueble objeto de una promesa previa constituye perjuicio para efectos de procedencia de la acción pauliana, declaró que *“si antes de celebrarse por la demandada [...] la primera compraventa que se impugna ésta era dueña de la propiedad en cuestión y luego, y en virtud del contrato celebrado [...], pierde tal calidad y no acredita tener otros bienes que impliquen un patrimonio solvente, es indudable que el acreedor se verá impedido de satisfacer su crédito ante la inexistencia de un haber adecuado para ello”*⁹. El mismo tribunal, conociendo de una casación en la forma en una causa en que se dedujo acción de ejecución forzada e indemnización de perjuicios por “incumplimiento” de una promesa, señaló que *“a la data en que el demandado fue notificado de la demanda, el bien raíz objeto de la convención ya había sido enajenado a un tercero [...], saliendo de esta manera de su patrimonio. Ergo, el demandado, por un hecho sólo a él atribuible, no habría podido cumplir con su obligación consistente en la celebración del contrato definitivo de compraventa, a diferencia de lo que sucede con la actora, quien se ha manifestado llana a cumplir idéntico compromiso [...] Frente a un incumplimiento como el que se viene narrando, tratándose de un contrato bilateral, la parte cumplidora puede perseguir, de acuerdo con el artículo 1489 del Código sustantivo, el cumplimiento del mismo con indemnización de perjuicios, así como también pudo solicitar su resolución [...] [Sin embargo,] una determinación en tales términos no es viable en el caso sub judice desde que la propiedad raíz objeto de la promesa materia de este pleito -según se apuntó en el raciocinio sexto- salió del patrimonio del demandado”*¹⁰. Estas sentencias, si bien presumiblemente motivadas por razones de conveniencia práctica, postulan argumentos conceptualmente erróneos, toda vez que -como venimos diciendo- la enajenación de la cosa que se prometía vender a un tercero no constituye incumplimiento contractual del contrato de promesa, siendo perfectamente posible celebrar esa compraventa vencido que sea el plazo o cumplida la condición. Pero es manifiesto que celebrar la compraventa definitiva

⁹ Sentencia de casación en la forma de oficio dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 5449-2005, caratulados “Castro González David con Fonseca Pinilla Rosalía y otros”, considerando 12°. Las partes habían celebrado un contrato de promesa de compraventa de un inmueble, y con posterioridad, la prometiente vendedora vendió y le enajenó el inmueble a su hija por un precio menor (y luego ésta celebró una nueva compraventa). La demandante interpone acción pauliana, aduciendo que la demandada actuó a sabiendas del mal estado de sus negocios y de mala fe, puesto que *“se colocó así en situación de no poder cumplir la promesa”*.

¹⁰ Sentencia de casación en la forma de oficio dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 17245-2013, caratulados “Veliz García, Bernarda del Carmen con Mora Reyes, Guillermo Esteban”, considerandos 6° y 8°.

sería fútil, si en definitiva el prometiende vendedor enajenó la cosa a un tercero. De todos modos, en esta situación el prometiende comprador no tendrá otra vía más que cumplir con la promesa.

Una vez celebrada, el acreedor, prometiende comprador, no podría ver cumplido su derecho, pues la cosa se enajenó a un tercero, quedándole, en definitiva, la vía de pedir, según el artículo 1489 del Código Civil, la resolución más indemnización de perjuicios, o -según una parte de la doctrina- derechamente la indemnización de perjuicios¹¹. No podría pedirse el cumplimiento forzado, pues la cosa se enajenó a un tercero.

Ello parece no tener en consideración que, si bien no estamos en principio ante una hipótesis de incumplimiento, la enajenación constituye a todas luces un perjuicio al interés del prometiende comprador, frustrando su expectativa de adquirir la cosa, con lo que se le despoja de toda utilidad práctica a la compraventa y con ello, a la promesa.

Por todo lo anterior, esta vía tradicional nos parece engorrosa y restrictiva para el acreedor. Un sistema de remedios efectivo y coherente con la contratación moderna debe otorgar las máximas facultades a los acreedores para ver satisfechos sus créditos.

Es engorrosa porque tendría que, si no se cumple voluntariamente la obligación de celebrar la compraventa, demandar judicialmente, vía ordinaria o ejecutiva, dependiendo del título, su celebración. Luego de celebrada la compraventa, como no se puede cumplir la prestación de dar la cosa prometida, tendría que demandar judicialmente la resolución del contrato, más indemnización de perjuicios. En definitiva, si no hay cumplimiento voluntario del prometiende vendedor, sería forzoso interponer dos demandas judiciales, moviendo inútilmente el mecanismo judicial e invirtiendo recursos en la celebración de un contrato que necesariamente será incumplido.

Incluso en el caso que no se celebre la compraventa y el prometiende comprador pretenda demandar directamente indemnización de perjuicios en virtud de lo establecido en el

¹¹ En efecto, cierta doctrina considera que la acción de indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 1489 tiene naturaleza autónoma. Ver LÓPEZ DÍAZ, Patricia. La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma? *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2014, N° 23, pp. 139-207. En contra Ricardo Quezada, principalmente en razón de que la indemnización de perjuicios autónoma no extingue la obligación. QUEZADA FUENTES, Ricardo. La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, diciembre 2015, N° 8, pp. 17-46.

artículo 1553 N° 3 del Código Civil, deberá acreditar que se encuentra llano a celebrar la compraventa, lo que supone el riesgo que, si el prometiende vendedor decide celebrar el contrato, el prometiende comprador no tendrá otra opción que acceder a ello, quedando en último término a merced de lo que disponga su contraparte.

Es restrictiva, porque el único remedio real sería la indemnización de perjuicios en contra del prometiende vendedor.

El objetivo de la tesis es, en este punto, dar cuenta de otros remedios contractuales y extracontractuales presentes en la promesa de compraventa, sus problemas y discusiones. Creemos que su estudio pormenorizado permite visualizar otras vías, apartadas de la engorrosa y restrictiva postura tradicional.

1.5) Estudio de los remedios de la promesa: primacía del interés del acreedor

El estudio de los remedios nos lleva a plantear una doble distinción a objeto de examinarlos:

- i. Responsabilidad contractual por incumplimiento: cumplimiento forzado del contrato e indemnización de perjuicios, resolución del contrato e indemnización de perjuicios, o, como analizaremos posteriormente, indemnización de perjuicios autónoma.
- ii. Responsabilidad extracontractual del prometiende vendedor y del tercero: *doctrina de la interferencia del contrato* y aplicación de la acción por provecho del dolo ajeno (artículos 1458 y 2316 inciso 2°, ambos de nuestro Código Civil).

Adelantando conclusiones, el siguiente estudio nos revelará lo poco examinado del tema, en cuanto a sus implicancias. Si bien es cierto que en la práctica forense la solución a los problemas derivados de la celebración de contratos de promesa se reconduce a estipular cláusulas penales¹², ello no significa que, en nuestra opinión, el estudio de promesas esté agotado; más bien creemos que puede dar luces sobre varios aspectos del derecho de obligaciones, responsabilidad contractual y extracontractual.

¹² Recordemos que la promesa debe constar por escrito, lo que en la generalidad de los casos relevantes -los referidos a inmuebles- lleva a celebrar promesas por escritura pública, lo que nos lleva a que el juicio ejecutivo sea la herramienta legal, amparada en la indemnización de perjuicios que establece la cláusula penal, la vía a utilizar por el prometiende comprador, que ve frustrada su expectativa.

Antes de seguir, las voces “cumplimiento forzado” y “resolución del contrato” son propias de los contratos bilaterales, en cuanto el artículo 1489 del Código Civil establece la llamada *condición resolutoria tácita*. Habíamos dicho que en la promesa de compraventa se genera una obligación idéntica para ambas partes, consistente en una obligación de hacer, que se regiría, en cuanto a sus remedios, no por el artículo recién mencionado, sino por el artículo 1553 del Código. Esta última norma señala que se puede exigir el cumplimiento forzado, ya sea por el mismo deudor o por un tercero, además de demandar autónomamente indemnización de perjuicios. Pero tal disposición no establecería la posibilidad de demandar la resolución del contrato, como sí lo establece, en forma llana, el artículo 1489 tratándose de obligaciones de dar. Pues bien, se ha entendido que los remedios del acreedor de una obligación de hacer derivada de contratos bilaterales -característica del contrato de promesa de compraventa¹³-, en cuanto contrato bilateral, habilitarían la aplicación de la condición resolutoria tácita del artículo citado.

A continuación, analizaremos el presupuesto básico de toda responsabilidad contractual: el incumplimiento contractual.

¹³ Con todo, se discute en doctrina arduamente acerca de la validez de las promesas unilaterales de contratos bilaterales. Orrego señala los principales argumentos de la validez de la promesa unilateral de venta: “*Para la mayoría de los autores, sin embargo, no hay inconveniente legal para que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, el contrato de promesa pueda ser unilateral, aunque el contrato prometido pueda calificarse de bilateral. Entre los que están por esta posición, Leopoldo Urrutia, Luis Claro Solar, Guillermo Pumpin, Enrique Rodríguez, Silva Imperiali, etc. Señalan los siguientes argumentos: 1º Singularizado adecuadamente el contrato prometido, se cumpliría con el requisito de especificación. Por ello, en la compraventa, por ejemplo, bastaría señalar las partes, la cosa y el precio, aunque no haya acuerdo de voluntades todavía. Lo importante es que no existan dudas acerca del tipo de contrato prometido. 2º El exigir a las partes que de antemano se obliguen en la promesa a cumplir las prestaciones propias del contrato prometido sería una consecuencia, considerando que éste último aún no nace a la vida jurídica. 3º Ninguna disposición legal exige que en el contrato de promesa ambas partes se obliguen recíprocamente. Si la ley hubiera pretendido exigir en el contrato de promesa que las partes asumieran recíprocamente las obligaciones propias del contrato prometido, lo habría declarado expresamente, tal como estimó necesario decirlo en el art. 98 del CC., el que para la existencia de la promesa de matrimonio exige que sea mutuamente aceptada. 4º Hay diversas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que revelan su espíritu de aceptar, en materia de promesa de compraventa, obligaciones unilaterales. Así, por ejemplo, el art. 1881 del CC., que establece el pacto de retroventa, que no es otra cosa que la obligación unilateral que se impone al comprador de vender a su turno la cosa que ha comprado a la misma persona que se la vendió si ésta se lo exige en el plazo que se ha fijado en el contrato*”. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *El Contrato de Promesa*, p. 12.

2) Noción de incumplimiento y construcción de la regla contractual: cualquier desviación del programa prestacional o incumplimiento objetivo

Tradicionalmente, nuestra doctrina y jurisprudencia han determinado la noción de incumplimiento contractual en referencia a lo dispuesto en el artículo 1556 del Código Civil, esto es, entender que existe incumplimiento contractual toda vez que la obligación contractual no se cumpla; se cumpla, pero tardíamente; y, por último, se cumpla, pero imperfectamente. Verificado algún tipo de incumplimiento, es que se da lugar a lo que Barros¹⁴ denomina “responsabilidad contractual”.

Pues bien, en este trabajo queremos hacer eco acerca de los últimos avances en la doctrina -especialmente española¹⁵, pero sumando adeptos en nuestro derecho nacional¹⁶, amén de estar consagrado en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁷ - en materia de incumplimiento contractual, que no lo limitan a estas clásicas formas, sino a una noción más amplia de incumplimiento contractual, referida a “toda desviación del programa prestacional convenido por las partes”, que se basa en el concepto “realista”¹⁸ de negocio jurídico. Esta noción es más amplia, pues incluye además los requisitos

¹⁴ “En un sentido amplio, la idea de obligación expresa el deber de realizar la prestación (deuda), mientras la responsabilidad civil expresa la potestad que el Derecho confiere al acreedor para actuar contra el patrimonio del deudor, porque ‘el crédito encierra un deber para el deudor y una responsabilidad para su patrimonio’. Agregamos nosotros, responsabilidad para su patrimonio derivada del incumplimiento contractual. BARROS BOURIE, Enrique. La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos. En: CORRAL TALCIANI, Hernán y RODRÍGUEZ PINTO, María Sara [coords.]. *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones*. Santiago: Editorial LexisNexis, 2006, p. 722.

¹⁵ Véase MORALES MORENO, Antonio. El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico). *Anuario de Derecho Civil*, 1983, Vol. 36, N° 4, pp. 1529-1546. Asimismo, para Luis Díez-Picazo, “la prestación puede entenderse en dos sentidos, a) como comportamiento efectivo del deudor que se confunde con el propio cumplimiento de la obligación, y b) como plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira que se haga realidad en un momento posterior. Para el jurista este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación y no la cosa o el hecho sobre la que recae; plan o proyecto que en su ejecución se integra por la diligencia que, por un lado, sirve para determinar pormenorizadamente su contenido y, por otro, impone al deudor una serie de deberes accesorios que tienen por objetivo la actividad previa necesaria para promover e impulsar la prestación y la satisfacción del interés del acreedor. El autor, en definitiva, antepone el deber ser –el comportamiento comprometido por el deudor– antes que la conducta efectiva, la cosa o el hecho”. VIDAL OLIVARES, Álvaro. Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho Privado*, abril 2007, Vol. 34, N° 1, pp. 41-59, p. 42. Véase para más detalles, DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, en especial pp. 236-237.

¹⁶ Especialmente VIDAL OLIVARES, Álvaro. La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2000, N° 21, pp. 209-227. También DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro. Propósito Práctico, Incumplimiento Contractual y Remedios del Acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema. *Ius et Praxis*, 2014, Año 20, N° 1., pp. 15-38.

¹⁷ Ver CEPEDA ACED, Cristina. *Acciones y remedios legales en caso de incumplimiento en la compraventa internacional de mercaderías*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2009.

¹⁸ “De acuerdo con la concepción realista de negocio jurídico de Federico de Castro, éste es un medio, o instrumento, de regulación, organización y ulterior satisfacción de los intereses de las partes y no un mero mecanismo de producción de

de todo pago y, también, lo que Vidal Olivares ha denominado la “construcción de la regla contractual”¹⁹, que no solo guarda relación con lo estipulado por las partes, sino también con todo aquello que ellas se representaron como el “objeto ideal”²⁰ del contrato. Este objeto ideal del contrato, siguiendo esta postura doctrinaria, es lo que en definitiva ampliará el rango de incumplimiento contractual, pues incluirá todo aquello que satisfaga el interés del acreedor.

2.1) Derecho de opción e incumplimiento

Verificado el incumplimiento²¹, esto es, cualquier desviación de lo que proyectaron razonablemente las partes, como puede ser la enajenación a un tercero, con la consiguiente imposibilidad de adquirir un bien inmueble destinado a la vivienda, derivado de un contrato de promesa de compraventa, es que se da lugar a la responsabilidad contractual. Responsabilidad contractual que, según Patricia López, hemos de denominar “derecho de opción”²² del

efectos jurídicos (derechos y obligaciones); siendo ésta la explicación del porqué del contrato, cuando las partes lo celebran, se dan regulaciones insuficientes e incompletas, haciendo necesaria la interpretación de la declaración y; además, su integración, a través de las normas dispositivas o supletorias de la voluntad de las partes. A lo anterior se añade, la circunstancia de que la capacidad de las partes, para prever todos los concretos problemas que puedan surgir en la ejecución y desarrollo del negocio, es siempre limitada”. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La construcción de la regla contractual..., pp. 209-210.

¹⁹ La construcción de la regla contractual incluye dos procesos diferenciados: por una parte, la interpretación de la declaración de las partes y, por la otra, la integración normativa, que incluye, en nuestro derecho nacional, lo dispuesto genéricamente en el artículo 1546 del Código Civil, es decir, “por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. En suma, según indica Vidal Olivares, “La definición de la eficacia de una regla contractual concreta reclama del despliegue de una actividad compleja: de interpretación de la declaración de voluntad en ella contenida y de su integración normativa, no susceptibles de actuación separada. El juez debe ejecutar ambas actividades, en términos que el agotamiento de la primera determina la realización de la segunda. La eficacia del contrato sólo la conocemos luego de haber agotado esta actividad compleja; sólo en ese instante comprendemos el alcance y sentido de la norma del artículo 1545 del Código Civil. (iii) El contrato se asienta en una realidad concreta, que debe ser considerada por el intérprete. El ambiente del negocio y sus circunstancias permite la autointegración de la declaración de la voluntad incompleta, interviniendo de modo esencial el principio de la buena fe objetiva en función interpretativa”. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *ibíd.*, p. 227.

²⁰ “En toda obligación de origen contractual es posible distinguir un objeto real de otro ideal, siendo este último el relevante para apreciar el fenómeno del incumplimiento y sus efectos. El problema del incumplimiento se reduce a si el deudor desplegó, o no, la conducta debida y esta es la que inicialmente proyectaron las partes. El deudor junto con obligarse a dar o a hacer alguna cosa, debe emplear en la ejecución de su prestación una diligencia promotora del cumplimiento, que se materializa en la adopción de medidas concretas para la superación de obstáculos o impedimentos que afecten el fiel desarrollo de la prestación, sean o no previsibles. El incumplimiento es un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación respecto de la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato. Ese incumplimiento, carente de una valoración subjetiva, es el que permite articular el sistema de los remedios de que dispone el acreedor y entre los cuales puede optar más o menos libremente”. Véase VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Cumplimiento e incumplimiento contractual...*, p. 41.

²¹ No solo bastaría el incumplimiento *per se*, sino que aquel incumplimiento debe ser calificado por el juez, en caso de disputa, como un *incumplimiento grave*, atendiendo, entre otros, a criterios tales como los elementos de la estructura de determinado acto jurídico (art. 1444 del Código Civil); a la función y estructura socioeconómica del contrato; al interés perseguido por el acreedor en el contrato, atendiendo a lo que sería importante para una persona media razonable, o interés previsible; etc.

²² Patricia López nos precisa su concepto en los siguientes términos: “La doctrina nacional y comparada no ha utilizado mayoritariamente la denominación *derecho de opción*, sino que se han referido a la *simple elección o facultad del acreedor*. Sin embargo, estimamos necesario acuñar la denominación *derecho de opción o ius electionis*, toda vez que ella grafica con acierto su naturaleza jurídica y su fundamento. Y es que, si bien el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación convenida, verificado el incumplimiento [énfasis nuestro] tal derecho de crédito, como consecuencia de la insatisfacción de

acreedor lesionado, pues a este corresponde elegir, dentro de un marco de buena fe y exclusión del abuso del derecho, el remedio contractual que mejor satisfaga su interés.

Un adecuado sistema de remedios debe atender al problema de la satisfacción o insatisfacción de los intereses que persigue el acreedor en el cumplimiento de un contrato. Es el acreedor la víctima del incumplimiento, a él corresponderá determinar cómo, en atención a los medios que le franquea la ley, quiere ser resarcido.

La doctrina en comento entiende que en todo contrato el acreedor tiene dos intereses distintos²³. Uno de ellos es el “interés originario”, esto es, el interés específico que persigue en el cumplimiento del programa prestacional. El segundo de ellos es el “interés de indemnidad”, producido que sea el incumplimiento, esto es, la expectativa legítima de que a su respecto no se genere ningún menoscabo o perjuicio si llega a incumplirse el contrato. El primer interés guarda estrecha relación con el cumplimiento forzado, o como modernamente se ha denominado, “pretensión de cumplimiento”²⁴; por su parte, el segundo interés guardaría relación con los remedios de que dota la ley al acreedor en caso de incumplimiento.

2.2) Críticas a la noción moderna de obligación: ¿indemnización de perjuicios autónoma?

Con todo, cabe precisar que la noción anteriormente apuntada de obligación e incumplimiento contractual presenta más de alguna dificultad, como ha apuntado el profesor Ricardo Quezada, en virtud del concepto que consagra nuestro Código. Así, ha dicho, refiriéndose a las declaraciones y garantías, en especial al entendimiento de Enrique Barros y Nicolás Rojas, lo siguiente:

“Los profesores Barros y Rojas atribuyen a las declaraciones y garantías el carácter de una obligación en sí mismas, lo que queda demostrado si se considera que reconocen al acreedor el derecho a pedir la resolución del contrato. Si la estipulación no tuviese el

su interés, deviene un derecho de opción. Se trata, por consiguiente, de un derecho sucesáneo al derecho de crédito”. LÓPEZ DÍAZ, Patricia. El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual. *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2012, N° 19, pp. 13-62, en especial pp. 18-19.

²³ LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *ibíd.*, p. 18. En similar sentido, RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. El derecho a la ejecución in natura en el cumplimiento de las obligaciones en Chile. En: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN [coord.]. *Estudios de Derecho Civil V*. Concepción: Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, pp. 606-616.

²⁴ PIZARRO WILSON, Carlos. Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios*, 2014, Año 21, N° 1, pp. 203-219.

carácter de obligación, el acreedor carecería de título para pedir la resolución, que no es otra que la resolución por incumplimiento del artículo 1489. Para esta doctrina, la obligación específica que impone la estipulación no consistiría en una prestación, sino que en satisfacer el interés del acreedor, con lo cual se aparta completamente del Código Civil chileno. Reconocen lo anterior, pero defienden su opinión argumentando que la noción moderna de obligación entiende este deber jurídico como uno de resultado, consistente, precisamente, en satisfacer aquel interés. Una responsabilidad civil así concebida se asemeja, más bien, a la responsabilidad extracontractual por infracción al deber general de no dañar a otro”²⁵.

En consecuencia, el entendimiento de la obligación contractual como deber de prestación constituye un importante obstáculo a la aceptación de la teoría de que el artículo 1489 reconocería el derecho de pedir autónomamente indemnización de perjuicios. Así podemos presentar como los argumentos más convincentes, a nuestro juicio, los siguientes:

- i. *“Cabe preguntarse entonces ¿qué efectos produciría, incumplida una obligación, el ejercicio de una acción de indemnización de perjuicios en forma autónoma en el Código Civil chileno? La respuesta determina el rechazo a la tesis en análisis, pues se llega al absurdo de que acogida la demanda, e incluso pagada la indemnización, la obligación incumplida sigue existiendo con plena exigibilidad: consistiendo las obligaciones en prestaciones, y no en satisfacer intereses, la suma de dinero que el deudor pague a título de indemnización jamás podrá configurar el pago, pues por su propia naturaleza es una cosa distinta de la debida”²⁶.*
- ii. *“Es posible que algunos se inclinen por el concepto moderno de obligación, considerándolo más conveniente al tráfico jurídico, pero el artículo 23 dice que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, de manera que lo único que aquellas razones podrían justificar es la proposición de una modificación legal, pero no son razón suficiente para imponer una doctrina contraria al derecho vigente”²⁷.*

Concordamos con lo expuesto por el profesor Quezada, debido a que el concepto de obligación de nuestro Código es claro, y que el entendimiento de Barros y Rojas, que nosotros

²⁵ QUEZADA FUENTES, Ricardo. La responsabilidad del vendedor..., p. 22.

²⁶ QUEZADA FUENTES, Ricardo, ibíd., p. 22.

²⁷ QUEZADA FUENTES, Ricardo, ibíd., pp. 23-24.

compartimos, es una declaración de reforma legislativa más que de apego a la letra del mismo. Sin una modificación legal, el concepto de obligación sigue ligado más a una prestación, con un determinado deber de diligencia, que a satisfacer intereses del acreedor, que asumen una dimensión más de obligación de resultado, y por tanto mucho más onerosa para el deudor.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso analizado en el presente trabajo, a nuestro juicio, existiría un incumplimiento de parte del prometiende comprador de obligaciones derivadas de la buena fe contractual, bien se conciba el incumplimiento como un deber general de satisfacción de intereses -que, claramente, incluye un deber de actuar de buena fe- o como un deber de prestación -que, como veremos, consistiría en un no hacer-. En consecuencia, el problema de la autonomía de la indemnización de perjuicios en este caso se supera, toda vez que tendría consagración legal en el artículo 1555 del Código. Con todo, y como ya señalamos anteriormente, resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 1489 en cuanto a la vía de resolución contractual, que sería necesaria para la extinción de la obligación. De todas maneras, creemos que, en la práctica, el prometiende comprador no tendrá interés alguno en mantener vigente la promesa, por lo que su vía de acción será, precisamente, la resolución del contrato más indemnización de perjuicios.

Dicho lo anterior, en lo que sigue, y precisado nuestro entendimiento de la noción de incumplimiento, estudiaremos precisamente los remedios de que dota la ley al acreedor. El primero de estos remedios requiere el supuesto previo del incumplimiento contractual y, como veníamos adelantando, es en ese orden de ideas que estudiaremos la *buena fe* como fuente de deberes contractuales no explicitados, que vienen a integrar el contenido de nuestra promesa.

3) Buena fe contractual: incumplimiento contractual en la enajenación a un tercero

Hemos dicho que, en principio, el contrato de promesa no se ve incumplido por la enajenación de la cosa estando el plazo o condición pendiente, ya que la única obligación que adquieren las partes es la celebración del contrato definitivo. No obstante, la conducta del prometiende vendedor, al enajenar la cosa teniendo conocimiento del interés del prometiende comprador en adquirirla, no parece totalmente correcta en cuanto a exigencias de actuar de buena fe. Por tanto, en este apartado nuestro objetivo será examinar si podríamos considerar como contrario a la buena fe contractual del contrato de promesa, la enajenación que se efectúa a un tercero de la cosa objeto del contrato de compraventa, por parte del prometiende vendedor. Pero primero examinemos el concepto de buena fe en materia contractual.

La buena fe, como señala Boetsch, es “[...] *un principio de carácter ético-social que [...] alude a los conceptos de lealtad, honradez, fidelidad y rectitud, etc., [que] adquiere, en materia negocial, una de sus manifestaciones más fuertes, pues se nos presenta como un modelo de conducta que las partes deben seguir durante toda la vida del negocio, expandiendo su aplicación incluso a las etapas preparatorias o preliminares del contrato y también una vez concluido éste, influyendo a su vez de manera determinante en la interpretación del negocio*”²⁸. El mismo autor entiende que la buena fe surge como un parámetro de conducta, que “*revaloriza y modaliza a las posiciones de las partes, pasando a formar parte del contenido del negocio, con el objeto de evitar que, bajo la apariencia de un respeto a su tenor estricto, se lesione el interés del acreedor a ser satisfecho o del deudor a no sacrificarse más allá de lo razonable*”²⁹.

Abona a lo dicho lo expresado por el jurista italiano Betti, quien entiende por buena fe negocial la existencia de “un deber de cooperación en el interés ajeno”³⁰, que consistirá en una conducta leal de respeto hacia el interés de la contraparte, lo que se traducirá en una “actitud activa de cooperación” en el interés ajeno, consistente en la satisfacción de la expectativa de prestación de la contraparte.

²⁸ BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 109.

²⁹ BOETSCH GILLET, Cristián, *ibíd.*, p. 109.

³⁰ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones, tomo I*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 69 y ss.

La buena fe, según lo que venimos expresando, se constituye por lo que el jurista español Jordano Fraga, señala como criterio de reciprocidad, que consiste en que “[...] *la buena fe por una parte ensancha el ámbito de la responsabilidad contractual al servir de base a una serie de deberes accesorios del deudor a favor del acreedor, dirigidos sea a la realización del cumplimiento (deberes integrales-instrumentales-del cumplimiento), sea a la preservación del daño en intereses diversos de aquel de la prestación (deberes de protección); el carácter recíproco de este criterio de conducta se actúa, por una parte, con la existencia de deberes de protección a favor del deudor (también en éste es atendible la exigencia a que del cumplimiento no le resulte daño en un interés suyo, que por definición no será de prestación), y, por otra, por la tutela que la buena fe, como criterio que fija el límite de lo exigible, ofrece al interés específico del deudor en cuanto tal (pues la obligación puede ser sinalagmática, y el deudor simultáneamente acreedor), es decir, de la liberación*”³¹.

En resumen, la buena fe contractual se caracteriza por la especial cooperación y respeto recíproco entre las partes, en un “*patrón de conducta que abarca toda la vida jurídica intersubjetiva y se impone a todos sus miembros*”³². La jurisprudencia nacional lo ha entendido en igual sentido, al señalar que “*el principio de la buena fe debe ser aplicado y respetado por las partes en todos los contratos que celebren y en todas sus etapas*”³³.

Ahora bien, volviendo a nuestro caso, la enajenación a un tercero de la cosa objeto del contrato, huelga decirlo, no se constituye como un incumplimiento contractual del contrato de promesa. Ello considerando la naturaleza de la obligación a que se sujetan las partes, que constituye simplemente una obligación de hacer: celebrar el contrato prometido.

3.1) Obligación de buena fe: no enajenar la cosa objeto del contrato de promesa

Pues bien, en este punto nosotros creemos que podría integrar el contrato de promesa, como una obligación secundaria, amén de la función integradora³⁴ que se le reconoce a la buena fe que consagra el artículo 1546 del Código Civil, y que, aun sin consagración positiva,

³¹ JORDANO FRAGA, Francisco. *La Responsabilidad Contractual*. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 143.

³² BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe...*, p. 113.

³³ Sentencia de la Corte Suprema (1951), Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 48, sección 3ª, p. 75.

³⁴ Acerca de la función integradora de la buena fe, véase BOETSCH GILLET, op. cit., pp. 115 y ss. También FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 176 y ss. Este último señala que “*la voluntad de las partes es la suprema ley, y así como en la letra de las leyes suele no estar todo el derecho, tampoco en las cláusulas literales de los contratos suele encontrarse expresamente todo lo que quisieron las partes contratantes*”.

constituye un principio general del derecho, la obligación de no enajenar la cosa objeto del contrato, pues lo lógico sería considerar que todo el interés del prometiende comprador está en que, celebrado que sea el contrato definitivo de compraventa, se le ejecute la obligación de dar y, en especial, la tradición y entrega de la cosa.

La función integradora de la buena fe, que generaría este deber secundario que venimos apuntando, ha sido reconocida también por la Corte Suprema, declarando “[q]ue previo a la labor de calificación e interpretación del contrato, parece necesaria su integración con los elementos que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil son comprensivos no sólo de lo que se lee en el contrato, sino de todos los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Esta norma, no obstante encontrarse ubicada en el Título XII del Libro IV del Código Civil, a propósito del efecto de las obligaciones, más parece una norma de integración del contrato, básica de considerar para el proceso interpretativo posterior”³⁵.

La obligación secundaria, que integraría casi como un elemento de la naturaleza la celebración de la promesa de compraventa consiste en una obligación de no hacer: no enajenar la cosa objeto del contrato de compraventa. En otros contratos también se ha llegado a considerar, por la doctrina más reciente, deberes no explicitados por las partes derivados de la buena fe, como por ejemplo, atendida su función económica, la obligación de dar la cosa derivada de la compraventa, pues ella no puede ser entendida satisfecha con la sola tradición de la misma (que dejaría al adquirente, al menos, como poseedor³⁶ de la cosa; y si el tradente es dueño, en tal calidad, según se deja leer en los artículos 682 y 683 del Código), sino que requiere, aunque no se diga, que se le entregue materialmente. En la compraventa, en definitiva, existiría una obligación explícita: dar la cosa, hacer la tradición; una implícita: entregar materialmente la cosa.

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema (1988), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 85, sección 2ª, p. 9. En cuanto al tenor literal, la misma Corte Suprema ha señalado en relación con la buena fe: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, sin apego a la letra rigurosa de ellos ni a un derecho estricto. No deben las partes asilarse en la literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, ha de dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Tampoco debe dejarse de atender a factores extraliterales que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley”.

³⁶ “Si la tradición hecha por quien no es el verdadero dueño da el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, significa que la persona a quien se hizo la tradición adquirió la posesión de la cosa, ya que solo el poseedor puede adquirir el dominio por prescripción. Sobre la base de lo anterior, se afirma que si bien la tradición no transfiere el dominio cuando el tradente no es el verdadero dueño de la cosa, permite, en todo caso, que se adquiera la posesión”. VIAL DEL RÍO, Víctor. *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio en el Código Civil Chileno*. 3ª Edición. Santiago: Editorial Universidad Católica de Chile, 2009, pp. 32-33.

En un sentido más estricto, jurisprudencia reciente ha estimado que no se cumple con la obligación de hacer la tradición de la cosa en una compraventa si no se transfiere el dominio³⁷ del inmueble, o si el inmueble, por no tener la recepción definitiva de la obra no sirve para habitarlo³⁸, así como si ésta no presenta luz eléctrica. Así se deja leer en este último caso en el considerando 12° de la sentencia de casación N° 6840/2012, dictada por la primera sala de la Corte Suprema:

“Si bien la electricidad no es algo de la esencia de un hogar, pues de hecho puede sustituirse por otro tipo de energía, no puede prescindirse -porque forma parte de la experiencia, que no requiere de prueba- de la ya antigua exigencia en orden a incluirla en las urbanizaciones que conforman las ciudades, en este caso, calle Naranjal 172 de M...

O sea, ya no se trata solamente de una obligación expresada en el contrato, sino, además, de una que fluye de su naturaleza y de lo que por ley le pertenece. Esta óptica conduce a la misma conclusión: el contrato no fue cumplido. Luego y de idéntica manera, una aserción contraria desconoce el imperio de los artículos 1545, 1546 y 1560”.

³⁷ Díez-Picazo, en el derecho español, fundando su postura en el artículo 1258 del Código Civil español, que puede ser extrapolable a nuestro derecho, en especial al ya tantas veces mencionado artículo 1546, señala que la obligación del vendedor será la de transferir el dominio cuando así se haya pactado, pero, más importante aún, establece otros supuestos no convencionales donde pesará esta misma obligación en contra del vendedor, el primero de ellos es “*si al vendedor le constaba o debía constarle, que el comprador había actuado sobre la base de la confianza en adquirir el dominio*”; el segundo tendrá lugar cuando “*al vendedor le conste, o deba constarle, que las finalidades económicas pretendidas por el comprador solo pueden conseguirse convirtiéndose en propietario de la cosa comprada*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, pp. 58-59. En nuestro derecho se pueden aplicar estos mismos argumentos, ampliados, como lo hemos hecho, por la buena fe contractual, y así es que, ya Ramón Domínguez Águila, señala que la finalidad económica y social de la compraventa es transferir el dominio, por lo que es difícil explicar a los legos que la venta de cosa ajena vale, puesto que mediante la compraventa lo que pretenden es adquirir el dominio de la cosa. Por lo demás, una cosa es que la venta de cosa ajena sea válida y otra muy distinta es que el que venda una cosa ajena cumpla con sus obligaciones; no pueden confundirse las condiciones para el perfeccionamiento o validez del contrato con sus efectos, es decir, con las obligaciones que surgen del mismo contrato. Además, considerar que se debe transferir el dominio tiene un interés práctico, cual es que el acreedor pueda accionar por incumplimiento contractual a través de la acción resolutoria. En DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Negocios jurídicos sobre cosa ajena*. Concepción: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1976, pp. 197 y ss. Véase también DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. La obligación de transferir el dominio en la compraventa. *El Mercurio Legal* [en línea], Chile, 27 de abril de 2012 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017], Sección Análisis Jurídico. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901086&Path=/OD/BF/>. Para un estudio más acabado del tema, véase el reciente trabajo de FERNÁNDEZ CARTER, María. *La obligación principal del vendedor en la compraventa*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2016.

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 6840/2012, 16 de abril de 2013, caratulada “José Valdivia Lucero con Same Madrid y Madrid y Compañía Limitada”, en especial su considerando 15°, “[...] *Aquí se ‘vendió’ una casa que el vendedor levantó en terreno del comprador Valdivia. Por consiguiente, no merece dudas a estos juzgadores que la obligación que contrajo el vendedor no está cumplida por mientras no se entregue al comprador el inmueble como un todo, tal cual reza el contrato –especie o cuerpo cierto– en estado de ser utilizado para el propósito que ambas partes [sic] entendieron al consentir, es decir, de vivienda [...]*”. Destáquese el hecho de que la Corte Suprema implícitamente hace referencia al “propósito práctico” para precisar la regla del art. 1546, referida la integración del contrato acorde a la buena fe. Para un estudio de tres sentencias donde la buena fe y el propósito práctico juegan como determinantes de obligaciones contractuales no explicitadas, véase DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro. Propósito práctico...

El fundamento de esta obligación, venimos diciendo, se encontraría en la buena fe, pues esta impone a las partes el deber de comportarse lealmente en sus relaciones mutuas, tratando de satisfacer el interés de la otra parte en la celebración de determinado contrato.

Pues bien, el interés mediato del prometiente comprador, al celebrar la promesa y mientras no se cumpla la condición o plazo que la integra, es que, en algún momento se celebre la compraventa definitiva y luego se cumpla la obligación de dar la cosa prometida. En definitiva, tener la cosa materialmente en su poder y hacerse dueño de la misma-de ordinario un inmueble-si adicionalmente el prometiente vendedor goza del dominio.

La contravención a esta obligación de no hacer, que entendemos subentendida en toda promesa de compraventa, conllevaría la subsiguiente responsabilidad contractual, lo que habilitaría para constituir el supuesto básico del incumplimiento.

De no entender que el contrato de promesa de compraventa lleva envuelta, por la buena fe, la obligación de no enajenar la cosa, llevaría a la solución que propone Arturo Alessandri. Para Alessandri, en consecuencia, el prometiente vendedor podría enajenar sin ninguna limitación, pues, mientras no venza el plazo o se cumpla la condición a que se sujetó la promesa, los prometientes tendrían una única obligación de hacer: celebrar el contrato prometido. Consecuencialmente, la enajenación a un tercero no constituye incumplimiento contractual alguno de la promesa, por lo que, verificada la enajenación, nada podría alegar el prometiente comprador. Éste tendría que celebrar el contrato de compraventa definitivo, para luego, dado que será imposible cumplir la prestación para el vendedor, solicitar la resolución del contrato más la indemnización de perjuicios.

La solución de Alessandri enfatiza el carácter literal de las promesas, su característica más prominente: generar una obligación de hacer. Es concordante con el principio de autonomía de la voluntad, como fuente y límite de todo vínculo contractual, y que encuentra sustento normativo en el artículo 1545 del Código Civil.

Lo negativo es que, como ya lo hemos adelantado, obliga al prometiente comprador a tener que, en el evento de que no exista cumplimiento voluntario de la obligación de hacer y tampoco la de dar derivada del contrato de compraventa, a tener que incoar doblemente un proceso judicial: el primero para hacer cumplir la promesa, que se celebre el contrato de

compraventa definitivo; el segundo, pedir la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de dar, dado que la cosa objeto del contrato se enajenó al tercero, más indemnización de perjuicios.

Nos parece que un camino más llano para el prometiente comprador, que protege efectivamente su interés -y es un objetivo de la contratación moderna dotar al interés del acreedor en centro de interés de todo vínculo contractual, con remedios efectivos, como ya lo hemos señalado en el apartado de noción de incumplimiento- es entender que, la buena fe del prometiente vendedor incluye un deber contractual adicional, como lo es no enajenar la cosa a un tercero, y con ello, producida que sea la enajenación, se configure el incumplimiento contractual, presupuesto básico a todo remedio contractual.

Este último deber normativo encuentra su fuente en el artículo 1546 del Código Civil, que señala “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*”.

Es evidente la tensión que se genera entre dos principios, el de autonomía de la voluntad, como fuente y medida de toda obligación, y el de buena fe, que tiende a expandir el ámbito contractual y regirse por la satisfacción del interés de la contraparte. Creemos, no obstante, que la tensión es más aparente que real, pues actualmente es claro que en un contrato es imposible prever todas las hipótesis, además es ineficiente desde un punto de vista social, pues aumentaría enormemente el costo de negociar contratos, en lo que se denomina en jerga económica *costos de transacción*.

3.2) Buena fe y justificación *ex post* de la enajenación

Una comprensión más realista de lo que son los hechos, es, con una lógica *ex post*, determinar si las partes no se adecuaron a lo que pudiésemos entender como el curso normal del desarrollo³⁹ de un contrato, que en nuestro caso consistiría en que el prometiente comprador pasara, en algún momento, a tener materialmente la cosa objeto de la promesa en su poder y, si el tradente es dueño, a ser titular del derecho de dominio.

³⁹ Al respecto López Santa María señala “*la regla o principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato*”. LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos Parte General*..., p. 402.

Además, la perspectiva *ex post* permite al prometiente vendedor alegar justa causa en la enajenación al tercero, esto es, que no actuó de mala fe, sino por un motivo justificado, como podría ser el hecho que celebró un pacto de retroventa, o sujetó la venta a una condición resolutoria o plazo extintivo, que no haga imposible el cumplimiento de la obligación de dar derivada de la compraventa cuando ésta se haga exigible, por haber vuelto a dominio o poder del prometiente vendedor en un momento intermedio entre la enajenación al tercero y la exigibilidad de la obligación de dar, o incluso en un momento coetáneo con esta última.

3.3) Probada la enajenación a un tercero, se presume un incumplimiento imputable de este deber de buena fe

Si el prometiente vendedor enajenó a un tercero la cosa, a él corresponderá dar las consiguientes explicaciones, justificar su conducta, por lo que estaríamos presumiendo, en cierto modo, mala fe. Ante ello, creemos que sería el prometiente comprador quien deba probar⁴⁰, en un primer momento, el incumplimiento contractual, esto es, la enajenación a un tercero hecha por el prometiente vendedor. Determinado que se produjo la enajenación, corresponderá al prometiente vendedor negar la enajenación a un tercero o justificarla por los medios que ya señalamos. Por lo que la presunción de mala fe queda revelada por la conducta probada que la constituye: la enajenación a un tercero.

Se abona a lo dicho, el que desde un punto de vista práctico nuestra solución permita entablar un solo juicio por el incumplimiento de la promesa, en virtud de que consideramos a la enajenación a un tercero como un incumplimiento contractual no expreso.

3.4) Interés práctico del prometiente comprador

En definitiva, la lectura que efectuamos de la buena fe, como satisfacción del interés de la otra parte, del acreedor, implica no solo considerar la inmediatez y literalidad de la promesa, sino considerar el negocio jurídico en su conjunto, teniendo en mira el real interés del acreedor: tener la cosa materialmente en su poder, y, si el tradente es dueño, a ser titular del derecho de dominio.

⁴⁰ Esto iría en contra de lo dispuesto en el artículo 1547 inc. 3º del Código, pero se entiende si se considera que en rigor la única obligación es la de celebrar la compraventa, como así lo hará saber el demandado en su defensa, ante lo cual el demandante deberá acreditar/construir este deber derivado de la buena fe que hemos señalado, y esto se prueba con el hecho de la enajenación al tercero.

Junto con su real interés, también ponemos énfasis en los remedios que se generan en considerar como obligación contractual el no enajenar la cosa objeto del contrato definitivo, pues permite evitar la solución de Alessandri, del eventual doble juicio, logrando que el acreedor -prometiente comprador- alegue el incumplimiento contractual en el momento mismo en que la cosa es enajenada a un tercero, evitando dilaciones innecesarias. Más que dilaciones innecesarias, habría en la solución de Alessandri una lectura poco protectora del acreedor, cuestión que riñe con los principios que gobiernan la moderna contratación.

Además, cualquier abuso de esta obligación no escriturada, derivada de la buena fe, sería resuelta *ex post* por el juez respectivo, pues podría revelarse que no hubo mala fe en la enajenación a un tercero, alegando para ello el deudor -prometiente vendedor- justa causa en su enajenación.

Dicho lo anterior, vemos desde ya una posible incongruencia entre lo que hemos concluido hasta aquí y la normativa relativa al contrato de compraventa. Siendo éste un contrato definitivo que genera derechos personales sobre la cosa, parece ser aún más evidente el interés del comprador en adquirir la cosa, por lo que, al igual que en la promesa, debiera configurarse una obligación de no enajenar derivada de la buena fe. Sin embargo, el artículo 1817 del Código Civil establece un orden de prelación cuando se celebran varias compraventas, disponiendo que “*si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro*”. Con tal norma el Código impone como criterio de prelación a la posesión de la cosa, y así, de celebrarse dos compraventas sucesivas, será preferido el segundo comprador si es que a éste se le hizo la tradición.

Con todo, consideramos que la incongruencia indicada es aparente, toda vez que se tratan de cuestiones diferentes: se prefiere al comprador que haya entrado en posesión, por lo que, en virtud de la compraventa y de la tradición hecha, éste será definitivamente el dueño de la cosa. Pero por otro lado, el vendedor será responsable de los perjuicios causados al primer comprador, ya que la enajenación de la cosa supone un incumplimiento contractual de la primera compraventa. Esto porque -y al igual que en el caso de la promesa- creemos que en la compraventa la enajenación constituye una infracción a la obligación de no hacer derivada del deber de actuar de buena fe.

Una última cuestión que conviene apuntar en esta sección guarda relación con la validez de esta cláusula no escriturada, de no enajenar la cosa sujeta a la promesa. En doctrina se discute acerca de la validez de este tipo de cláusulas, porque irían contra el sistema implementado por Andrés Bello, en orden a resguardar la propiedad y la libre circulación de los bienes, por sobre incluso de la autonomía de la voluntad. Hoy en día la discusión se mantiene, pero existe relativo consenso en que tal tipo de cláusulas son válidas⁴¹, siempre y cuando se establezcan por un tiempo prudente y con justo motivo. Acá, precisamente, esta cláusula implícita de no enajenar se establece por tiempo limitado, que es el tiempo que media entre la promesa y la suscripción de la compraventa definitiva, o se frustre su celebración, así como también tiene un justo motivo, cual es mantener el *statu quo* de lo mentado por las partes al momento de celebrar la promesa y la celebración del contrato definitivo, y no es otro que el bien esté en el patrimonio del prometiende vendedor. Así que en este orden de cosas no vemos problema alguno en su configuración como obligación que pesa sobre el prometiende comprador.

Teniendo presente lo expuesto en esta sección, es que en lo que sigue se estudiarán dos instituciones que son problemáticas desde la óptica de alegar judicialmente el incumplimiento contractual. Nos referimos a la excepción de pago y a la excepción de contrato no cumplido, que podrían ser opuestas por el prometiende comprador.

⁴¹ Véase los argumentos en disputa y la posición hoy en día en BOETSCH GILLET, Cristián. *Los bienes*. Santiago: Universidad Católica, Facultad de Derecho, 2009, p. 47.

4) Excepción de pago del prometiende comprador

En este apartado corresponde analizar una de las defensas de que podría valerse el prometiende vendedor frente a la demanda de indemnización de perjuicios que entable el prometiende comprador. Esta demanda, como cuestión preliminar, se fundamentará en el incumplimiento contractual de la obligación de no hacer, consistente en no enajenar la cosa objeto del contrato de compraventa, mientras pende el plazo o condición a que se sujeta la promesa de venta. Esta obligación, ya hemos dicho, deriva de la buena fe que las partes deben observar en la relación contractual, fundándose no tanto en el tenor literal del contrato, sino en una mirada funcional, atendiendo al “propósito práctico”⁴², que en nuestro caso se representa por la posibilidad de tener materialmente la cosa objeto del contrato por parte del prometiende comprador.

Dicho lo anterior, debemos entender que la obligación incumplida es de no hacer, cuyos efectos del incumplimiento se regulan en el artículo 1555 del Código Civil, que prescribe la posibilidad de demandar directamente indemnización de perjuicios, cuando, atendido el fin del contrato, no pueda deshacerse lo hecho por haber pasado a manos de un tercero, haciéndose imposible su persecución.

Como quiera, el ejercicio de esta acción indemnizatoria por incumplimiento contractual no opera de pleno derecho, amén de igualdad de tratamiento que la condición resolutoria tácita, cuyo efecto es que requerirá declaración judicial que determine el incumplimiento que habilita a reclamar la indemnización correspondiente.

Pues bien, que requiera declaración judicial previa es lo que determina, según la doctrina tradicional, la posibilidad de pagar, por parte del deudor, durante toda la secuencia del juicio, enervando la acción del prometiende comprador. Para ello se fundan en la llamada “excepción anómala de pago”, siempre y cuando conste en un fundamento escrito. Esta excepción se regula en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, y su tenor es el siguiente: “*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si*

⁴² DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro. Propósito práctico..., pp. 15-38. Véase, además, acerca de este concepto de *propósito práctico*, DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1991; ALCALDE SILVA, Jaime. La Causa de la Relación Obligatoria. En: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO [ed.]. *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2008, pp. 339-394.

no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda”.

4.1) ¿Excepción de pago durante toda la secuela del juicio?

Se ha criticado que esta norma tenga la aplicación que se le atribuye en materia civil, por una serie de motivos, como que es una norma de carácter procesal, que no se interioriza en la problemática del derecho sustantivo, así como, y este es el argumento más fuerte, que el deudor sería quien en definitiva determinaría si el contrato se resuelve o no, por un pago hecho, ya sea hasta la citación a oír sentencia en primera instancia, ya sea hasta la vista de la causa en segunda. Así lo expresa el profesor Víctor Vial: *“a mayor abundamiento, no debe olvidarse que es la contraparte de aquella que infringió la obligación la que decide soberanamente si quiere perseverar en el contrato o desistirse de él, y de seguirse la interpretación mayoritaria, si opta por desistirse del contrato no se va a respetar su voluntad cuando el deudor quiere evitar la resolución, para lo cual le basta efectuar un pago tardío que puede no ser satisfactorio para los intereses del acreedor, aun cuando este tenga la facultad de demandar indemnización de perjuicios. En el fondo la decisión de si el contrato se resuelve o no, queda entregada a la voluntad de la parte que infringió la obligación, lo que constituye un efecto diametralmente opuesto al querido por la ley”*⁴³.

No constituiría, efectivamente, un remedio a favor del acreedor, si existe la posibilidad de que el deudor pueda enervar pagando durante gran parte de la secuela del juicio. El entendimiento moderno de los remedios contractuales⁴⁴ privilegia el interés del acreedor; ello siempre y cuando se genere la responsabilidad contractual, cuyo presupuesto ineludible es el incumplimiento contractual, por lo que mal podría esta excepción de pago venir a contravenir aquella premisa.

⁴³ VIAL DEL RÍO, Víctor. *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil Chileno*. Santiago: Editorial Biblioteca Americana, 2007, pp. 74-75. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 417-418. CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿Puede el deudor enervar la acción resolutoria pagando durante el juicio? *El Mercurio Legal* [en línea], Chile, 6 de junio de 2014 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Sección Análisis Jurídico. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/06/06/Puede-el-deudor-enervar-la-accion-resolutoria-pagando-durante-el-juicio.aspx>. Casi toda la doctrina está conteste en este punto, por lo que se estima que es una discusión más bien superada.

⁴⁴ Ver MEJÍAS ALONZO, Claudia. *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, 2011, pp. 125-131.

Lo que sucede, y fallos recientes de la Corte Suprema⁴⁵ vienen a corroborar lo dicho, es que la excepción de pago se puede hacer valer siempre y cuando el pago haya sido efectuado hasta el momento de la notificación de la demanda, pues si no, los remedios contractuales quedarían burlados fácilmente por el deudor, por un pago tardío que no necesariamente será satisfactorio para el acreedor.

Pese a lo dicho, creemos que en nuestro caso el prometiente vendedor no podrá siquiera intentar pagar durante la secuela del juicio, pues su obligación de hacer no solo requiere su voluntad para cumplirse, sino que además la del prometiente comprador (su voluntad, asimismo, debería constar por escrito, lo que llevaría a que necesariamente tendría que celebrarse el contrato mismo de compraventa, que es justamente lo que en este trabajo se busca evitar), por la naturaleza de la obligación, que consiste en celebrar el contrato de compraventa definitivo. Lo anterior se relaciona, asimismo, con el hecho de que la llamada excepción de pago se estudia más en relación con el pacto comisorio, por el no pago del precio derivado de un contrato de compraventa. Al estudiarse allí se hace hincapié en una obligación de dar, de distinta naturaleza a la obligación de la contraparte (en las promesas bilaterales las obligaciones son las mismas para ambas partes: genera una obligación de hacer); no se estudia a propósito de obligaciones de hacer de igual naturaleza. Por tanto, creemos que no debemos extender el alcance práctico que tradicionalmente se le da a la excepción de pago, que se relaciona de forma íntima, aunque no exclusiva, con el pago de una obligación de dinero.

Descartada la excepción de pago como defensa del prometiente comprador, creemos que su alegación de estar llano a celebrar el contrato prometido debe analizarse más bien en la llamada “excepción de contrato no cumplido”.

⁴⁵ Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causa rol N° 6676-2009, 25 de mayo de 2011, caratulada “Gallardo Lara Roberto con Roa Torres Carlos”. También y más recientemente, en sentencia causa rol N° 291-13, 15 de mayo de 2014, caratulada “Agrícola María Inés Ltda. con Fuentes Araya Londres y otro”, se expresó con mayor énfasis, en su considerando 4° “*Si bien la resolución del contrato requiere de una sentencia judicial que así lo declare, esto no significa que pueda pagarse en cualquier estado del juicio, antes de la citación para oír sentencia; lo que sí puede hacer el deudor es oponer la excepción de pago efectivo, fundada en un antecedente escrito, pero cuando tal pago se ha efectuado antes de la notificación de la demanda. De esta manera se evita que por falta de información, poco plazo para contestar u otra circunstancia, el deudor no haya podido excepcionarse con un pago ya efectuado. En suma, el demandado puede oponer la excepción de pago ya ejecutado antes de notificarse la demanda de resolución, pero esto no significa que pueda pagar durante el transcurso del juicio si la acción entablada por el demandante es la de resolución*”.

5) Excepción de contrato no cumplido

Ya hemos visto que, estando en una hipótesis de incumplimiento contractual en base a exigencias de buena fe, el prometiende comprador está facultado para exigir la resolución del contrato e indemnización de perjuicios, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1489 y 1555 del Código Civil. Pues bien, habiéndose interpuesto tales acciones en contra del prometiende vendedor, un importante obstáculo se encuentra en la excepción de contrato no cumplido que podrá oponer el demandado, la cual analizaremos a continuación.

Como cuestión preliminar, tradicionalmente se le ha dado un alcance amplio al artículo 1552 del Código Civil, y así, se ha entendido que en tal disposición la excepción de contrato no cumplido obtiene consagración normativa, de modo tal que aplica en hipótesis de indemnización de perjuicios, cumplimiento forzado y resolución del contrato. Sin embargo, en doctrina contemporánea ha ido ganando terreno la noción de que tal artículo sólo recibe aplicación en cuanto a la constitución de la mora, presupuesto para la acción de indemnización de perjuicios, y no para las restantes acciones. En tal sentido se ha dicho que la disposición del art. 1552 “*no impediría demandar la resolución ni la ejecución forzada, aun cuando quien demanda se encuentre, a su vez, en mora o retardo de cumplir con su propia obligación*”⁴⁶. A partir de lo anterior se ha señalado que tal norma sólo consagra la llamada compensación de la mora, en virtud de la cual el contratante que no ha cumplido ni está llano a cumplir no podrá exigir indemnización de perjuicios por no cumplir con el requisito de la mora. Institución distinta es la excepción de contrato no cumplido propiamente tal, la que se refiere más bien a la “*inexigibilidad de la prestación debida por uno de los obligados sin que el reclamante haya cumplido la que correlativamente le correspondía*”⁴⁷. Tal excepción, se ha entendido, encontraría fundamento legal en el artículo 1546 del Código, que consagra la buena fe objetiva⁴⁸.

⁴⁶ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral. *Revista Chilena de Derecho*, 2004, Vol. 31, N° 3, p. 567.

⁴⁷ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco. La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, N° 639, p. 410.

⁴⁸ VIAL DEL RÍO, Víctor. Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido. *Revista Actualidad Jurídica*, julio 2015, N° 32, pp. 63-64. También se ha entendido que tendría consagración en determinadas normas del Código Civil regulatorias de contratos en específico, como la compraventa (arts. 1826 y 1872 inc. 2°) y el mandato (art. 2159). MEJÍAS ALONZO, Claudia. La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, agosto 2013, Vol. 40, N° 2, p. 406.

5.1) Compensación de moras: simultaneidad de las obligaciones

Dicho lo anterior, primeramente cabe considerar que, ante una acción de indemnización de perjuicios interpuesta por el prometiende comprador contra su cocontratante, éste puede excepcionarse en la compensación de la mora, alegando que el actor no ha cumplido ni se encuentra llano a cumplir su obligación de celebrar la compraventa, de modo que no se vea cumplido el requisito de constitución en mora necesario para exigir indemnización.

En nuestra opinión, tal defensa -si bien en principio ajustada al tenor del art. 1552- vulnera manifiestamente la buena fe que se deben los contratantes durante el desarrollo de todo el íter contractual. En dicho contexto, se ha entendido que el ejercicio de la compensación de la mora debe ajustarse a las exigencias de la buena fe contractual⁴⁹, y así, a título de ejemplo, la doctrina y jurisprudencia han considerado que no es procedente dicho mecanismo de defensa tratándose de incumplimiento de obligaciones insignificantes, lo cual responde asimismo a una exigencia de buena fe en el ejercicio de defensas como la estudiada⁵⁰. En igual sentido, el prometiende vendedor que opone la compensación de moras, a sabiendas de que el prometiende comprador no tiene interés en el cumplimiento de la promesa ahora que la cosa ha sido enajenada a un tercero, actúa manifiestamente de mala fe, puesto que ha sido su propia conducta la que ha llevado a que el prometiende comprador no esté llano a cumplir con su obligación.

En consideración a lo señalado, en doctrina comparada se ha entendido que un presupuesto para interponer válidamente tal excepción consiste en que el incumplimiento del actor sea completamente independiente del incumplimiento del demandado, de modo que, si el incumplimiento del demandante puede en alguna medida justificarse en el incumplimiento del

⁴⁹ ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 943-945, se refiere indistintamente a la compensación de la mora y a la excepción de contrato no cumplido. También se hace referencia a la buena fe en MEJÍAS ALONZO, Claudia. *La excepción de contrato no cumplido y su consagración...*, p. 403.

⁵⁰ “Creemos que la excepción de contrato no cumplido procede, en principio, ante cualquier incumplimiento. Ciertamente tiene un límite: su ejercicio no debe ser contrario a la buena fe. Esto deberá verificarse por el operador jurídico [...] la aplicación práctica de la institución revela que, tras la exigencia de gravedad, la mayoría de las veces lo que se quiere impedir es un ejercicio contrario a la buena fe”. MEJÍAS ALONZO, Claudia. *La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2014, Vol. 21, N° 1, pp. 127-129. También ver, entre otros, VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La noción de incumplimiento esencial en el "Código Civil"*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, N° 32, pp. 221-258; CAPRILE BIERMANN, Bruno. *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 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2012, N° 39, pp. 53-93; y CENTANARO, Esteban y GASTALDI, José María. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1995.

demandado, la excepción no resulta procedente⁵¹. A mayor abundamiento, cabe considerar que la formulación del artículo 1552 tiene como fundamento la interdependencia de las obligaciones y el necesario equilibrio entre las partes en los contratos bilaterales, impidiendo que los contratantes exijan indemnizaciones por incumplimiento habiendo ellos mismos incumplido sus obligaciones, lo cual atentaría a todas luces contra los principios de equidad reconocidos por nuestro ordenamiento. Parece ser que, en el caso en comento, el prometiende vendedor que opone la compensación de moras no actúa con el fin de restituir temporalmente el equilibrio perdido entre las partes, sino que más bien tiene el sólo propósito de dilatar el proceso y forzar al prometiende comprador a celebrar un contrato que luego será necesariamente incumplido, derivando de ello -nuevamente- indemnización de perjuicios. En definitiva, el gasto de recursos y tiempo resultante de tal doble juicio no resulta conforme a estándares de buena fe ni eficiencia.

5.2) Excepción de contrato no cumplido

Por otra parte, tratándose de la institución de la excepción de contrato no cumplido propiamente tal -en virtud de la cual el contratante que no ha cumplido ni se encuentra llano a cumplir no puede exigir el cumplimiento forzado o resolución del contrato a su cocontratante incumplidor⁵²-, es evidente que el cumplimiento forzado de la promesa no satisface los intereses del prometiende comprador, quedándole simplemente el remedio de la acción resolutoria, la cual sería truncada por la oposición de tal excepción. Nuevamente consideramos aplicable lo ya señalado respecto a la buena fe en el caso de la acción de indemnización de perjuicios. Es más, es aún más contradictorio que en este caso sea admitida tal defensa si consideramos que, como ya fue mencionado anteriormente, la excepción de contrato no cumplido encontraría consagración legal en el mismo deber de actuar conforme a la buena fe que reconoce el artículo 1546⁵³.

⁵¹ PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Roma: Brossura, 1956, pp. 140 y ss. En YUSARI KHALILIYEH, Tarek. *Los remedios contractuales frente al incumplimiento recíproco del contrato bilateral*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2011, pp. 17-18.

⁵² MEJIAS ALONZO, Claudia. *La excepción de contrato no cumplido y su consagración...*, pp. 402 y ss.

⁵³ “La buena fe así entendida revela que es abiertamente contrario a aquella que una de las partes del contrato bilateral, en abierta vulneración al deber de cooperación antes señalado, acuse a la otra de infringir la obligación contraída si la primera tampoco ha cumplido lo pactado, de lo que resulta el nacimiento del derecho de rehusarse a cumplir la prestación debida, mientras la otra parte no cumpla o esté llana a cumplir, a su vez”. VIAL DEL RÍO, Víctor. *Algunas reflexiones...*, p. 64.

Asimismo, cabe considerar que la jurisprudencia ha concedido la resolución sin indemnización en casos de incumplimiento recíproco en contratos de promesa⁵⁴, situación que se aplica en nuestra hipótesis, pero que no satisface el interés del acreedor en cuanto a la exigencia de reparación integral del daño, ello de nuevo considerando que el incumplimiento de parte del actor es imputable a una conducta voluntaria del demandado. Concluir de otro modo implicaría que, en caso de incumplimiento por parte de uno de los prometientes, la otra parte no estaría legitimada para obtener indemnización de perjuicios y solamente procedería la resolución, lo que haría inoficiosa la celebración de contratos de promesa.

En síntesis, el deber de actuar conforme a la buena fe que se deben las partes opera como una importante cortapisa a la conducta del prometiente vendedor en la hipótesis estudiada, limitando incluso, a nuestro juicio, los mecanismos procesales de defensa ante el ejercicio de los remedios contractuales de los que dispone el prometiente comprador.

Pues bien, analizadas las posibles defensas del prometiente vendedor, nos queda estudiar la posibilidad de demandar a los terceros a quienes se enajenó la cosa objeto de la promesa, para que la restituyan.

⁵⁴ Caso emblemático en esta materia es “Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios Manuel Jesús”, causa rol N° 512-2003, 4 de diciembre de 2003. La Corte Suprema falló declarando que *“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. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido, sin embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil”*.

6) Aplicación de los arts. 1490 y 1491 del Código Civil: ¿existe o no acción reivindicatoria para el prometiende comprador?

Si el prometiende vendedor enajena a un tercero la cosa prometida en venta, ¿podría el prometiende comprador reivindicarla de manos de ese tercero una vez que se perfeccione ese contrato de venta? Esta es la pregunta que se formula Alessandri a propósito de conferirle aplicación a los artículos 1490 y 1491 del Código Civil en el ámbito de las promesas.

La respuesta de Alessandri discurre por la negativa, por una simple razón que nosotros también compartimos, cual es que de la promesa solo se generan, como cualquier contrato, derechos personales, jamás derechos reales sobre la cosa objeto del contrato definitivo de compraventa. Se expresa con claridad que “[...] *siendo la promesa de venta una obligación de hacer que no impone al vendedor otro deber que la ejecución de un hecho y de ninguna manera el de entregar la cosa vendida, cuyo dominio conserva en su poder sin limitación alguna, se comprende que pueda disponer de ella a su antojo, sin que el comprador tenga acción de ninguna especie contra ese tercero*”⁵⁵.

Tomemos como ejemplo lo dispuesto por el artículo 1491 del Código Civil, que se aplica a los inmuebles, por ser éstos los de mayor importancia: “*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*”.

Lo primero que enjuiciamos es que el artículo se aplica para quien “*debe*” un inmueble. La promesa no genera un derecho real sobre la cosa, sino un derecho personal sobre un hecho, sobre una obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato prometido.

Lo segundo a enjuiciar es que la *cosa* que se deba lo sea bajo *condición suspensiva o resolutoria*. En la promesa de venta lo que queda sujeto a una condición o plazo no es el deber de dar la cosa, sino, simplemente, de celebrarse o no la compraventa definitiva. Por tanto, la libertad del prometiende vendedor quedaría solo mermada en lo concerniente a verse sujeto o no obligado a celebrar la compraventa definitiva, mas no se limitaría de modo alguno el

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compraventa...*, pp. 921 y ss.

dominio que tiene sobre la cosa de que es dueño, y que puede, por lo mismo, disponer con entera libertad.

El tercer requisito es que la condición *constara* en el título respectivo, *inscrito* u otorgado por escritura pública. El título respectivo es aquel por el cual el prometiende vendedor adquirió el dominio, pero no el contrato de promesa, pues el título respectivo refiere al título traslativo o constitutivo de dominio, calidad que no reúne en caso alguno el contrato de promesa. Por lo tanto, si a alguien va a corresponder la acción reivindicatoria será el primitivo dueño, quien volvería a ser dueño de lo enajenado si se cumple la condición resolutoria. No correspondería al prometiende comprador, quien solo tiene un título que confiere un derecho personal consistente en una obligación de hacer.

El cuarto requisito es que el título esté *inscrito*. La inscripción confiere publicidad al título en el cual consta la condición, lo que redundaría en que lo dispuesto en el título sea oponible frente a terceros, pues, recordemos, los contratos son, por regla general, de efectos relativos. Pues bien, el efecto de la inscripción en el registro conservatorio del contrato de promesa sería dar publicidad frente a terceros de que *eventualmente* el bien inmueble pueda ser sujeto de una obligación de dar. Habría que entender que, inscrito el contrato de promesa de compraventa, existiría una limitación al dominio, tal como sería inscribir una hipoteca, usufructo u otro gravamen.

La discusión se reduce, pues, a si consideramos o no como una limitación al dominio al hecho de inscribir la promesa de compraventa. El problema es que la promesa genera una obligación a futuro, que es incierta en el caso de la condición suspensiva, menos incierta si se sujeta a un plazo suspensivo. Pero la incertidumbre en ambos casos se refiere a la celebración de la compraventa definitiva y no el dominio de la cosa, por lo que el tercero que adquiere la cosa lo haría sin gravamen alguno.

En definitiva, hay razones para entender que no se aplican los artículos 1490 y 1491 del Código Civil a las promesas de compraventa. Habría que estimar que, quien no es dueño, que no tiene siquiera un título traslativo de dominio, sino un mero contrato que genera una obligación de hacer, puede reivindicar frente a un tercero que adquirió la cosa de quien a la sazón era dueño. Si ese tercero está de buena fe, es claro que no hay acción reivindicatoria, pero si está de mala fe tampoco.

Alessandri es quien, incluso si el tercero está de mala fe, le niega acción, por lo que al prometiende comprador le quedaría la única vía de instar, vencido el plazo o cumplida la condición a que se sujeta la promesa, por la celebración del contrato de compraventa, para luego, fútilmente, pedir indemnización de perjuicios por un contrato que se sabe no podrá ser cumplido, pero de ninguna manera exigir la entrega de la cosa al tercero, quien la detenta como dueño.

Si bien concordamos con lo planteado en cuanto a que el tercero adquiere libremente, sin limitaciones, el dominio, no es menos cierto que si se inscribió el contrato de promesa a efectos de dar publicidad frente a terceros, o si es un mueble, si ese tercero llegase a saber que lo que adquiere está sujeto a una eventual compraventa que recayere sobre lo que está comprando, ese tercero se podría *representar el eventual conflicto de intereses*, entre un acreedor que nunca fue dueño, pero tiene un derecho personal de dar la cosa frente a su deudor, y él mismo, que adquirió la cosa sabiendo de la eventualidad de que un tercero podría tener un crédito sobre la cosa.

6.1) Conocimiento del tercero y mala fe

Este conocimiento, que podríamos calificar de “mala fe”⁵⁶, alguna consecuencia jurídica debiere tener. Lamentablemente la doctrina no ha precisado con claridad lo que ha de entenderse por “mala fe”. Se afirma que no se asimila al dolo, pues la definición de nuestro Código (art.44 del Código Civil) es restrictiva, porque se aplicaría únicamente a la hipótesis de dolo directo. Se afirma, entonces, que sería lo contrario a la buena fe, lo que tampoco ayuda mucho a precisar su concepto. Más bien, de los ejemplos que nuestro Código ofrece es posible extraer un concepto, que diría relación con “el conocimiento de una determinada situación por parte de quien actúa, situación que podría provocar perjuicios a un tercero o la contraparte”.

Así, el fraude pauliano (art. 2468 del Código Civil) consiste en el “conocimiento del mal estado de los negocios del deudor”; en las prestaciones mutuas (art. 904 y ss. del Código Civil) el poseedor vencido, se presume, estará de mala fe “desde la contestación de la demanda”, lo que se explica pues desde ese momento pudo representarse -conocimiento real o presunto- que la cosa era ajena, y por tanto, derechamente restituirla; otro tanto ocurre con la

⁵⁶Para un análisis de la mala fe, véase BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 163 y ss.

posesión de inmuebles no inscritos, donde se presume que el que desea poseer sin título inscrito está de mala fe, dado que todos los bienes tienen dueño en último término (590 del Código Civil), y la ley se presume “conocida”.

Nótese que los efectos de la mala fe, en todos estos casos es diversa, pero sancionada por la ley en forma expresa: en la acción pauliana, en la forma de revocar un acto; en las prestaciones mutuas aumentando el monto de lo que debe indemnizar el poseedor vencido; en la posesión irregular del inmueble, por estar de mala fe, con la prescripción adquisitiva extraordinaria, que implica plazos de prescripción más extensos. Nótese, asimismo, cómo la noción de mala fe se asemeja bastante a la noción de dolo eventual; así, Fueyo la sintetiza como *“no se debe creer, pues, que hay dolo sólo porque existe un propósito deliberado de perjudicar al acreedor (animus nocendi), lo cual fuera de ser poco común puede ser hasta enfermizo, sino también, y en la práctica así ocurre, por la negativa consciente al cumplimiento [énfasis nuestro], pensándose, más que en el perjuicio a otro, en la ventaja pecuniaria que ello puede reportar”*⁵⁷. Si la mala fe, en cuanto “conocimiento”, se asemeja al dolo eventual, que también implica un “conocimiento” de determinada situación perjudicial, pero que no inhibe la actuación del agente, y el dolo se sanciona siempre, creemos que, a falta de expresa sanción de la mala fe, se podría, siempre, demandar indemnización de perjuicios basado en la configuración de un ilícito extracontractual.

Como no hay sanción expresa para nuestro caso, porque no consideramos como una condición resolutoria la mera mención del bien en la promesa, como integrante del futuro contrato de compraventa, es que creemos que esa sería la sanción -la derivada del ilícito extracontractual-, y no la acción reivindicatoria del 1490 y 1491 del Código Civil, que sitúan la “mala fe”, esto es, el conocimiento de la condición resolutoria (que podría ser perfectamente la condición resolutoria tácita, de ahí la importancia de realizar el estudio de títulos al adquirir un inmueble) en el tercero como presupuesto de la acción, pero no nos parece que ello sea la legitimación a un acreedor que nunca fue dueño, como es el prometiente comprador, sino examinar una eventual responsabilidad extracontractual, que se analizará más adelante.

En síntesis, negamos la acción reivindicatoria al prometiente comprador por al menos dos razones:

⁵⁷ Ver FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento...*, p. 491.

- i. La primera, porque el acreedor de la promesa nunca fue dueño de la cosa, por lo que mal podría ser legitimado de una acción reivindicatoria, a lo más existiría una condición o plazo suspensivo al que se sujeta la exigibilidad de la celebración de la compraventa (y la mayoría de la doctrina niega la acción reivindicatoria a la hipótesis del acreedor suspensivo);
- ii. La segunda, porque el texto de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, es de alcance restringido para la condición resolutoria, y en nuestro caso, aun extralimitando el contenido del contrato de promesa, no habría una condición resolutoria que limite el dominio de quien adquiere la cosa de manos del prometiente vendedor, pues ni siquiera hay un derecho actual sobre el eventual título traslativo que es la compraventa.

Si consideramos que no se aplican los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, celebrar promesas de compraventa no otorgaría ninguna seguridad con respecto a adquirir una cosa, sino a lo sumo una eventual indemnización de perjuicios. Frente a eso, en vez de celebrar promesas sería preferible celebrar compraventas directamente, pero sujetas a condiciones suspensivas, pues habiendo un derecho personal consistente en la obligación de dar la cosa, sí serían, para un sector minoritario de la doctrina, aplicables los artículos 1490 y 1491 si se produce la enajenación.

6.2) Postura minoritaria: acción reivindicatoria para el acreedor condicional suspensivo

Con todo, recordemos la doctrina de Vial⁵⁸ y Alcalde⁵⁹, quienes estiman que en las condiciones suspensivas se aplican los artículos 1490 y 1491 del Código, y por tanto habría

⁵⁸ Víctor Vial afirma que “[...] cumplida la condición suspensiva de que depende el nacimiento del derecho del acreedor condicional, se cumple, al mismo tiempo, la condición resolutoria que acarrea la resolución del contrato celebrado entre el deudor condicional y el adquirente”. Luego el dominio volvería al dueño que vendió la cosa, por lo que éste podría solicitar la restitución al tercero a quien enajenó. Si no lo hace, como sería lo más probable considerando su negligencia, es que Vial suple la deficiencia otorgando acción reivindicatoria al acreedor suspensivo, pese a que no es dueño, pues lo hace subrogando al dueño, para que, así, la cosa vuelva a manos de su dueño-deudor. Vial, en suma, señala: “*En síntesis, el acreedor puede reivindicar, no como dueño, sino que, subrogando al dueño, que es el deudor condicional a quien sustituye. Con el ejercicio de la acción reivindicatoria no puede aspirar a que el adquirente le restituya directamente la cosa, porque no hay que olvidar que entabla dicha acción subrogando al dueño, como si fuera este quien demanda la reivindicación, lo que determina que la cosa debe restituirse al patrimonio del dueño. Una vez que la cosa se encuentre en el mencionado patrimonio, el acreedor puede ejercer los derechos que le permitan obtener que se le transfiera el dominio*”. VIAL DEL RÍO, Víctor. *Manual del derecho de las obligaciones...*, pp. 102-103.

⁵⁹ En un sentido similar, Enrique Alcalde, estudiando los efectos de la resolución y nulidad en cuanto al ejercicio de la acción reivindicatoria, señala que: “*En nuestro concepto, el artículo 1490, al permitir al acreedor reivindicar en contra del tercero adquirente, lo está facultando para ejercer una acción titularidad, en realidad, corresponde al deudor. En otras palabras, pensamos que este precepto supone el ejercicio, por parte del acreedor, de una acción subrogatoria, toda vez que*

acción reivindicatoria vía subrogación del deudor condicional. No obstante, podemos afirmar que dicha doctrina minoritaria no ha encontrado la acogida que su novedoso planteamiento sugiere. Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, los artículos 1490 y 1491 del Código son aplicables simplemente al caso de la condición resolutoria⁶⁰. Por lo que nuevamente la solución reconduciría a una imposibilidad de persecución frente a terceros.

Es por eso que, finalmente, la acción reivindicatoria frente a terceros no es posible ni en la promesa, ni en una compraventa suspensiva, prefiriéndose en la *praxis* estipular cláusulas penales gravosas que resguarden una eventual enajenación.

Concluido el estudio de los remedios contractuales, junto a la acción reivindicatoria en contra de terceros, cabe estudiar otras hipótesis menos usuales, pero que vale la pena considerar en un análisis doctrinario como el que estamos efectuando. Así, en lo que sigue estudiaremos la existencia de una causa ilícita en el contrato de venta entre el prometiende vendedor y el tercero, además de la lesión al derecho de crédito del prometiende comprador, cuando la cosa es enajenada por el prometiende vendedor.

el acreedor reivindicará en lugar y a nombre del dueño". ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La resolución y la nulidad y el ejercicio de la reivindicatoria por terceros: dos hipótesis de subrogación. *Revista Chilena de Derecho, Sección Estudios*, 2000, Vol. 27, N° 3, p. 463. Véase, para un estudio pormenorizado de la acción subrogatoria, también ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Acción Subrogatoria. *Revista Chilena de Derecho*, 1987, Vol. 14, Nos. 2-3, pp. 335-394.

⁶⁰ "Sin embargo, los preceptos que comentamos dan a entender que tendría este derecho [el acreedor suspensivo]; querría decir con ello que el acreedor condicional suspensivo, quien sólo tiene un derecho eventual, una mera expectativa (N° 512), quedaría colocado en mejor situación que el acreedor puro y simple, que sí tiene derecho. En efecto, si en el mismo caso anterior A vende a B sin modalidades el automóvil, y luego lo enajena a C, B no puede reivindicar contra C, porque B no es dueño mientras no opere el modo de adquirir: la tradición. Así lo comprueba el Art. 1817 en la compraventa: "si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero, será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá". En consecuencia, en los ejemplos propuestos, B sólo puede accionar en contra de A para que le efectúe la tradición si ella es aún posible, o le indemnice la infracción del contrato en caso contrario. Resultaría absurdo, pues, aplicar los arts. 1490 y 1491 a la condición suspensiva". ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones...*, p. 542. Lo que finalmente quiere expresar Abeliuk es que quedaría en peor pie el acreedor puro y simple, que no tendría acción reivindicatoria frente a terceros, que el acreedor condicional suspensivo, que sí la tendría si entendiéramos los artículos en comento en una lectura literal y formalista.

7) Nulidad absoluta del contrato entre el prometiende vendedor y el tercero por adolecer de causa ilícita

Así, otra vía propuesta por algunos autores y que corresponde evaluar en la hipótesis estudiada consiste en la posible procedencia de una acción de nulidad absoluta por causa ilícita, fundada en que el motivo del contrato celebrado entre el prometiende vendedor y el tercero es contrario a las buenas costumbres comerciales (art. 1467 Código Civil)⁶¹. Pese a la naturaleza relativamente imprecisa de esta causal -lo que se explica por la falta de concepto normativo de qué constituye *buenas costumbres* y por el carácter esencialmente variable de tal noción-, en doctrina es más o menos conteste que buenas costumbres son aquel conjunto de principios o prácticas que constituyen la moral en una comunidad y época determinada⁶². En el caso en estudio, resulta claro que la procedencia de la causal de nulidad requiere la mala fe por parte de los contratantes, lo que se verá traducido en que las partes celebran un acto motivados por la intención de perjudicar al prometiende comprador, perjuicio que deriva de la incompatibilidad entre la enajenación al tercero y el cumplimiento del contrato definitivo. En tal sentido, es claro que existe un vínculo directo entre la acción contraria al deber de buena fe, analizada en el apartado anterior, y la causa ilícita del acto entre el prometiende vendedor y el tercero: evidentemente, actuar de mala fe constituye un acto atentatorio a las buenas costumbres. Pero el análisis de la procedencia de la acción de nulidad pone su enfoque no en el incumplimiento por parte del contratante de una obligación contractual, sino más bien en la relación entre prometiende vendedor y tercero; específicamente, en el motivo que impulsó a las partes a contratar.

En principio, el tercero tiene en virtud de la autonomía de la voluntad la libertad de celebrar actos a fin de satisfacer solamente sus propios intereses, sin que se vea obligado por contratos en los que no concurrió con su voluntad. Sin embargo, se puede argumentar que la celebración de un contrato a sabiendas de la existencia de un contrato previo e impulsado por

⁶¹ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 1000 y ss.; BANFI DEL RÍO, Cristián. Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile a la luz del *common law*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2012, N° 19, p. 168.

⁶² Entre otros, ALESSANDRI BESA, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Tomo I. 3ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 203; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. 8ª Edición. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015, p. 65; VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. 5ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 60. En doctrina comparada, LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones, Vol. 1, Parte General, Teoría General del Contrato*. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2000, p. 40.

la intención de causar perjuicio a otro, constituye una conducta atentatoria a las buenas costumbres, constitutiva de causa ilícita. La mala fe de las partes define el límite a la licitud de la conducta.

En derecho comparado, la doctrina española ha adoptado la misma solución de causa ilícita para los denominados contratos en daño de terceros, en que las partes conciertan su voluntad negocial para perjudicar a otros⁶³. En tal orden de cosas, y como venimos diciendo, consideramos que la nulidad por causa ilícita necesariamente tiene que circunscribirse a las hipótesis de dolo, en los términos del art. 44 del Código Civil: el análisis de la causa ilícita se enfoca, por definición, en la causa ocasional del contrato, por lo que será necesario estudiar el motivo psicológico que empujó a las partes a la celebración del contrato⁶⁴. En el caso, será necesario que el tercero y el prometiente vendedor, por tanto, hayan actuado con el propósito de perjudicar al prometiente comprador, para que ello constituya una conducta de mala fe que contraría exigencias de sociabilidad mínimas⁶⁵. Como ya hemos señalado, es la mala fe de los contratantes, causa ocasional del contrato, la que lo tiñe del vicio de nulidad absoluta.

Se advierte, entonces, que tal exigencia restringe considerablemente la procedencia de la acción en comento. Parece ser que, dada la inexistencia de requisitos de publicidad de los contratos de promesa, ya el mero conocimiento por parte del tercero del contrato será infrecuente. Serán aún menos, por tanto, los supuestos en que el tercero y el prometiente vendedor actúen motivados por un ánimo doloso, en particular por lo poco eficiente de tal conducta.

7.1) Legitimidad de la acción de nulidad absoluta y la acción reivindicatoria

Dicho lo anterior, y respecto a la legitimidad activa de la acción, claramente el prometiente comprador tendrá interés (actual y pecuniario) en ejercer la acción de nulidad, basado en la incompatibilidad del contrato anulable con el cumplimiento del contrato de compraventa prometido⁶⁶. Ahora bien, una vez declarada la nulidad del contrato, el efecto retroactivo de ésta supondrá que la cosa volverá a ser propiedad del prometiente vendedor, estando facultado

⁶³ DIEZ-PICAZO, Luis. Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. *Anuario de Derecho Civil XIV*, 1961, N° 4, pp. 446-447, según el cual, para que proceda la nulidad por causa ilícita, es necesario el concierto de las partes en perjudicar intereses ajenos. Ver además sentencia causa N° 576/2013, Tribunal Supremo, 11 de octubre de 2013.

⁶⁴ ALESSANDRI BESA, Arturo. *La nulidad y la rescisión*, pp. 206 y ss.

⁶⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro. El efecto absoluto de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2006, N° 6, p. 69.

⁶⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante. En: GUZMÁN BRITO, Alejandro [ed.]. *Estudios de Derecho Civil III*. Valparaíso: Legal Publishing, 2007, p. 11.

éste último, como dueño no poseedor, a ejercer acción reivindicatoria en contra del tercero. Sin embargo, dada la subsistencia del contrato de promesa de compraventa es poco probable que el dueño tenga interés en reivindicar la cosa. En tal caso, el prometiende comprador estaría habilitado, a nuestro juicio, a subrogarse en los derechos de aquel a fin de ejercer la acción reivindicatoria en contra del tercero: de otro modo, lo dispuesto en el artículo 1689 del Código Civil no recibiría aplicación en aquellas situaciones en que la nulidad absoluta es alegada por terceros interesados⁶⁷. Una situación similar se da tratándose del ejercicio de la acción reivindicatoria contra terceros de mala fe en la hipótesis de los artículos 1490 y 1491 del Código, en la cual, siguiendo lo postulado por el profesor Vial, también se concedería una acción subrogatoria⁶⁸.

Otro punto a considerar es el relativo a la norma del artículo 1468, que prohíbe la repetición de lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. En este caso, el prometiende vendedor contrató con el tercero y enajenó la cosa teniendo conocimiento del perjuicio que iba a ocasionarle a su cocontratante en la promesa.

Sin perjuicio de ello, consideramos que tal disposición no recibe aplicación en este caso, toda vez que, como ha señalado el profesor Corral, *“una interpretación acorde al objeto protegido por dicha norma permite concluir que la sanción contenida es de carácter personalísimo, de modo que en concreto sólo será aplicable respecto de la persona del prometiende vendedor”*⁶⁹.

⁶⁷ “De no aceptarse esta interpretación, el derecho que concede la ley, en orden a que la nulidad absoluta pueda alegarse por todo el que tenga interés en ello, se convertiría en simple letra muerta. En efecto, de no atribuirse este alcance al artículo 1689, no tendría razón de ser y justificación alguna la norma que habilita para solicitar la nulidad a todo el que manifiesta interés en ello, toda vez que, para efectos prácticos, tal iniciativa a nada conduciría...”. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La resolución y la nulidad y el ejercicio de la acción reivindicatoria por terceros: dos hipótesis de subrogación. *Revista Chilena de Derecho, Sección Estudios*, 2000, Vol. 27, N° 3, p. 466.

⁶⁸ “[...] [L]a situación es prácticamente idéntica a la que se veía antes. Si el acreedor del deudor que celebró un contrato que es declarado nulo absolutamente puede reivindicar, pese a que no es dueño, no se divisa la razón que impida al acreedor bajo condición suspensiva entablar la misma acción, más todavía si tanto en los efectos de la nulidad con respecto de terceros como en los efectos de la condición suspensiva cumplida respecto de terceros, la acción reivindicatoria que puede entablar quien no es dueño se justifica en un mismo hecho jurídico: la subrogación”. VIAL DEL RÍO, Víctor. *Manual del derecho de las obligaciones...*, p. 105.

⁶⁹ “Pensemos que la parte subrogada había celebrado a sabiendas de la ilicitud de la causa o del objeto el contrato declarado nulo; en tal caso podría decirse que ella carece del derecho a reivindicar, y por tanto malamente podría el tercero subrogarse en él. [...] [Sin perjuicio de ello,] debemos concluir que se trata de una sanción o inhabilidad que sólo debe recaer sobre el que actuó reprochablemente. Por ello, será procedente la subrogación, porque para estos efectos, el art. 1468 del Código Civil no puede aplicarse ya que quien está repitiendo no es quien realizó la conducta reprobada por la ley”. CORRAL TALCIANI, Hernán. El ejercicio de la acción de nulidad..., p. 117.

Concluir de otra manera implicaría permitir que el prometiende vendedor pueda aprovecharse de su propia mala fe, lo que iría manifiestamente en contra del espíritu de tal norma. Por lo demás, tal interpretación es compatible con la subrogación que hace el prometiende comprador en la acción reivindicatoria, considerando que en ella éste actúa no como representante del prometiende vendedor, sino exclusivamente en interés propio⁷⁰.

⁷⁰ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La resolución y la nulidad..., pp. 466-467.

8) Lesión al crédito o derecho personal del prometiende comprador, en cuanto la prestación del contrato devendría imposible

Como adelantábamos, un aspecto que cabe explorar guarda relación con la enajenación de la cosa al tercero como una lesión al crédito del prometiende comprador. Como primera cuestión por señalar, una de las principales características de los contratos radica en su relatividad, de forma tal que sólo producen sus efectos respecto de quienes han concurrido con su voluntad a su celebración (arts. 1545 y 578 Código Civil). Ello no se ve rebatido por el hecho de que un contrato se inserta en la realidad jurídica, y como tal debe ser respetado por terceros, siéndoles oponible. Es lo que la doctrina denomina efecto absoluto o expansivo de los contratos, y encuentra en alguna medida consagración normativa a nivel constitucional y legal, en los artículos 19 N° 24 inc. 1° de la Constitución Política y 583 del Código Civil, respectivamente, que reconocen un derecho de propiedad sobre bienes incorporales⁷¹. En tal concepto indudablemente se comprenden toda clase de derechos subjetivos, incluyendo los derechos personales de origen contractual; y así, nuestra jurisprudencia ha acogido en numerosas ocasiones acciones de protección por privaciones, perturbaciones o amenazas a la propiedad sobre créditos contractuales⁷²⁷³.

A nuestro juicio, puede existir lesión al crédito aun cuando el acreedor mantiene la titularidad del derecho: en efecto, el contenido del derecho de propiedad del derecho personal se constituye por la prerrogativa o poder de exigir al deudor la ejecución de la prestación, de

⁷¹ “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.”

“Art. 583. Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.”

⁷² Entre otros, Corte Suprema (1981), RDJ, segunda parte, sección quinta, p. 198; Fallos del Mes N° 394 (1991), p. 442; Fallos N° 334 (1986), sent. 13, p. 602; Fallos, N° 272 (1981) sent. 4, p. 266; Fallos N° 274 (1981), sent. 7, p. 397; Fallos N° 317 (1985), sent. 14, p. 136; Fallos N° 318 (1985), sent. 11, p. 219; Fallos del Mes N° 325 (1985), pp. 849 y ss; Fallos del Mes N° 329 (1986), pp. 117 y ss. En su mayoría respecto de contratos de tracto sucesivo, como contratos de arrendamiento, en que es más patente la ruptura del *status quo* de la relación contractual en el tiempo, y la urgencia de la reparación, lo cual se vincula a la procedencia de la acción de protección. Con todo, ello no implica que, en otras clases de contratos, si se dan los presupuestos necesarios, y estando vigente el nexo contractual, se dé una perturbación a la propiedad sobre créditos que amerite la procedencia de esta acción. Ver JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos: algunos aspectos relevantes. *Revista de Derecho y Humanidades, Escuela de Derecho Universidad de Chile*, mayo 1992, Año 1, N° 1, pp. 91-130.

⁷³ Con todo, cabe mencionar que, y pese a la consagración constitucional, la idea de propiedad sobre derechos personales no es algo unánimemente aceptado en doctrina. Así, se ha postulado que es necesario distinguir entre propiedad (que se tiene sobre bienes corporales) y titularidad (que se tiene sobre bienes incorporales), no pudiendo por tanto hablarse propiamente de un derecho de dominio sobre derechos personales. “*Por cierto que hay materias en que la titularidad de un derecho de crédito se asimila a la propiedad, como ocurre con su transferencia y cesibilidad; pero hay otras en que cesa la analogía, como se muestra en la imposibilidad de posesión de un crédito y de su adquisición por prescripción adquisitiva*”. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 994.

modo tal que “*la forma de agraviar al titular de ese derecho se encuentra naturalmente en el incumplimiento de lo pactado o infracción a la conducta debida*”⁷⁴. En ese sentido, el dominio sobre el crédito supone naturalmente la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación correlativa; de ahí la utilidad y significancia jurídica de ser titular de tal derecho.

Por otro lado, también se ha argumentado⁷⁵ que, tratándose de la propiedad de bienes corporales, existen mecanismos normativos destinados a proteger tal dominio que no presuponen el despojo total del derecho; sin ir más lejos, la acción reivindicatoria se dirige a atacar una situación de hecho que en ningún modo afecta la calidad de dueño que tiene el actor sobre la cosa. No hay razón para exigir en el caso de la protección al dominio de bienes corporales un estándar de procedencia más bajo que tratándose de bienes incorporeales como los créditos⁷⁶.

Sin ahondar más en lo anterior, consideramos que en la hipótesis en estudio resulta manifiesto que, no habiéndose celebrado todavía el contrato de compraventa, el derecho personal del prometiende comprador se mantiene intacto con la enajenación. Como ya se ha señalado, el cumplimiento de la obligación emanada de la promesa -vale decir, la celebración del contrato de venta- es perfectamente posible, sin ser necesario que la cosa permanezca en poder y bajo el dominio del prometiende vendedor. El acreedor no sólo mantiene la titularidad de su derecho, sino que también la facultad de poder exigir su cumplimiento, toda vez que la enajenación de la cosa en nada obsta a la celebración del contrato.

El poder de exigir la prestación debida se ve mermado en una etapa posterior, una vez celebrada la compraventa entre las partes, toda vez que la obligación principal del vendedor de

⁷⁴ JANA LINETZKY, Andrés y MARIN GONZÁLEZ, Juan Carlos. El recurso de protección..., p. 112.

⁷⁵ VARGAS WEIL, Ernesto. *La interferencia de contrato ajeno en Chile*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2008, p. 43.

⁷⁶ Podría correctamente argumentarse que, si bien la posesión de la cosa por un tercero no dueño no atenta en modo alguno la titularidad del derecho de propiedad, sí la afecta potencialmente en cuanto el poseedor puede hacerse dueño de la cosa (art. 2498 Código Civil). Sin embargo, y de acuerdo a lo señalado por Vargas Weil, lo mismo ocurre tratándose de los bienes incorporeales, pudiendo verse afectada la titularidad del dominio de operar la prescripción extintiva.

En nuestra opinión, la regulación de la acción reivindicatoria responde al hecho de que los bienes corporales, por su esencia, pueden ser poseídos, de modo que, en caso de que un tercero no dueño sea poseedor de una cosa corporal, colocándolo en la situación de poder adquirir el dominio por prescripción adquisitiva, se otorga al dueño una acción a fin de proteger su derecho. En tal caso, existe una eventual afectación al derecho de propiedad, que justifica la procedencia de la acción reivindicatoria. Pero en el caso de los derechos personales, dada su incorporealidad la noción de posesión en un sentido material no resulta aplicable -en principio, y sin perjuicio de discusiones doctrinarias relativas a tal materia-, y por tanto, si bien efectivamente la propiedad sobre un crédito puede ser afectada si es que el acreedor se mantiene inactivo y opera la prescripción extintiva, no existe un tercero responsable de esa afectación, por lo que no podemos hablar con propiedad de una vulneración al derecho de dominio.

realizar la tradición de la cosa se tornará imposible de cumplir, habiéndose enajenado la cosa a un tercero, con lo que el derecho personal correlativo del comprador no será efectivo.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, no podemos hablar de lesión al crédito, considerando que el derecho personal sobre la cosa nace solamente con la celebración de la compraventa, cuando la cosa ya ha sido enajenada, por lo que mal podrá hablarse de una vulneración a la propiedad sobre un crédito aún no existente. No habiéndose celebrado todavía la compraventa, solamente existe un interés o expectativa del prometiende comprador de adquirir con posterioridad la cosa, respecto del cual evidentemente no existe un derecho de propiedad en los términos de los mencionados artículos 583 del Código Civil y 19 N° 24 inc. 1° de la Constitución.

Por tanto, no podemos entender que existe propiamente una lesión al crédito del prometiende comprador en el sentido de verse afectada su propiedad sobre tal derecho. Esto está directamente ligado a la aparente inexistencia de un incumplimiento contractual en el caso en análisis, porque, si bien la noción de lesión al crédito es más amplia y abarca relaciones entre el titular del crédito y terceros, obviamente para que se configure una lesión o un incumplimiento contractual será necesaria la existencia previa de tal derecho. En cambio, estamos ante una hipótesis en que el perjuicio proviene de la insatisfacción de una expectativa o interés. Lo anterior no implica que no pueda fundarse responsabilidad -sea contractual o extracontractual, dependiendo de la vía que se decida tomar- por los perjuicios causados al prometiende comprador, como veremos posteriormente.

Expuesto lo señalado precedentemente, corresponde hacerse cargo del núcleo doctrinario más interesante, a nuestro juicio, de esta tesis, correspondientes a dos instituciones que refieren más bien a la responsabilidad extracontractual, y que han generado debates doctrinarios y jurisprudenciales cuya solución no se vislumbra pacífica. Nos enfocaremos en lo que sigue a la *doctrina de la interferencia ilícita en contrato ajeno* y la acción de provecho del dolo ajeno (arts. 1458 y 2316 inc. 2° del Código).

9) Doctrina de la interferencia ilícita en contrato ajeno

El caso que hemos propuesto se subsume en una serie de situaciones hipotéticas que suponen un incumplimiento contractual que conlleva un perjuicio, el cual es atribuible a la responsabilidad de un tercero ajeno a la relación contractual, usualmente por ejecutar una acción incompatible con el cumplimiento de la obligación debida. La pregunta acerca de la imputabilidad de responsabilidad extracontractual al tercero es el enfoque de estudio de la llamada doctrina de la interferencia ilícita en contrato ajeno, construida a partir del reconocimiento del -ya mencionado- efecto absoluto o expansivo de los contratos.

La doctrina de la interferencia en contrato ajeno tiene su origen en Inglaterra⁷⁷ y encuentra mayor desarrollo en doctrina comparada, en particular en derecho francés y anglosajón, siendo todavía relativamente nueva en nuestro país. En ambos sistemas existe relativo consenso en cuanto a su reconocimiento, aunque con fundamentales diferencias relativas a los requisitos de procedencia para que proceda la responsabilidad, que revisaremos a continuación.

9.1) Francia: ilícito objetivo

En efecto, la doctrina y jurisprudencia francesa ha construido el ilícito de interferencia (*concurrence déloyale*) a partir del actual artículo 1240 del *Code*⁷⁸, configurando la responsabilidad por tal ilícito prescindiendo de un elemento intencional o volitivo, o al menos, no exigiendo su acreditación de manera independiente. Como sintetiza Banfi del Río, “*los tribunales galos definen la concurrence déloyale objetivamente: como un acto anormal, deficiente y contrario a la decencia comercial, prescindiendo del dolo[...] Entre las prácticas desleales más relevantes detectadas por los magistrados franceses sobresale el acto cometido por el cómplice en el incumplimiento de un contrato ajeno, quien debe responder si procede negligentemente y con conocimiento del vínculo interferido, pero sin requerirse que él haya persuadido al deudor a quebrantar sus obligaciones como tampoco que haya tenido la*

⁷⁷ Lumley vs. Gye (1853), Queen’s Bench, 1 de enero de 1853 [1853] EWHC QB J73. Muy resumidamente, la sra. Johanna Wagner, una cantante de ópera, había sido contratada por el demandante, el sr. Lumley, para cantar de manera exclusiva en el teatro de éste. Sin embargo, durante la vigencia de tal contrato, un dueño de teatro de la competencia, el sr. Gye, indujo a la sra. Wagner a incumplir su contrato y a cantar en el teatro de aquel en vez de el del sr. Lumley. En tal caso, el tribunal falló a favor del demandante, constituyendo el primer precedente en materia de responsabilidad por interferencia.

⁷⁸ Dicha norma inaugura el Capítulo II del *Code*, De los delitos y de los cuasidelitos, y reza, en español: “cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo”.

*intención de dañar al acreedor[...]*⁷⁹. En estricto rigor, tradicionalmente se concibe la intención de causar daño al acreedor como un elemento constitutivo de la *concurrency déloyale*, pero indisoluble al conocimiento del contrato por parte del tercero, de modo tal que basta con la prueba de éste último requisito para que se configure el elemento intencional.

Cabe considerar que la falta de necesidad de probar la intención de dañar se explica, en cierta medida, en los términos generales del artículo 1240 del *Code* -norma similar al artículo 2314 de nuestro Código-, que no exige dolo, sino sólo culpa, para la constitución de responsabilidad. En ese sentido, se ha dicho que la prueba de la mala fe del demandado no es necesaria para el éxito de la acción de indemnización por interferencia en contrato ajeno⁸⁰, y el máximo tribunal francés ya en 1958 sostenía que “*el uso por parte de un comerciante del nombre de un homónimo en condiciones que tal uso crea confusión entre dos establecimientos constituye un cuasidelito que no requiere un elemento intencional*”⁸¹.

9.2) Common Law: ilícito subjetivo o intención de perjudicar

Situación distinta es la experimentada en el *common law*, en el que no existe una norma legal de alcance general como la mencionada, siendo construido el ilícito, desde *Lumley v. Gye*, de manera casuística. Así la interferencia ilícita se enmarca en los denominados *economic torts*, que incluye hipótesis de interferencia (*tortious interference*) como situaciones más específicas de inducción al incumplimiento (*inducing breach of contract*), siendo en todo caso necesario, para la configuración de responsabilidad, no sólo el conocimiento del vínculo contractual por parte del tercero sino también de un ánimo o intención de causar perjuicio al interesado. A diferencia de la experiencia francesa, el elemento de la intención de dañar constituye un requisito independiente del conocimiento del contrato, siendo necesario para que se acoja la acción de indemnización de perjuicios no sólo la prueba de éste último, sino también del ánimo doloso. De tal modo, jurisprudencialmente se han asentado los requisitos de la acción, siendo los siguientes⁸²:

⁷⁹ BANFI DEL RÍO, Cristián. Breve revisión de la responsabilidad por interferencia..., p. 169.

⁸⁰ ROUBIER, Paul. *Le droit de la propriété industrielle*. Tomo I. París: Ediciones Sirey, 1952, p. 483.

⁸¹ La traducción es de los autores. Original: “*l’emploi par un commerçant du nom d’un homonyme dans des conditions créant une confusion entre deux établissements est constitutif d’un quasi-délit qui ne requiert pas un élément intentionnel*”. Causa N° 58-04997, Cour de Cassation, chambre commerciale, 18 de abril de 1958. Nótese que la Corte va más allá y no sólo no exige la acreditación del elemento intencional, sino que lo descarta de plano como requisito de procedencia (y así dice que la conducta ilícita en el caso “constituye un cuasidelito”), línea argumentativa a la que nos referiremos más adelante.

⁸² SAR Petroleum v. Peace Hills Trust Company (2010), New Brunswick Court of Appeal, 8 de abril de 2010.

- i. debe existir un contrato válido y vigente entre el actor y el deudor de tal contrato (en el caso que analizamos, el prometiende vendedor);
- ii. tal deudor debe haber infringido dicho contrato;
- iii. el demandado (tercero que interfiere) debe haber ejercido acciones que hayan causado tal infracción;
- iv. el demandado debe haber conocido la existencia del contrato previo;
- v. el demandado debe haber tenido la intención de causar la infracción, en circunstancias que el incumplimiento haya constituido el fin deseado *per se* o un medio para lograr otro objetivo⁸³;
- vi. el actor debe haber sufrido un perjuicio como resultado de la infracción, y
- vii. el demandado no debe acreditar la existencia de una justificación a tal interferencia.

La elevada exigencia para la configuración del *tortious interference* responde, a nuestro juicio, al marcado carácter individualista del derecho de contratos anglosajón en comparación con el sistema continental (que se demuestra, entre otros, en la inexistencia de un principio general de buena fe y un entendimiento del nexo contractual como una relación más bien adversarial, en que en general cada negociante vela exclusivamente por su propio interés⁸⁴). En dicho contexto, los contratos no adoptan la fuerza obligatoria como la concebimos -en los términos del artículo 1545 del Código Civil-, entendiéndose que las partes son libres de incumplir cuando les es conveniente, siempre y cuando sean responsables de reparar los perjuicios causados⁸⁵. En tal sentido:

“el enfoque del sistema inglés en relación con la responsabilidad contractual se concentra en remediar el incumplimiento de contrato. Como consecuencia de este enfoque, los tribunales son reticentes a forzar el cumplimiento de un contrato, convirtiendo a la

⁸³ Aquí se vislumbra que, en materia de interferencia, el elemento volitivo no sólo contiene la intención positiva de dañar, sino también la representación y aceptación de los daños que supondrá la interferencia del tercero. En otras palabras, se comprenden tanto las hipótesis de dolo directo como las de dolo eventual. GONZÁLEZ HOCH, Francisco. *Elementos de la culpabilidad en la interferencia contractual por terceros*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1995, p. 38.

⁸⁴ Para un análisis más profundo de los aspectos generales del derecho de contratos de *common law*, ver CARTWRIGHT, John. *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. 2a Edición. Oxford: Hart Publishing, 2013.

⁸⁵ En las (célebres) palabras del juez Oliver Wendell Holmes: “la obligación de honrar un contrato en derecho supone la predicción de que debes pagar una indemnización si no lo haces, y nada más”. HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little Brown and Company, 1881, pp. 300-301.

indemnización de perjuicios en la regla general y el cumplimiento forzado en la excepción. Para el Derecho inglés, la obligación contractual se compone de obligaciones primarias, que consisten en el cumplimiento de las prestaciones involucradas, y obligaciones secundarias, que consisten en los remedios que persiguen reparar el incumplimiento contractual, siendo el principal de ellos la obligación secundaria de indemnizar a la contraparte por los perjuicios originados por el incumplimiento de la obligación primaria”⁸⁶.

De hecho, hasta la misma construcción del *tort* ha sido criticada por una parte de la doctrina anglosajona. Con una clara influencia del análisis económico del derecho, la doctrina del incumplimiento eficiente del contrato (*efficient breach of contract*) postula que la interferencia por parte de un tercero en el incumplimiento contractual tiende a una asignación más óptima de recursos: el tercero valora más la actuación del deudor que el acreedor, estando dispuesto a pagar más por la prestación que aquel, por lo que, mientras el acreedor sea indemnizado en sus perjuicios por parte del deudor, la interferencia supone una mayor eficiencia económica y un mayor valor de bienestar en conjunto⁸⁷. Incluso, se ha argumentado que la existencia del remedio de la interferencia, por definición, otorgaría incentivos para el incumplimiento de los contratos, al añadir un tercero distinto del deudor incumplidor como eventual responsable de los daños derivados del incumplimiento⁸⁸. Estas posturas contrarias,

⁸⁶ PINO EMHART, Alberto. Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2014, N° 22, p. 249. En igual sentido, PALMER, Vernon. A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract. *The American Journal of Comparative Law*, 1992, Vol. 40, N° 2, p. 298.

⁸⁷ “En su forma más simple, este modelo analiza el incumplimiento según el óptimo de Pareto: cuando el deudor está dispuesto a compensar al acreedor por los perjuicios sufridos, aquel debiera ser libre de incumplir y vender a un tercero. Esta persona, por definición, debe asignarle a la actuación del deudor un valor mayor a la entidad del daño que tendrá el acreedor: el deudor no va a acordar un incumplimiento a menos que gane más que lo que va a tener que pagar al acreedor por indemnización. Compensados sus perjuicios, el acreedor no queda en una peor posición que la que tenía inicialmente, y el deudor y el tercero quedan en una mejor posición que la inicial, de modo tal que el nuevo contrato es más eficiente que el previo en términos de óptimo de Pareto. Es decir, un sistema jurídico eficiente adoptaría una norma que permita al deudor ‘incumplir ahora, pagar después’” (La traducción es de los autores. Original: “In its simplest form, that model analyzes breach by the Pareto criterion: when Promisor is willing to compensate Promisee for the latter’s expectation damages, she should be free to breach and sell to a third person. That person must, by definition, value Promisor’s performance more than Promisee will lose: Promisor will not agree to any breach unless she is paid more than she will have to pay the Promisee for her breach. Compensated for his losses, Promisee is no worse off, while Promisor and the third party are better off, making the contract Pareto superior (efficient) all around. An efficient legal system, that is, would have a rule allowing Promisor to ‘breach now, pay later’”). MCCHESENEY, Fred. Tortious interference with contract vs. “efficient” breach: theory and empirical evidence. *Journal of Legal Studies*, 1999, Vol. 28, pp. 134-135. También ver POSNEY, Richard. *Economic analysis of law*. 9° Edición. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 1986, pp. 107 y ss.

⁸⁸ WOODWARD JR., William. Contractarians, community and the tort of interference with contract. *Santa Clara Law Digital Commons* [en línea], 1996, p. 1141 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/842/>.

aunque más bien minoritarias⁸⁹, junto con la alta exigencia en la procedencia de la acción, son reflejo del relativo escepticismo con el que mira el *common law* a la responsabilidad de terceros por interferencia en contrato ajeno.

9.3) Elemento común en ambos derechos: mala fe o intención de dañar del tercero

Sin perjuicio de las diferencias ya anotadas entre ambos modelos de imputación de responsabilidad, tanto en la experiencia anglosajona como en la francesa, un fundamental elemento de procedencia lo constituye la mala fe o intención de dañar con la que actúa el tercero -sea concebida como un requisito independiente del conocimiento del contrato previo o no-. Los argumentos para sostener tal exigencia se reconducen a la idea de que, atendidos los bienes jurídicos en juego, a saber, la libre competencia, libertad de contratación y autonomía privada, por un lado, y la fuerza obligatoria de los contratos y la buena fe, por otro, haría forzoso el elevar el estándar de conducta a una disposición anímica especial, el dolo, no siendo suficiente la mera negligencia⁹⁰. Así, en el caso anglosajón, ya desde *Lumley v. Gye* se requiere una conducta maliciosa a fin de perjudicar al acreedor, o al menos, que la interferencia se realice a sabiendas de que de ello derivará un perjuicio al acreedor, y no haciendo nada para impedirlo⁹¹. A partir de tal precedente, los tribunales han tendido a exigir la prueba de tal requisito para la imputación de responsabilidad por interferencia ilícita, siendo excepcionalísimos los casos en que se ha declarado suficiente la culpa o negligencia⁹². Como ya adelantábamos, la elevación del estándar de conducta responde a la necesidad de protección de determinados intereses jurídicos vinculados a la libre competencia:

“[E]l privilegio de competir impide la imputación de responsabilidad cuando la interferencia es entre competidores y dirigida exclusivamente a promover los intereses

⁸⁹ En el caso de la doctrina del incumplimiento eficiente, se trata de una postura no exenta de críticas. Por ejemplo, ver MARKOVITS, Daniel y SCHWARTZ, Alan. El mito del incumplimiento eficiente. En: LEPERE, Pablo [comp.]. *Teoría de los Contratos*. Palermo: Biblioteca Yale-Universidad de Palermo, 2010, pp. 313-383.

⁹⁰ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, pp. 996-997, GONZÁLEZ HOCH, Francisco. *Elementos de la culpabilidad...*, pp- 35-38.

⁹¹ En *Lumley v. Gye*, el tribunal falló que la responsabilidad por interferencia en contrato ajeno debía imputarse cuando el tercero actúa “*injusta y maliciosamente, o lo que es lo mismo, con conocimiento [del contrato previo]*” (Original: “*wrongfully and maliciously, or, which is the same thing, with notice*”). *Lumley v. Gye* (1853), §§ 10, Juez Crompton, disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J73.html>. Yendo más allá, en un fallo posterior se declaró que “*es muy probable que el Sr. Gye haya preferido obtener los servicios de la Srta. Wagner sin necesidad de que ésta rompiera el contrato, pero aun así debe indemnizar al Sr. Lumley*”, dejando claro que el estándar de conducta no sólo abarca el dolo directo, en el que el daño al acreedor es el fin perseguido con la interferencia, sino además el eventual, en el que sirve más bien de medio necesario para la consecución de otro fin. *OBG LTD v. Allan* (2007), House of Lords, 2 de mayo de 2007 [2007] UKHL 21, 1 A.C. 1, §§ 42-43, Juez Hoffmann. En BANFI DEL RÍO, Cristián. *Breve revisión de la responsabilidad...*, p. 181.

⁹² Por ejemplo, *J’Aire Corp. v. Gregory* (1979), Supreme Court of California, 13 de agosto de 1979, 24 Cal.3d 799.

*económicos propios de quien interfiere. En efecto, un perjuicio que resulta de un acto de competencia leal es damnum absque injuria. Sin embargo, no existe tal justificación si quien interfiere lo hace motivado por rencor, malicia u otro motivo inapropiado. Sólo esta última clase de interferencia otorga acción”*⁹³.

Por su parte, en materia de *concurrency déloyale* también la jurisprudencia y doctrina tradicionalmente han exigido la concurrencia de un ánimo de dañar, no bastando con que el tercero haya debido saber que su conducta traería un perjuicio al acreedor⁹⁴. Ello tendría justificación en lo siguiente:

*“Como una cuestión política se evitó un estándar de negligencia, aparentemente debido al temor de que (aunque podría realzar la certeza de derechos contractuales adquiridos) sería extremadamente perjudicial a la libertad y seguridad de subsecuentes transacciones y, en general, reduciría los niveles de actividad económica. Por ende, el derecho francés insistió en un elemento amplio de interferencia de ‘mala fe’, un común denominador que incluye varios estados mentales, como conspiración fraudulenta, intención de dañar, y conocimiento previo del contrato”*⁹⁵.

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, entendiéndose que la elevación del criterio de imputación subjetivo es necesaria para la protección de los bienes jurídicos en comento. El concepto de ilicitud sería insuficiente en estos casos, de modo tal que “[e]n casos en que hay intereses o bienes jurídicos en colisión, el derecho ha reaccionado estableciendo una primera exigencia: ya no es suficiente con que la conducta sea ilícita en el sentido de contraria a un estándar de debido cuidado, según la regla general, sino que exige

⁹³ LEAR, Rebecca. Negligent Interference with Contract. An Argument Against Categorical Rejection: Applying a Duty/Risk Analysis to Negligent Drug Testing. *Louisiana Law Review*, 2000, Vol. 60, N° 3, p. 856. La traducción es de los autores. Original: “[T]he privilege of competition precludes the imposition of liability when the interference is among competitors to advance the interferer’s economic self interests. Indeed, an injury which results from lawful competition is damnum absque injuria. However, no such justification exists if the interferer is motivated by spite, malice, or some other improper motive. It is only the latter brand of interference that is actionable”.

⁹⁴ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tomo I. París: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, p. 187.

⁹⁵ PALMER, Vernon. A comparative study...., p. 323. La traducción es de los autores. Original: “As a matter of policy a negligence standard was avoided, apparently on the fear that (though it might enhance the security of acquired contract rights) it would be extremely prejudicial to the freedom and security of subsequent transactions and would generally reduce the levels of economic activity. Accordingly, French law insisted upon the broad requirement of a ‘bad faith’ interference, a common denominator that encompasses various states of mind, including fraudulent conspiracy, intention to injure, and previous knowledge of the contract”.

que concurra un elemento adicional: una disposición anímica especial del autor, que evidencia que éste quería causar los daños o previéndolos era indiferente a ellos”⁹⁶. En definitiva, el incumplimiento de un contrato pertenecería a la esfera de riesgo de los mismos contratantes, de modo que, en principio, no toda interferencia puede ser ilícita⁹⁷. Pareciera vislumbrarse aquí rastros del dejo de escepticismo con el que se suele mirar el ilícito de interferencia en derecho comparado⁹⁸, reconociendo vital relevancia a la promoción de actividad económica por sobre el interés de indemnidad del acreedor, exigiendo un estándar de conducta extremadamente difícil de acreditar⁹⁹.

9.4) ¿Es necesario el ánimo doloso en nuestro derecho nacional?

Estamos de acuerdo en que es absolutamente necesaria la delimitación de criterios que permitan determinar cuándo la interferencia es lícita o no. Sin embargo, consideramos que la exigencia de un ánimo doloso no resulta aplicable en un sistema como el nuestro, no resultando concordante con el régimen general de responsabilidad extracontractual, que adopta un modelo de atribución por culpa.

En efecto, en materia de responsabilidad extracontractual, si bien no existe una regla explícita en cuanto a la determinación del criterio de imputación subjetivo, existe actualmente consenso en que la imputación de responsabilidad supone la infracción de un deber de cuidado mediante una actuación negligente o dolosa, no limitándose solamente a este último caso. El reproche de ilicitud supone, a lo menos, que el autor actúe con culpa leve¹⁰⁰; de este modo,

⁹⁶ GONZÁLEZ HOCH, Francisco. *Elementos de la culpabilidad...*, p. 38.

⁹⁷ VARGAS WEIL, Ernesto. *La interferencia de contrato ajeno...*, p. 76.

⁹⁸ Es posible que, entre nosotros, la desconfianza hacia la interferencia ilícita -en comparación con cualquier otro ilícito de responsabilidad extracontractual, en los que no se aboga por que el criterio de imputación se altere- tenga algo que ver, además de las razones ya señaladas, con la primacía de la protección a la propiedad, principio que recoge el Código Civil en varias de sus disposiciones. En definitiva, el derecho de propiedad sería absoluto, sólo pudiendo ser limitado de manera excepcional (por ejemplo, mediante la constitución de un derecho real de hipoteca), por lo que la idea de que la propiedad sobre la cosa pueda verse limitada por una simple promesa, que no genera derecho alguno sobre la cosa, repugna a tal principio. Se trata de una discusión similar a la relativa a la validez general de las cláusulas de enajenar.

⁹⁹ El obstáculo de la prueba podría solucionarse por la vía de la asimilación a la culpa grave: Banfi postula que el ilícito de la interferencia en contrato ajeno se extiende a la culpa grave, toda vez que considera que culpa grave y dolo son conceptos semejantes que se identifican en la conducta exteriormente apreciada del sujeto. Ver BANFI DEL RÍO, Cristián. La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile. *Revista Chilena de Derecho, Sección Estudios*, 2000, Vol. 27, N° 2, pp. 291-330. Con todo, para este autor la asimilación es absoluta, de modo que considera que la culpa grave debe probarse al igual que el dolo, a diferencia de la doctrina tradicional mayoritaria, que hace aplicable lo dispuesto en el art. 1547 inc. 3° al estándar de culpa grave. Para mayor información sobre la discusión doctrinaria al respecto, ver BARCIA LEHMANN, Rodrigo. La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del Derecho de los contratos: primera parte. *Ius et Praxis*, 2006, Vol. 12, N° 2, pp. 75-95.

¹⁰⁰ En este punto, la doctrina tradicionalmente ha estado dividida, existiendo una postura minoritaria -entre cuyos autores se encuentra Alessandri- que postula que la graduación de culpa dispuesta en el artículo 44, por razones históricas, sólo recibiría aplicación en materia contractual. En materia extracontractual, por tanto, y como el legislador no distingue -hablando el art.

“del concepto de culpa del artículo 44 se sigue que el estándar de conducta es la culpa leve, que resulta aplicable cuando la ley habla de culpa o descuido sin otra calificación (artículo 44 III). El patrón de conducta corresponde al que sigue una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado ordinario o mediano. En circunstancias que la responsabilidad por culpa siempre tiene su fundamento en el desprecio de las expectativas legítimas de la víctima del daño respecto de la conducta ajena, el patrón de conducta invoca la prudencia de una persona razonable y diligente: en nuestras relaciones recíprocas, podemos esperar de los demás que se conduzcan como lo haría ‘un buen padre (o madre) de familia’”¹⁰¹.

Cabe tener en consideración que el conflicto de intereses no es algo novedoso en materia de responsabilidad extracontractual, existiendo variadas series de casos con colisiones de bienes jurídicos, sin que de ello derive necesariamente la exigencia de dolo. Sin ir más allá, en materia de responsabilidad ambiental se contraponen los bienes jurídicos de protección al medioambiente y libertad de desarrollo de actividades económicas y, sin embargo, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente hace responsable a quien *culposa o dolosamente* genere un daño ambiental (art. 51). De hecho, la problemática que rodea todo el sistema en esta clase de responsabilidad, por definición, supone siempre la contraposición de intereses jurídicos: la compensación de un daño sufrido en términos de justicia correctiva, por un lado, la autonomía y libertad de actuación del tercero, por otro¹⁰². La solución a tal conflicto de asignación de riesgos la otorga el ordenamiento al imponer un criterio de atribución, siendo el régimen general el de responsabilidad por culpa¹⁰³. Mientras no exista una normativa especial que modifique y eleve el estándar de conducta, como ocurre, a nuestro juicio, en el caso del artículo 4 letra f) de la Ley de Competencia Desleal¹⁰⁴, los argumentos proporcionados

2314 sólo de “delito o cuasidelito”- se respondería de toda culpa, incluso la levísima. Con todo, se trata de una discusión más bien superada, entendiéndose que la culpa levísima es un estándar de cuidado demasiado elevado para las actuaciones cotidianas, en las que no existe un deber de actuación preexistente, no siendo razonable la expectativa social de actuar con la esmerada diligencia de un hombre juicioso en los actos del día a día. A ello se le agrega que existen ciertas remisiones normativas a un estándar de culpa leve (por ejemplo, el art. 2323 se refiere a la responsabilidad del dueño de un edificio por su ruina, “por haber faltado de otra manera al cuidado de un *buen padre de familia*”).

¹⁰¹ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, pp. 80-81.

¹⁰² PINO EMHART, Alberto. Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2013, N° 21, pp. 98-101.

¹⁰³ “La culpa, entendida como reproche por la vulneración de un estándar de comportamiento, conforme a un patrón medio, se traduce en un mecanismo de distribución de riesgos sociales, estableciendo un ámbito en que el potencial dañante debe responder y un ámbito en que la propia víctima debe adoptar medidas de precaución”. AEDO BARRENA, Cristián. El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial. *Revista Chilena de Derecho*, agosto 2014, Vol. 41, N° 2, p. 724.

¹⁰⁴ Un caso de reconocimiento normativo de la doctrina de la interferencia en nuestro país es el contenido en la Ley N° 20.169 de Competencia Desleal, cuyo art. 4 letra f) establece que es acto de competencia desleal *toda conducta que persiga inducir a*

relativos al conflicto de bienes jurídicos no parecen ser demasiado fuertes para exigir un ánimo doloso por parte del autor del daño.

En cuanto a la experiencia comparada ya señalada, como sabemos, en el sistema anglosajón de *common law* la principal fuente formal del derecho la constituyen los precedentes jurisprudenciales, de modo que los ilícitos o *torts* son construidos y estructurados casuísticamente, sin existir un régimen de responsabilidad de carácter normativo que sirva de límite al momento de determinar los elementos de procedencia de la acción. Ello ha llevado a que existan distintas categorías de *torts*, existiendo algunos en que basta con el actuar negligente o culposo del autor (*negligent torts*), y otros en que se exige un elemento intencional (*intentional torts*). Dicho de otra manera, no existen mayores inconvenientes en el sistema anglosajón para elevar el estándar subjetivo al dolo en determinados ilícitos, siendo tradicionalmente uno de ellos la interferencia en contrato ajeno. Consideramos que ello responde, asimismo, al ya mencionado marcado carácter individualista que adquiere el derecho de contratos en los países anglosajones¹⁰⁵. De todos modos, la idea de que el *tortious interference* necesariamente debe ser intencional ha sido puesta en duda en derecho anglosajón, siendo propuesta por cierta doctrina, y aceptada por alguna jurisprudencia, la configuración de un ilícito independiente de interferencia negligente o culposa¹⁰⁶.

Por otro lado, en derecho francés la problemática tiene mayores similitudes con el caso en nuestro país, toda vez que la norma que sirve de base a la articulación del ilícito de interferencia en contrato ajeno es el actual artículo 1240 del Código Civil francés. En ella, se establece el régimen general de responsabilidad extracontractual por culpa (*faute*); sin embargo, y como ya hemos señalado, se adopta una noción extremadamente restringida de tal

proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con su competidor. Consideramos que el tenor literal de tal disposición excluye la mera culpa como criterio de imputación, siendo necesario que el tercero haya actuado dolosamente; ello, en virtud de que debe tratarse de una conducta que persiga inducir, formulación de la cual se puede deducir una exigencia de intencionalidad en la actuación sancionada.

¹⁰⁵ “Esta perspectiva teórica imagina al contrato como un sistema que es casi exclusivamente individualista y con un orden matemático. [...] Esta aproximación ‘contractualista’ (‘contractarian’) parte del supuesto de dos individuos informados, cada uno de los cuales intenta exclusivamente maximizar su propio bienestar a través de una transacción privada. El diseño de la transacción y su contenido concierne sólo a las partes, y a nadie más” (La traducción es de los autores. Original: “this theoretical perspective imagines contract as a system that is almost exclusively individualistic and has mathematical order [...] This ‘contractarian’ approach proceeds from the image of two informed individuals, each attempting only to maximize her own welfare through a private transaction. The design of the transaction and its substance are the business of the parties, and nobody else’s”). WOODWARD JR., William. *Contractarians, community...*, p. 1107.

¹⁰⁶ Conforme esta postura, la previsibilidad del daño es un elemento suficiente para imputar responsabilidad al tercero por interferencia, toda vez que se trata de una actuación negligente. Esto lleva a que se sostenga que es necesario que el tercero haya conocido el riesgo de que su conducta produzca un resultado dañoso para el acreedor. Ver S., J. C. *Negligent Interference with Contract: Knowledge as a Standard for Recovery. Virginia Law Review*, 1977, Vol. 63, N° 5, pp. 813-839.

criterio de imputación, insistiéndose en la necesidad de una actuación de “*mala fe*”, concepto que incluye una amplia serie de estados mentales. No obstante, no se trata de una postura pacífica en doctrina, postulando algunos autores franceses que, en atención a lo dispuesto en el artículo 1240 del *Code*, “*tout exercice anormal d’un droit, dans des conditions différentes de celles auxquelles se conforment les individus diligents et prudents est source de responsabilité*” (cualquier ejercicio anormal de un derecho en condiciones diferentes de aquellas correspondientes a las personas diligentes y cautelosas constituye fuente de responsabilidad)¹⁰⁷. Ello también ha sido recogido jurisprudencialmente¹⁰⁸.

En consecuencia, resulta problemático trasplantar los argumentos relativos a la colisión de bienes jurídicos que se han dado en derecho comparado a la situación en Chile, en la que existen distintas normas jurídicas que sustentan la exigencia de actuar con culpa leve para la constitución de una infracción de un deber de cuidado.

9.5) Infracción a un deber de cuidado por culpa leve: casos hipotéticos

Dicho lo anterior, es fundamental tener en cuenta que la determinación de las conductas que satisfacen el criterio de imputación de culpa leve en los casos de interferencia en contrato ajeno es algo puramente casuístico, existiendo plena incertidumbre *ex ante*. Por tanto, será el juez, al conocer y fallar el caso en concreto, quien deba decidir si existía un deber de cuidado que el demandado haya debido descubrir al momento de los hechos, y si existió una infracción a tal deber que amerite la imputación de responsabilidad extracontractual. Para ello, será necesaria la aplicación de variados criterios que permitan distinguir aquellos casos de interferencia lícita de aquellos en que efectivamente existió una conducta negligente, a tal punto de configurar un cuasidelito civil.

A nuestro juicio, el estándar de culpa informa todos los elementos de configuración de la responsabilidad del autor del ilícito. Por tanto, será necesario, analizar no sólo la previsibilidad del daño causado, sino también el conocimiento del contrato previo bajo la

¹⁰⁷ La traducción es de los autores. ARCELIN-LÉCUYER, Linda. *Droit de la concurrence: les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*. Rennes: Colección Didact Droit, 2013, p. 12.

¹⁰⁸ Siguiendo la línea argumentativa de sentencias anteriores (ver nota de pie de página N° 5), la Corte ha declarado que “*la acción de competencia desleal fundada en los artículos 1382 y 1383 [actuales 1240 y 1241] del Código Civil es un cuasidelito que no requiere un elemento intencional*”. (La traducción es de los autores. Original: “*l’action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil et que le quasi délit prévu à ces textes ne requiert pas un élément intentionnel*”). Causa N° 70-12159, Cour de Cassation, chambre commerciale, 19 de julio de 1971. En ARCELIN-LÉCUYER, Linda, *ibíd.*, p. 12.

óptica de la culpa: no sólo incluiría aquellos casos en que el tercero tenía conocimiento efectivo del contrato (lo cual deberá probarse), sino también cuando, siguiendo el modelo del buen padre de familia, el tercero *debió haber sabido* del contrato, y por un actuar negligente, no lo hizo. Con todo, ello sólo se dará en un número limitado de casos, en que hayan existido formalidades de publicidad de los contratos: por ejemplo, tratándose de inscripciones en el Registro del Conservador de Bienes Raíces de escrituras públicas de compraventa de bienes raíces (y en tal caso, en la práctica todo abogado realiza un estudio de títulos a fin de conocer los antecedentes del inmueble que se va a adquirir). Dado que la regla general es que los contratos no sean publicados, lo usual es que el tercero no conozca el contrato ni deba haberlo conocido.

En cuanto a la previsibilidad del daño, nuevamente se deberá recurrir al modelo del buen padre de familia para determinar qué expectativa se puede tener razonablemente de aquel tercero que interfiere en un contrato ajeno. Respecto a esto, las hipótesis en que el tercero se representa el resultado dañoso de su actuar e igual actúa, con total desconsideración a tal resultado, se enmarcan dentro de la categoría de culpa o negligencia grave, teniendo en consideración los restrictivos términos del concepto legal de dolo (*intención positiva de dañar*, que, haciendo un paralelo con los criterios subjetivos en materia penal, se asimila al dolo directo). Claramente, el tercero que actúa en tal situación va más allá de actuar con culpa leve, sino que se parece más a aquella persona negligente y de poca prudencia que refiere el artículo 44 inciso 2° del Código¹⁰⁹. Fuera de estos casos, y del autor doloso, difícilmente podrá construirse un deber de cuidado en virtud del cual se pueda razonablemente esperar que toda persona deba investigar la existencia de contratos previos. Ello con mayor razón considerando que, en la práctica, la mayoría de los casos el deudor no le informará al tercero de la existencia de obligaciones contractuales previas, e incluso intentará ocultar tal información, por lo que, a fin de cuentas, las situaciones en que podrá imputarse responsabilidad al tercero serán contadas.

A nuestro juicio, por tanto, los casos en que el tercero actúe negligentemente a tal nivel que sea responsable extracontractualmente por el daño serán escasos, de modo que malamente

¹⁰⁹ “La culpa grave configura una presunción simplemente legal de dolo que impide al autor del ilícito esconder su intención (bajo la apariencia de la necesidad) y esquivar su responsabilidad, por ejemplo, por haber hecho que una persona infrinja sus obligaciones para con cierto acreedor que es adversario del primer sujeto”. BANFI DEL RÍO, Cristián, Breve revisión de la responsabilidad..., p. 184. También ver BANFI DEL RÍO, Cristián. La asimilación de la culpa grave....

serán un peligro considerable a la libre competencia y autonomía privada. No resulta necesario para la protección de los bienes jurídicos en comento, en consecuencia, que se exija una intención dolosa, resultando más bien satisfactoria la aplicación del modelo de atribución general de culpa.

Por lo tanto, en el caso objeto del presente trabajo, a fin de calificar la existencia de una infracción a un deber de cuidado es necesario distinguir entre categorías de casos hipotéticos:

- i. En los casos en que el tercero interfiere con conocimiento efectivo del contrato de promesa previo, generándose de ello un daño al prometiente comprador, consideramos que se satisfacen los elementos para configurar, al menos, un cuasidelito civil (por culpa grave), toda vez que la actuación supone una total desconsideración del interés del prometiente comprador. En definitiva, el tercero interfiere a sabiendas, y pudiendo prever, que el hecho resultaría en un resultado lesivo. A lo menos, actúa representándose y aceptando el incumplimiento contractual como un medio para la consecución de un fin personal y, en este caso, actuaría con culpa grave. Si actúa con el fin directo de perjudicar al prometiente comprador, entonces actúa con dolo. Ambas hipótesis son idénticas en una apariencia externa, por lo que las encasillamos en una única categoría de casos¹¹⁰.
- ii. En los casos en que existe un registro público en que conste el contrato de promesa (como ocurre en la práctica tratándose de inmuebles), *“la mala fe también debe tenerse por probada cuando el demandado, sin saber del contrato ajeno, debía conocerlo, pero su descuido excesivo se lo impidió”*¹¹¹. Por tanto, concordamos con Banfi en que existe una conducta de culpa grave que permite configurar responsabilidad por interferencia ilícita.

¹¹⁰ “La culpa lata es dolo (culpa lata dolus est) y es una proyección de este en el plano objetivo: es un hecho objetivamente indistinguible del doloso, lo cual es muy importante porque, como se dice, ‘los hechos hablan por sí solos’, y es la forma de probar el dolo”. BANFI DEL RÍO, Cristián. La asimilación de la culpa grave..., p. 291. En el caso concreto de la interferencia ilícita, “es suficiente que el demandado haya tenido conciencia o sido indiferente con respecto a las consecuencias probables que su conducta podría causar a su competidor. Asimismo, una vez acreditado el conocimiento del demandado acerca del contrato, la intención de provocar su incumplimiento es presumida casi en forma automática. En efecto, como ya se dijo, el conocimiento y la intención están tan unidos que la segunda puede colegirse del primero”. BANFI DEL RIO, Cristián. Breve revisión de la responsabilidad..., p. 181.

¹¹¹ BANFI DEL RÍO, Cristián, ibíd., p. 179.

- iii. En los demás casos, será necesario hilar más fino y determinar en el caso en específico si es que procede responsabilidad por culpa leve o no. Así, es posible concebir situaciones en que, si bien la promesa no consta en registro público, existieran algunos indicios que permitieran al tercero deducir la existencia del contrato. En aquellos casos, creemos que podría configurarse una infracción a un deber de cuidado conforme al estándar de culpa leve. Fuera de este caso hipotético, no existiría ilícito, toda vez que no se cumple con el estándar mínimo de negligencia necesario.

En consecuencia, de aplicar el régimen general de responsabilidad por culpa leve, el resultado práctico difiere del que propone la doctrina comparada y nacional, sólo en aquellas situaciones excepcionales en que el tercero debió razonablemente haber sabido de la existencia del contrato y aun así actuó. Fuera de estas hipótesis, no es posible construir un deber de cuidado, en cuanto socialmente no existe la expectativa de que los sujetos realicen acciones investigativas a fin de determinar la posible existencia de contratos previos. Esto, prevemos, constituirá la mayor parte de los casos de interferencia en promesa de compraventa, en las que no existe una exigencia de publicidad (y el prometiende vendedor no tiene ni el deber ni incentivos para informarle al tercero del contrato previo).

En tales casos, con todo, aún podría accionarse contra el tercero no autor del ilícito. En efecto, de acreditarse que el tercero recibió un provecho del actuar doloso del prometiende vendedor, la normativa ofrece una vía adicional: la acción de provecho de dolo ajeno.

10) Acción de provecho del dolo ajeno: arts. 1458 y 2316 inc. 2° del Código Civil

Como última posibilidad a analizar, estudiaremos la procedencia de la acción de provecho del dolo ajeno a nuestro caso. Pero para ello tenemos que definir y describir la acción, teniendo en consideración la importancia que ha adquirido en el último tiempo a propósito del denominado “caso Inverlink”¹¹² y las demandas civiles subsecuentes. El caso Inverlink¹¹³ da origen a varias disputas doctrinales, dentro de las más importantes aquellas referidas a la naturaleza jurídica de la acción, a los requisitos de procedencia, a la noción de provecho, al plazo de prescripción, al título justificativo, etc. Acá analizaremos solo algunas de aquellas disputas, en especial las funcionales a nuestro estudio. Analizaremos los fallos de la Corte Suprema en este sentido y la tensión constitucional que reclaman las demandadas, en especial las referidas a los límites del derecho de propiedad (art. 19 N° 24 Constitución Política de la República). A partir de los fallos concluiremos lo pertinente a nuestro caso, para finalizar con una visión crítica a lo expuesto por la Corte en sus pronunciamientos.

10.1) Concepto de la acción de provecho del dolo ajeno

Los artículos 1458 y 2316 inc. 2° de nuestro Código Civil, señalan lo que es una acción para perseguir el beneficio obtenido por un tercero, proveniente de un ilícito doloso en sede contractual o extracontractual. Así, en materia contractual, a propósito del estudio de los vicios del consentimiento, tenemos el artículo 1458 del Código, que señala: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”. Por su parte el artículo 2316 inc. 2° señala, a propósito de la acción de responsabilidad extracontractual, lo siguiente: “El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”.

¹¹² Las distintas demandas civiles deducidas por el Fisco se acumularon en un solo proceso ante el 14° Juzgado Civil de Santiago, en autos rol N° C-1057-2007, caratulados “Corporación de Fomento de la Producción con Mutualidad y otros. Las instituciones demandadas son cerca de veinticinco, pasando por Municipalidades y ONG, como la Fundación Torres del Paine, de ahí la importancia de lo resuelto.

¹¹³ Para un resumen de los aspectos fácticos, véase GONZÁLEZ ARIAS, Sandra. *El caso Corfo-Inverlink y su impacto en el proyecto de la ley de mercado de capitales II*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2007.

Ambos artículos legitiman para demandar al tercero, que se benefició del dolo cometido por otra persona, para que restituya hasta el monto del valor de lo que se aprovechó. Así, María Florencia Díaz, en su memoria de prueba referida al fundamento de la acción estudiada, nos señala: “*Pese a que uno de estos artículos está ubicado en el título dedicado a los ‘actos y declaraciones de voluntad’, y el otro en el título que se refiere a ‘delitos y cuasidelitos’, lo cierto es que deben tratarse en conjunto, porque abordan el mismo supuesto: un tercero, que no es autor ni cómplice de un hecho doloso –sea que se haya cometido éste en el marco contractual o en el extracontractual-, pero que sí ha recibido provecho de éste, queda obligado a responder ante la víctima del dolo, hasta concurrencia del provecho que haya obtenido*”¹¹⁴. No es clara su naturaleza jurídica, si acaso es una acción propiamente indemnizatoria o más bien una acción de carácter restitutorio, o incluso una acción restitutoria por enriquecimiento ilícito, proveniente de una actuación dolosa. Antes de pasar al análisis, veamos cómo la concibe la doctrina.

En general la doctrina le ha dedicado escaso estudio a esta acción, su referencia en los manuales es ínfima, meramente descriptiva. Así, Barros, en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual, nos señala lacónicamente: “*Quienes ejecutan el dolo, sea personalmente, sea como cómplices o encubridores, son civilmente responsables de todos los perjuicios que se sigan para la víctima. Pero también puede ser de interés para esta última la acción restitutoria de los beneficios que se siguen del dolo ajeno. El artículo 2316 II reitera la regla establecida a propósito del dolo como vicio del consentimiento, estableciendo que ‘el que reciba provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho*”¹¹⁵. Para Barros, pues, la acción tiene naturaleza restitutoria, sin ahondar en fundamentos, siendo la cita señalada todo su comentario al respecto.

10.2) Requisitos de procedencia de la acción

Los presupuestos de la acción, como lo ha explicado reiteradamente la Corte Suprema, son tres:

¹¹⁴ DÍAZ GARCÍA-HUIDOBRO, María Florencia. *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2012, p. 1.

¹¹⁵ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 932.

- i. un agente que cometió un ilícito con dolo, ya en el ámbito contractual como extracontractual;
- ii. un tercero que recibió (vínculo de causalidad) el provecho o beneficio de la acción del agente doloso;
- iii. que aquel tercero no haya participado del ilícito, ni como autor, cómplice o encubridor.

Si participa de algún modo en el acto ilícito pasa a ser personalmente responsable, y claramente la acción en su contra pasa a ser de naturaleza indemnizatoria, sin limitaciones, excepto aquellas vinculadas a la reparación integral de la víctima. Así lo señala la Corte Suprema en sentencia de casación, en el considerando 16° de la causa rol N° 6302-2010: *“En efecto, explicando la extensión del concepto de parte, don Avelino León Hurtado expresa: ‘Si el contratante es cómplice del dolo cometido por un tercero debe considerarse para este efecto como autor, tanto porque su responsabilidad es solidaria (artículo 2317) cuanto porque la ley así lo prescribe: ‘el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice de él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho (artículo 2316, inciso 2°); o sea, si es cómplice responde como si fuera autor. Cualquier participación en el dolo, anterior o simultánea al contrato, esto es, cualquier grado de complicidad, puede ser suficiente para que se considere que el contratante es autor, y se dé lugar, en consecuencia, a la anulación del acto’ (La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, página 209). De esta forma el autor y el cómplice responden por toda la acción y respecto de ellos existe acción anulatoria e indemnizatoria. Respecto del tercero que se ve favorecido por el actuar doloso de otro, solamente se le sujeta a la restitución y cuando los presupuestos de la acción se han concretado, no antes y tampoco por una suma mayor”*¹¹⁶.

Antes de entrar a describir el caso Inverlink, realizaremos un pequeño excursus acerca de la asimilación de la culpa grave al dolo, a efectos de ampliar la acción de provecho de dolo ajeno a la hipótesis de quien recibe provecho de la culpa grave ajena. Esto último con la finalidad de aplicar la hipótesis más fácilmente a nuestro caso.

¹¹⁶ Corporación Nacional de Fomento de la Producción con I. Municipalidad de La Pintana (2013): Corte Suprema 30 de enero de 2013, Rol N° 6302-2010 (restitución de lo obtenido por provecho del dolo ajeno).

10.3) Asimilación de la culpa grave al dolo

El artículo 44 del Código Civil señala, en su inciso segundo que: “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”.

Este artículo equipara los efectos de la culpa grave al dolo, en términos amplios, tan extensos que incluirían todas las facetas donde el dolo agrava la responsabilidad. Por ejemplo, el monto de los perjuicios indemnizables, pues quien actuó con dolo (y también culpa grave), debe indemnizar no solo los daños directos previstos sino además los imprevistos, o la posibilidad de renunciarlo anticipadamente.

Pero no incluiría los efectos probatorios, según concluye en forma más o menos unánime la doctrina nacional¹¹⁷; es decir, el dolo, en su intención, debe probarse, debe rendirse probanza en orden a acreditar “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, mientras que la culpa grave se presumiría, en atención a lo dispuesto en el art. 1547 inc. 3° de nuestro Código Civil.

Dentro de los efectos en que se asimilarían, estaría, sin dudas, el artículo 2316 inc. 2° que venimos mencionando. Así, quien ejecutó un acto con negligencia grave, con una patente desconsideración del otro, posibilitaría accionar frente al tercero que recibió algún provecho de aquel acto. Barros así lo expresa: *“Cabe preguntarse si esta pretensión restitutoria es también reconocida respecto de quien se ha beneficiado de la culpa grave ajena. Puede argumentarse que la norma del artículo 2316 II se refiere de manera exclusiva al dolo, de modo que ese efecto expansivo debe restringirse propiamente a la culpa intencional. Sin embargo, la igualación de los efectos de la culpa grave y el dolo da también un fundamento de texto para sostener la posición diferente (artículo 44 II). En este libro se ha optado por una amplia identificación de los efectos de la culpa grave al dolo (supra N° 99). Ella tiene*

¹¹⁷ Con todo, en este artículo nos quedamos con la opinión de Banfi, quien siguiendo a Abeliuk señala que si se quiere aprovechar de los efectos de la asimilación, en ese caso la culpa grave se asimilaría al dolo en forma parcial, debiendo probarse la culpa grave. *“Finalmente, en una opinión que me parece más razonable pues permite sortear los inconvenientes de sostener una asimilación absoluta frente a la presunción general de culpa, Abeliuk es partidario de equiparar el dolo y la culpa grave para los efectos probatorios y exigir al acreedor la demostración de la incuria en caso que este quiera hacer valer alguna de las consecuencias particulares del dolo, en especial la indemnización de los perjuicios imprevistos. Caso contrario, el incumplimiento se presumirá culpable, incluso con culpa grave, tratándose de un contrato en que el deudor deba observar un nivel mínimo de diligencia”.* BANFI DEL RIO, Cristián. La asimilación de la culpa grave..., p. 320.

particular justificación en el caso de la acción restitutoria, porque cuando el ilícito cede en beneficio de terceros, en razón del extremo descuido de una persona en sus deberes de cuidado o lealtad con otra, existe la misma razón para actuar contra el beneficiario que si se hubiera actuado con intención; así ocurre, por ejemplo, con quien con completa desaprensión de los deberes de lealtad para con la sociedad, aprovecha en favor de una empresa relacionada una oportunidad de negocios que por su origen pertenecía a la sociedad de la que es gerente o director. De hecho, la completa desconsideración de los intereses de terceros sólo se diferencia usualmente de la culpa intencional en que su prueba recurre a elementos objetivos y no es necesario escudriñar en la intención”¹¹⁸.

Pero más allá de que se asimilen en forma amplia, nosotros entendemos la culpa grave como la entiende el profesor Banfi, quien señala que la culpa grave es la faz objetiva del dolo, que externamente son indistinguibles, por lo que probando el hecho externo, es dable presumir la intención dolosa del agente. El dolo siempre es de difícil prueba, por lo que es mucho más fácil probar su faz objetiva, el comportamiento de aquel que actuó con absoluta desconsideración del interés del otro.

Así, expresa el citado profesor: *“En efecto el dolo solo puede acreditarse indirectamente, mediante presunciones, y la culpa lata es su presunción por excelencia. Por eso no hay una diferencia ontológica entre el dolo y la culpa grave; aunque es evidente que la tontera no es lo mismo que la malicia, lo que ocurre es que esa diferencia tan clara en el plano conceptual se hace difusa en la realidad: la culpa lata termina siendo la manifestación externa del dolo”¹¹⁹.*

De esta asimilación externa, es que concluye Banfi que finalmente solo se distinguen dos tipos de responsabilidad por culpa. Aquella que incluye al binomio culpa leve/levísima por

¹¹⁸ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 164.

¹¹⁹ BANFI DEL RÍO, Cristián. La asimilación de la culpa grave..., p. 291. El profesor Baraona también tiene una opinión similar, en cuanto señala *“El fundamento de fondo para asimilar la culpa grave con el dolo, aparte de la dificultad de prueba, está en que no parece compatible con una actitud de buena fe desplegar una conducta en términos que pueda ser calificada como culpa grave, más aún si el artículo 1546 CC obliga a las partes de un contrato a ejecutarlo de buena fe, dándole un contenido más objetivo y menos psicológico a tal proposición, al afirmar que ello supone no solo cumplir con lo que en el contrato ‘se expresa’, sino además con las ‘cosas’ que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre le pertenecen. La infracción es tan grosera que no puede afirmarse que tal deudor está al mismo tiempo de buena fe y en culpa grave, pues la buena fe supone respetar un mínimo que es el no actuar con culpa grave o dolo. La mala fe se prueba con tal comportamiento”*. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Responsabilidad Contractual y Factores de Imputación de Daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista Chilena de Derecho*, 1997, Vol. 24, N° 1, p. 174.

una parte, y por la otra aquella que incluye al dolo/culpa grave, que externamente serían lo mismo. En una cita lúcida, señala: *“La verdad es que la única división que debe realizarse es entre el dolo -en el cual está comprendida la culpa lata -y la culpa ordinaria, cualquiera sea el sujeto en cuyo beneficio se haya celebrado el contrato, puesto que reconocido el dolo (o su manifestación externa, la culpa grave) son aplicables los efectos agravatorios ex post y ex ante contemplados en nuestro ordenamiento jurídico”*¹²⁰.

10.4) Caso Inverlink: apogeo de la acción de provecho del dolo ajeno

Dicho lo anterior, corresponde hacerse cargo del caso que en verdad viene a ser la expresión máxima de la acción de provecho del dolo ajeno. La siguiente descripción del caso prescinde de los datos meramente técnicos, para centrarse en mostrar el meollo del problema.

El caso Inverlink es el mayor escándalo financiero de principios de siglo, y consistió en un grupo de empresas agrupadas bajo el holding del mismo nombre, que se centraba en efectuar operaciones financieras de inversión de grandes contribuyentes, en donde estos depositaban su dinero, con el fin de esperar retornos bastante altos para el sector financiero de la época. Esos altos retornos eran posibles dada la información privilegiada de que gozaba la planta directiva de Inverlink, quienes obtenían información sensible de parte de la secretaria del presidente del Banco Central, quien filtraba la información. Descubierta el entuerto, los inversionistas solicitaron, en una estampida bancaria, la restitución inmediata de sus acreencias, lo cual naturalmente llevó a la insolvencia de Inverlink. Para el pago de la acreencia a los inversionistas, Inverlink cometió un segundo ilícito, consistente en sustraer bonos de la Corfo, principalmente integrados por depósitos a plazos, con la complicidad de uno de los funcionarios del Corfo. Con la sustracción ya consumada, se procedió a la liquidación de los bonos en la plaza bancaria, para con esos dineros obtenidos restituir lo invertido a los acreedores.

Es precisamente este último hecho, el que fue utilizado por la Corfo para encuadrar los hechos en la acción de provecho de dolo ajeno de los artículos que venimos comentando, señalando que, producto de un acto doloso, como lo es la sustracción de los bonos por parte de Inverlink, los acreedores obtuvieron el pago de sus acreencias, mediante la liquidación de los mismos en el mercado secundario. Sin la sustracción de los bonos, hubiese sido imposible para

¹²⁰ BANFI DEL RÍO, Cristián. La asimilación de la culpa grave..., p. 304.

Inverlink pagar, y para los acreedores obtener el rescate de lo invertido. Y es precisamente ese provecho, ese pago con un dinero proveniente de un origen ilícito, el que permite accionar en contra de quienes se vieron beneficiados, para que restituyan o indemnicen hasta el monto del provecho. Decimos restituyan o indemnicen porque no está clara la naturaleza jurídica de la acción, ni tampoco el fundamento de accionar frente a terceros ajenos, esto es, terceros que no participaron del ilícito y que estaban de buena fe, amén de tener un título que justifica el dominio sobre dichos dineros.

En el siguiente apartado pasaremos a analizar la naturaleza jurídica de la acción. Se concluye que se trata de una acción restitutoria por enriquecimiento ilícito, proveniente de una actuación dolosa.

10.5) Acción indemnizatoria

Para un grupo de juristas¹²¹, la acción comparte la naturaleza indemnizatoria. Así, para Domínguez Águila estaríamos frente a una acción indemnizatoria fundada en el enriquecimiento injusto proveniente de un acto doloso. No podría ser una acción meramente restitutoria, porque en aquella se prescinde los elementos de imputabilidad; solo basta el empobrecimiento y enriquecimiento correlativos. Acá, por el contrario, la acción solo prospera si se acredita el actuar doloso del agente.

Por otra parte, la acción *in rem verso* se ha entendido como subsidiaria, y la acción que conceden los artículos en estudio permiten accionar directamente, no requiere la carencia de otras acciones como requisito. Encuentra su fuente en la ley, directamente. Así Chadwick ha señalado: “*Hay una diferencia esencial: la acción de la víctima del dolo persigue el cumplimiento de una obligación legal directa, que el legislador consagró expresamente y que, por tanto, no es subsidiaria*”¹²².

Además, en cuanto a la impugnación de que solo permite demandar el monto del provecho obtenido, es que señala Domínguez: “*El actor no pretende una restitución de algo que hubiera sido suyo, sino lo que persigue es una indemnización de perjuicios, aunque en su quantum, limitada al monto del provecho que el tercero obtuvo del dolo ajeno. La cosa pedida*

¹²¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno. *Revista de Derecho de Concepción*, diciembre 2009, Nos. 225-226, Año 77, pp. 217-230.

¹²² CHADWICK VALDÉS, Tomás. *De la naturaleza jurídica del dolo*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1938, p. 70.

*no es el provecho ajeno, sino la reparación de los perjuicios sufridos por el dolo, con un límite en el monto del beneficio del tercero demandado*¹²³.

Se argumenta también no podría ser una acción restitutoria, porque el empobrecimiento y enriquecimiento deben ser correlativos, lo que no ocurre en el caso Inverlink, pues no es que con la sustracción de los bonos se hubiere beneficiado automáticamente a un tercero, sino que primero los bonos fueron vendidos, para luego con el producido restituir el dinero a los acreedores. El vínculo de causalidad no es inmediato, por lo que se estima que más bien respondería a la naturaleza indemnizatoria, por el daño que causó el dolo.

Pero creemos que el argumento por el cual la tesis no es fuerte es por cuanto justifica que un tercero distinto al autor del daño deba ser quien indemnice éste. Expresa el mismo Domínguez: *“Y ha perturbado además a quienes pretenden la calificación de mera acción restitutoria, el que la reparación del daño se hace recaer en un tercero no autor. Pero se olvida la idea que la reparación no necesariamente implica que ella sólo existe o pueda existir si la carga se hace recaer en el autor del daño. Son numerosos los supuestos de responsabilidad en que en el derecho se hace pesar la reparación en un tercero con independencia al causante del perjuicio y bastará recordar que todos los sistemas de reparación con cargo a un fondo común indemnizatorio [...]”*¹²⁴. Respondería un tercero asemejándose a un seguro social, lo cual nos parece cuestionable, porque acá es un sujeto determinado, el tercero que se aprovechó del dolo ajeno, quien tendrá que indemnizar. Es una razón demasiado débil para simplemente darla por supuesta.

10.6) Acción restitutoria

La mayoría de la doctrina está conteste en que la acción tiene una naturaleza restitutoria¹²⁵. Así también lo ha entendido la Corte, como ya expresaremos más abajo. Nos interesa estudiar el que creemos el mejor argumento, básicamente por una cuestión de extensión. Así, en lo

¹²³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Sobre el artículo 2316 inciso segundo..., pp. 222-223.

¹²⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, ibíd., p. 222.

¹²⁵ Ver DÍAZ GARCÍA-HUIDOBRO, María Florencia. *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil*. También BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Así también los demandantes, es decir, los abogados de la Corfo, representados especialmente por Andrés Jana, en su demanda, causa rol 1057-2007, conocida por el 14° Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Corporación de Fomento de la producción con Mutualidad y otros”. PIZARRO WILSON, Carlos. La acción de restitución por provecho de dolo ajeno. En: *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: LexisNexis, 2009, pp. 679-688.

siguiente, nos abocaremos al estudio del fundamento que le atribuyen a las normas reseñadas el profesor Alberto Pino y Rodrigo Momberg. Ellos concluyen que no es una mera acción de enriquecimiento sin causa, porque el enriquecimiento de los demandados sí tendría causa, en los contratos de retrocompra que celebraron los acreedores, sino más bien en la teoría del enriquecimiento injusto o ilícito, por el dolo original. El dolo sería el que, en definitiva, inclinaría la balanza a favor de la víctima y como medio de disuasión o prevención de las conductas dolosas (tendríamos que decir, a la luz de lo expuesto, que también se incluyen las conductas gravemente negligentes).

10.7) Disgorgement of profits

Ellos estudian estos artículos basándose en lo que en el derecho anglosajón se denomina *disgorgement of profits*, esto es, supuestos donde hay una ganancia ilícita que debe ser restituida, cuya ilicitud proviene de distintas fuentes, cuyo tratamiento es bastante casuístico, no obstante que es posible extraer ciertas conclusiones más generales en cada uno de los grupos de casos.

Un grupo de casos lo constituyen aquellos donde se daña la mera propiedad concebida en términos amplísimos, como si Juan sustrae el caballo¹²⁶ de Pedro y con él participa en varias carreras que gana, restituyéndolo de inmediato terminadas éstas, sin provocar daños al caballo, devolviéndolo en el mismo estado. La Corte concedió la demanda de Pedro, obligando a Juan a restituir a Pedro parte de las ganancias obtenidas, pese a que el caballo no sufrió daño alguno. El daño, requisito básico para dar lugar a la responsabilidad en el derecho chileno, llegando a decirse que “sin daño no hay responsabilidad civil”¹²⁷, no es tomado como axioma en el derecho anglosajón, que prescinde del daño, indemnizando en casos donde tal daño derechamente no existe, a otros donde el beneficio es mayor o menor que el daño, no existiendo la correlatividad que se exige en nuestro derecho nacional. En nuestro derecho prima, se ha entendido desde antiguo, el principio de la reparación integral.

¹²⁶ Este y los siguientes casos fueron extraídos del robusto trabajo de Alberto Pino. Véase PINO EMHART, Alberto. La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho del dolo ajeno. *Ius et Praxis*, 2016, N° 1, pp. 228-229.

¹²⁷ “A diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal e infraccional, donde se contemplan ilícitos de mero peligro y se sancionan conductas tentadas y frustradas, sin daño no hay responsabilidad civil. Por eso, el daño es condición esencial de la responsabilidad patrimonial”. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 15.

Un segundo grupo de casos lo constituye la intromisión en la propiedad ajena, que se agrupan bajo el ilícito de “*trespass to land*”¹²⁸, cuyo caso más célebre consiste en aquel donde una caverna que pertenece a la propiedad de A, es explotada por este como atracción turística, pero un tercio de la cueva se encuentra situada en la propiedad de B, sin que este último tenga acceso autónomo, por lo que no puede explotar el destino turístico de la cueva en forma independiente. Los herederos de B demandaron a A para que les restituya un tercio de las ganancias, a lo cual la Corte accedió, pese a que la explotación comercial de A no generaba perjuicio alguno a B. Simplemente se argumentó que A estaba obteniendo una ganancia que no le pertenecía por completo, sino que era atribuible a B, en el tercio de la cueva que era de la propiedad de este último. Por tanto, A debía indemnizar a B con un tercio de las ganancias. Nuevamente no hay correlatividad entre daños e indemnización, sino es la ganancia y la posibilidad previa de negociar, pero establecida *ex post* por el juez, las que explican la compensación. No hay nada que reparar, pero parece injusto que una propiedad se beneficie a costa de otra, aunque esta última no sufra perjuicio alguno.

Un tercer grupo de casos lo constituyen aquellos donde se viola una cláusula contractual, como el deber de guardar secretos por parte de un agente secreto, valga la redundancia, que no solo revela los secretos, sino que lucra con ellos a través de la publicación de un libro. El caso fue resuelto por la *House of Lords* obligando al agente a restituir todo el dinero obtenido por la venta de los libros al Gobierno Británico, y el argumento principal para proteger el interés contractual más allá del daño, obligando a restituir las ganancias obtenidas, es que existe en este caso un “interés especial”¹²⁹ para exigir el cumplimiento del contrato, pues es de la esencia que un servicio secreto no revele los secretos, so pena de dejar de cumplir eficazmente su función.

En estos tres supuestos, y en los otros a los que se refieren los autores, el patrón común es que no habría necesariamente un daño, o habiéndolo, el monto del provecho es mayor que el daño. En el *common law* es más o menos fácil explicar la procedencia de acciones restitutorias de ese beneficio sin daño, por la existencia de los *punitive damages*, que buscan, en términos generales, disuadir ciertas conductas indeseables, como el aprovechamiento de

¹²⁸ Al respecto, véase SIRENA, Pietro. *Towards a European Law of unjustified enrichment* [en línea]. Observatorio de Derecho Civil y Comercial, 2012, pp. 113-133 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://works.bepress.com/pietro_sirena/1/.

¹²⁹ El caso inglés referido es *Attorney-General v. Blake, House of Lords (2001) I AC, 27 de julio de 2000*.

terceros de la propiedad ajena, como ocurre en el caso del uso inocente del caballo, así como la restitución de las ganancias derivadas de los secretos revelados en un libro, que viola una cláusula contractual que prohibía la divulgación de los secretos. Al derecho le interesa, en esos casos, no tanto corregir una desigualdad, como lo entendería una aplicación de la justicia correctiva, sino más bien castigar y en lo posible disuadir la afectación de la propiedad, proscribir la vulneración lucrativa de los contratos, proscribir el dolo, etc. Son razones calificadas en todo caso, pues la regla general es que el sistema de responsabilidad civil es un régimen de justicia correctiva.

10.8) ¿Justicia correctiva como único fundamento de la responsabilidad civil?

En nuestro derecho se ha dicho que el único fundamento de la responsabilidad es precisamente la justicia correctiva, con una función meramente compensatoria: *“El tema del disgorgement of profits ha estado normalmente abandonado por la doctrina legal chilena. Esto puede ser explicado porque el principio en el derecho privado chileno, tanto en contractual como en extracontractual, es que la responsabilidad tiene una naturaleza compensatoria, es decir, los daños están dirigidos a compensar la pérdida o perjuicio sufrido por el acreedor o la víctima (Alessandri 1943, Barros 2006, Abeliuk 2008). En otras palabras, los daños son la medida y límite de la compensación. La indemnización de los daños no puede poner a la parte afectada en una mejor posición que lo que estaba antes del incumplimiento de contrato o del ilícito extracontractual”*¹³⁰.

Pero hay casos donde se aplican parámetros para determinar el monto de la indemnización que escapan al criterio puramente compensatorio. Así, tenemos la indemnización del daño moral en sede jurisprudencial, que ha sido explicado en términos de justicia retributiva o punitiva¹³¹, pues considera el reproche de la acción, la potencia

¹³⁰ La traducción es de los autores. Original: *“The subject of disgorgement of profits has usually been neglected by Chilean legal doctrine. This can be explained because the general principle in Chilean private law, both in contract and in tort is that liability has a compensatory nature, i.e. damages are aimed at compensating the loss or injury suffered by the creditor or the victim (Alessandri 1943, Barros 2006, Abeliuk 2008). In other words, damages are the measure and limit of compensation. The award of damages cannot put the affected party in a better position than he was before the breach of contract or the tort”*. MOMBERG, Rodrigo. *Disgorgement of Profits in Chilean Private Law*. Disgorgement of Profits – Gain Based Remedies throughout the World, E. Hondius and A. Janssen (eds.), Cham: Springer, 2015, p. 460.

¹³¹ *“Alessandri sostenía el principio de que el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho, pero no hacía referencia separada a la evaluación del daño moral; respecto de este último decía, que “los tribunales, más por razones de equidad que jurídicas, lejos de prescindir de la culpabilidad del agente, la toman muy en cuenta, y, según sea más o menos grave, aumentan o reducen la indemnización”, con el efecto de considerar en ciertos casos la reparación como pena privada”*. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 312.

económica del demandado, la posición de la víctima, criterios que escapan al puro daño como fuente y límite de la indemnización.

También escapa al criterio de justicia correctiva la cláusula penal, cuando aquella tiene un monto tan alto que es imposible considerarlo en su sola naturaleza de indemnización anticipada y convencional de perjuicios, sino que se explica en su carácter de pena, con claro fundamento disuasivo¹³².

En materia de propiedad intelectual también encontramos un ejemplo de la falta de correlatividad del daño y la indemnización. Así, el artículo 108 letra b) de la Ley N° 19.039 de 1991, señala “Artículo 108: La indemnización de perjuicios podrá determinarse, a elección del demandante, de conformidad con las reglas generales o de acuerdo con una de las siguientes reglas:

- a) Las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción [el daño de la víctima];
- b) Las utilidades que haya obtenido el infractor [énfasis nuestro] como consecuencia de la infracción, o [...]”.

Por último, está el artículo 1558 del Código Civil, donde también se castiga al que con dolo cometió el ilícito contractual, ampliando el monto de lo indemnizable, haciéndolo responsable de los perjuicios directos tanto previstos como imprevistos. El fundamento es claro que no está en un criterio de justicia correctiva, pues el daño tanto en el ilícito cometido con culpa como con dolo, provoca los mismos daños, sino en otro, que también Alberto Pino traslada a los artículos aquí examinados. Así “*el principio que podemos extraer del artículo 1558 del Código Civil, según el cual un incumplimiento contractual meramente negligente no puede tener las mismas consecuencias que un incumplimiento doloso o gravemente negligente [énfasis nuestro]. Solo cuando estamos en presencia de un incumplimiento doloso debiera ser procedente la restitución de ganancias obtenidas como consecuencia de un incumplimiento contractual*”¹³³.

¹³² “O sea, la pena puede constituir un elemento para disuadir al deudor de infringir la obligación, representándose el costo que ello le representaría. En otras palabras, es posible que previendo el pago de la pena el deudor se sienta impulsado a cumplir”. VIAL DEL RÍO, Víctor. *Manual del derecho de las obligaciones...*, p. 280.

¹³³ PINO EMHART, Alberto. *La restitución de ganancias ilícitas...*, p. 258.

10.9) “El dolo todo lo tiñe”

El principio que subyace, entonces, tanto en el artículo 1558 del Código, como en los artículos 1458 y 2316 inc. 2º, es que el incumplimiento doloso no puede tener las mismas consecuencias del incumplimiento meramente negligente, porque es un objetivo compartido del ordenamiento jurídico el proscribir o disuadir el dolo, lo que se explica en un criterio más bien de justicia retributiva y preventiva, que correctiva: *“No resulta del todo descartable la posibilidad de justificar la acción sobre la base de la justicia correctiva, en razón de que la norma permite a la víctima del ilícito que se le restituyan las ganancias que un tercero obtuvo a expensas de ella. Sin embargo, si el fundamento es la justicia correctiva, ¿por qué la hipótesis se limita al dolo? ¿No debiera establecerse una acción para cualquier caso en el cual un tercero se beneficia de un acto negligente? Solo mediante el uso de razones preventivas o retributivas es posible restringir la hipótesis al dolo. No obstante, me parece que en este caso las consideraciones disuasivas son preponderantes”*¹³⁴. Se podría, llegar a decir los autores, a prescindir del daño¹³⁵, bastando la mera ganancia proveniente de una actuación dolosa. Pino lo señala claramente *“[e]n definitiva, para que sea procedente la acción restitutoria del artículo 2316, no se requiere la existencia de un perjuicio para el demandante; es el provecho o ganancias obtenidas como consecuencia de la comisión del dolo lo que determina la procedencia de la acción”*¹³⁶.

¹³⁴ PINO EMHART, Alberto, *ibíd.*, p. 238.

¹³⁵ Una interpretación diferente, que sitúa la acción en el ámbito restitutorio, es la de DÍAZ, para quien es el empobrecimiento (el daño) de la víctima del hecho doloso lo que posibilita accionar: *“Es en esta categoría donde corresponde situar los casos previstos en los artículos 1458 y 2316: el beneficio se ha obtenido “a expensas” del empobrecido, porque ha sido un acto doloso el que provocó su pérdida patrimonial. Estando el dolo entre la pérdida patrimonial experimentada por uno y el beneficio obtenido por otro, tal enriquecimiento deviene injusto, porque se ha producido “a expensas” del empobrecido, aunque no haya sido la actividad del enriquecido la que originó la pérdida patrimonial. Es decir, el foco no está puesto en la actitud del que recibió el provecho, ni en el hecho de tener o no título para recibir el beneficio, sino en el hecho de que ha sido el dolo el que está en el origen del desplazamiento patrimonial que le ha reportado un beneficio. Es decir, hay dos requisitos para poder calificar el enriquecimiento como producido “a expensas” de otro en estos dos casos: (1) que, de no mediar el dolo, tal beneficio en ese caso concreto no se habría producido, y (2) que ha originado un empobrecimiento a la víctima del hecho doloso”*. DÍAZ GARCÍA-HUIDOBRO, María Florencia. *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno...*, p. 77.

¹³⁶ PINO EMHART, Alberto. *La restitución de ganancias ilícitas...*, p. 256. MOMBERG, también lo señala así: *“Por lo tanto, el objetivo no es compensar la pérdida (si la hay) de la víctima, sino que el receptor renuncia a las ganancias que son la consecuencia de una conducta ilícita e intencional, incluso cuando el fraude fue cometido por un tercero. Así, la restitución de ganancias de los artículos 2316 y 1458 está directamente vinculadas con la intención ilícita en sí misma y, por tanto, no hay necesidad de pérdida por la parte afectada. Además, el enriquecido es una tercera parte en la relación con el ilícito, y así su negligencia o comportamiento intencional no tiene relevancia”*. La traducción es de los autores. Original: *“Therefore, the aim is not to compensate the loss (if any) of the victim but that the recipient gives up the profits that are the consequence of an illicit and intentional conduct, even when the fraud was committed by a third party. Thus, the disgorgement of profits of Articles 2316 and 2458 is directly linked with the intentional wrong itself and therefore, there is no necessity of loss for the affected party. Moreover, the enriched is a third party in relation with the wrong, and thus his negligence or intentional behaviour has no relevance”*. MOMBERG URIBE, Rodrigo. *Disgorgement of Profits...*, p. 465.

Así también lo entendería la Corte Suprema, que señala a propósito del caso Inverlink: “*aun cuando se está en presencia de una acción derivada de la responsabilidad extracontractual, ella no tiene la naturaleza de una acción propiamente tal, ya que la obligación de restituir no está determinada por el monto de los perjuicios sufridos*”¹³⁷. En el mismo considerando, la Corte Suprema declara que la acción referida: “*constituye una excepción en materia de responsabilidad extracontractual, que nace en virtud de la ley [énfasis nuestro], *que es su fuente jurídica, sin perjuicio de que el fundamento último de ella reside en el enriquecimiento injusto [énfasis nuestro], el cual no es admitido por el legislador*”.*

O sea, finalmente sería el enriquecimiento injusto, como principio general de nuestro derecho, teniendo en el artículo 2316 inc. 2º una aplicación específica del mismo, el que explicaría el fundamento de la acción. Enriquecimiento injusto por el dolo del agente. Castigando más fuerte a quien actúa dolosamente, se aseguraría el cumplimiento de los contratos o el respeto a los terceros en nuestras relaciones espontáneas. Además, la opción político-legislativa propendería al favorecimiento de la víctima, al procurarle un patrimonio adicional para ver reparada su pretensión.

No obstante la nobleza de este objetivo -disuadir los comportamientos dolosos-, Alberto Pino nos previene de un problema, que también comparte Barros, cual es la tensión provocada por este artículo y el análisis económico del derecho: “*El fundamento normativo que justifica establecer esta acción reside en la prevención o disuasión, es decir, en prevenir que las partes incumplan los contratos en general. No obstante, lo anterior, para el análisis económico del derecho, ello es un error. Para quienes plantean la doctrina del ‘quiebre eficiente del contrato’, el sistema jurídico debe establecer mecanismos que precisamente faciliten a las partes incumplir los contratos, siempre que ello sea eficiente. Se trata, en consecuencia, de un asunto respecto al cual el sistema jurídico debe elegir entre adoptar normas que faciliten los incumplimientos eficientes de los contratos, basado en el fundamento normativo del análisis económico del derecho, o establecer mecanismos como la restitución*

¹³⁷ Corte Suprema, Rol N° 4871-2012, 30 de septiembre de 2012, considerando 22.

*de ganancias obtenidas como consecuencia de incumplimientos contractuales, para efectos de prevenir que las partes incumplan los contratos*¹³⁸.

Nosotros no ahondaremos en la disputa con el análisis económico del derecho, sino discutiremos precisamente la función que le atribuye Momberg y Pino: castigar el dolo, prevenir su comisión, agravando la responsabilidad para el agente doloso.

10.10) Crítica al fundamento disuasivo de la acción de provecho del dolo ajeno

Antes de entregar nuestra opinión, como ya decíamos, otro artículo que escapa a una función correctiva sería el artículo 1558 del Código, pues amplía el rango de lo indemnizable para quien, con dolo o culpa grave, comete un ilícito contractual, haciéndolo responsable no solo de los perjuicios directos previsibles, sino también los imprevisibles. Esta extensión obedece sin dudas no a un fundamento de corregir una desigualdad, pues el daño tanto proveniente de una actuación meramente negligente como de una dolosa será el mismo, sino a un fundamento de hasta dónde llega la extensión de lo indemnizable, dónde se corta el vínculo de causalidad en su sentido normativo¹³⁹. Y se explica que el artículo 1558 amplíe el rango de lo indemnizable por el reproche a la conducta del deudor, en cuanto a su intencionalidad, real o presunta. Se disuade o previene el dolo por la vía de un mayor *quantum* indemnizatorio. El fundamento no es de justicia correctiva, sino retributivo y también cumple una función social de disuasión de conductas. Es, en definitiva, una forma de promover la buena fe.

El artículo 2316 del Código también cumple esa función de sancionar más severamente las conductas que riñen con la buena fe, ya sea porque aquellas son directamente dolosas, ya sea porque quien actuó lo hizo con una total desaprensión de los intereses ajenos. Es una sanción para disuadir los actos fraudulentos.

Lo cuestionable, creemos, es que sea un tercero inocente¹⁴⁰, que no sabe del dolo del autor, quien deba cargar en su patrimonio con la restitución. Pero se entiende toda vez que el

¹³⁸ PINO EMHART, Alberto. La restitución de ganancias ilícitas..., pp. 265-266.

¹³⁹ Véase para un análisis reciente de esta materia, BANFI DEL RÍO, Cristián. Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata. *Ius et Praxis*. 2016, Vol. 22, N°1, pp. 527-544.

¹⁴⁰ En una columna publicada en El Mercurio Legal, PINO y MOMBERG se hacen cargo de este problema, que también visualizan las demandadas, así: “*La cuestión es discutible. Es razonable pensar que si existe un título que justifique el provecho del tercero, ese título constituya la causa justificante del provecho y no el dolo cometido por su contraparte en perjuicio de un tercero. Ello es aún más plausible si se trata de un contrato bilateral, en que el provecho beneficio es consecuencia, a su vez, de la ejecución de una contraprestación. Sin embargo, hay también una cuestión de principios que*

dolo fue el que posibilitó, como en el caso de los acreedores de Inverlink, el pago de sus acreencias.

Si en el caso del artículo 1558 se amplía el rango de lo indemnizable derechamente al sujeto que obró dolosamente, los artículos 1458 y 2316 amplían el rango de los responsables a todos aquellos que se vieron beneficiados por el dolo inicial, o sea, a un tercero. Se insiste en que el dolo todo lo tiñe y no merece amparo jurídico.

Con todo, como fue planteado en uno de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹⁴¹, la aplicación práctica del artículo 2316 inc. 2° podría vulnerar el derecho de propiedad de quien detenta con justo título un beneficio (los referidos contratos de retroventa).

La principal crítica a la interpretación de la Corte, que acogió casi todas las demandas de restitución, es que abriría las puertas a una acción insospechada: cada vez que alguien actúe dolosa o con una culpa grave (para Banfi la faz objetiva del dolo), se podría perseguir la restitución del provecho a terceros que nada tienen que ver con la actuación del agente, siempre y cuando se pruebe el dolo, el provecho de un tercero, su no concurrencia al ilícito y el nexo causal.

10.11) Aplicación de la acción al caso Inverlink y a supuestos similares: *inseguridad jurídica en el tráfico*

En el caso Inverlink los requisitos para dar por acogida la acción, por parte de la Corte Suprema¹⁴² fueron:

debe considerarse. Si se trata de sancionar el dolo e incluso prevenir la comisión de ilícitos, fallos como los del caso Inverlink pueden tener sentido, aun cuando sea discutible que un tercero ajeno e inocente se vea perjudicado por las acciones de otro. Adicionalmente, si se considera que se trata de una acción indemnizatoria que permite perseguir al tercero inocente para favorecer a la víctima, la existencia de un título justificante no debiera ser obstáculo para que la acción sea procedente". PINO EMHART, Alberto y MOMBERG URIBE, Rodrigo. ¿Otra vez la acción de restitución por provecho del dolo ajeno? La acción del art. 2316 inc. 2 y el caso Jadue. *El Mercurio Legal* [en línea], Santiago, 3 de febrero de 2017 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Sección Opinión. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/02/03/Otra-vez-la-accion-de-restitucion-por-provecho-del-dolo-ajeno-La-accion-del-art-2316-inc-2-y-el-caso-Jadue.aspx>.

¹⁴¹ El requerimiento de inaplicabilidad referido corresponde al rol N° 2985-16-INA, seguido ante el Tribunal Constitucional de Chile, incoado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. en contra de Corfo. El proceso aún está pendiente de pronunciamiento.

¹⁴² "El legislador ha establecido dentro de la regulación de la responsabilidad extracontractual esta regla de excepción contemplada en el artículo 2316 inciso 2° del Código Civil, conforme a la cual resulta obligada a restituir una persona que no ha tenido participación ni conocimiento del hecho ilícito, por la sola circunstancia de haber obtenido un beneficio del dolo cometido por otra persona. Lo expuesto en el párrafo precedente unido al texto del artículo 2330 del Código Civil permite descartar la aplicación del mismo a la hipótesis del referido artículo 2316 inciso 2° del mismo Código.

- i. Dolo de los ejecutivos de Inverlink, con complicidad de los funcionarios de la CORFO, en la sustracción de bonos de esta última.
- ii. Provecho de los terceros, que obtuvieron el rescate por dineros provenientes de la venta de esos bonos.
- iii. No se habría podido rescatar dinero alguno de no ser por la sustracción y posterior venta de los bonos (vínculo de causalidad).
- iv. No haber participado el tercero en el ilícito del agente doloso.

En el denominado “escándalo de Sergio Jadue”¹⁴³, actualmente en tramitación, la figura también es replicable, así como en el escándalo de Carabineros”¹⁴⁴, derivados de desviación de fondos de su caja contralora interna:

- i. Jadue, presidente a la sazón de la ANFP, se apropió indebidamente de dineros de ésta.
- ii. Jadue pagó a un arquitecto con el dinero apropiado la remodelación de su casa en un conspicuo barrio de Santiago.
- iii. El arquitecto no hubiera podido recibir el pago de su trabajo si no es por la apropiación indebida de Jadue.
- iv. El arquitecto no sabía del ilícito doloso de Jadue.

Efectivamente, la primera norma mencionada dispone que la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. Pues bien, como se ha señalado, la presente acción no tiene por objeto indemnizar los perjuicios causados a la víctima, puesto que el tercero que recibe el provecho no ha causado el daño; por lo tanto, no es él quien debe indemnizarlo, sino que únicamente debe reintegrar el valor o beneficio percibido producto del dolo, ello en razón de que repugna al legislador que éste obtenga una utilidad a costa del daño producido por el actuar ilícito de otra persona[énfasis nuestro]”. Corte Suprema, causa rol N° 10437-2011, caratulada “San Antonio Terminal con Corfo”.

¹⁴³ Véase SAGREDO BAEZA, Francisco y TAPIA LAVÍN, Fernando. *Juego Sucio: La Corrupción en el fútbol, la caída de Sergio Jadue y los escándalos en la ANFP, la CONMEBOL y la FIFA*. Santiago: Editorial Aguilar, 2016.

¹⁴⁴ El denominado “Pacogate” consiste en una maquinación fraudulenta urdida por los altos mandos de Carabineros, mediante el cual el director de finanzas de Carabineros desviada fondos destinados a pago de remuneración especiales y desahucios, dineros que eran depositado en cuentas corrientes de funcionarios que participaban en la asociación, como sujetos pasivos, cobrando una comisión por operar de “palo blanco”, y así evitar sospechas de parte de la Contraloría General de la República y la Unidad de Análisis Financiero (que informa la existencia de operaciones sospechosas a nivel bancario). Mediante la forma de proceder, se desviaron miles de millones de pesos, que tuvieron como destino las cuentas corrientes de todos aquellos a quienes se imputa participación, que hoy en día se cifran en más de 100 carabineros. En todos los casos, quienes recibieron provecho de dolo ajeno, por habérselos pagados bienes o servicios, por ejemplo, la compra de autos de lujos o casas en exclusivos barrios, podrían, como argumentaremos, ser objeto de la acción de provecho de dolo ajeno, por parte del Fisco. Ver PIZARRO, Gabriela, SEPÚLVEDA, Nicolás y ALBERT, Catalina. Así operaba la asociación criminal de oficiales de Carabineros. *Centro de Investigación Periodística* [en línea], Santiago, 24 de marzo de 2017 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Sección Actualidad y Entrevistas. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2017/03/24/asi-operaba-la-asociacion-criminal-de-oficiales-de-carabineros/>; y para una explicación más didáctica, Informe Especial: ¿Hasta dónde llega el fraude? [en línea] Presentador: Santiago Pavlovic. TVN, 16 de abril de 2017 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.24horas.cl/programas/informeespecial/informe-especial-hasta-donde-llega-el-fraude-2356705>.

En nuestro supuesto de estudio:

- i. El prometiende vendedor enajena la cosa, sabiendo o debiendo saber (porque él celebró la promesa) que la enajenación implicaría el posterior incumplimiento contractual de la compraventa definitiva.
- ii. El tercero adquiere el dominio de cosa sujeta a la promesa, a través de la tradición.
- iii. Si se hubiere cumplido el contrato de compraventa y hecho la tradición, el tercero no podría haber comprado y adquirido el bien sujeto a promesa.
- iv. El tercero no debe ser cómplice, esto es, conocer la existencia del primer contrato de promesa, pues en ese caso, será personalmente responsable, en atención a lo dicho a propósito de la “Interferencia en contrato ajeno”.

En nuestro caso, por supuesto, no es que tenga que devolver la cosa, sino que será responsable en dinero hasta el monto de lo que valga la cosa. Por último, el tercero tendría que demandar el reembolso de lo pagado por la cosa al vendedor, tal como ocurriría si se descubriera que lo comprado fue producto de un robo, en cuyo caso el comprador de una cosa robada debe restituir, sin perjuicio de quedarle a salvo su acción en contra del ladrón-vendedor. En el caso de Inverlink, los terceros tendrían que restituir los dineros a la CORFO, pero quedándoles el resguardo de la acción personal frente a Inverlink (lo malo es que Inverlink es un deudor insolvente a la fecha).

10.12) ¿Es correcta la aplicación de la acción de provecho de dolo ajeno en los supuestos analizados?

A nuestro juicio, es demasiado amplio el alcance de la acción en la interpretación de la Corte, pues ni siquiera la compraventa ni el carácter oneroso y bilateral de la misma, sumada a la buena fe del tercero (que nunca supo ni tenía el deber de saber que estaba sujeto a la promesa el bien que compró), lo ampara, sino que también lo obliga restituir el valor nominal de lo ganado, pese a su contraprestación. Así la Corte Suprema rechazó tal calificación -que el provecho obtenido era lícito, justificado-, expresando al efecto en el caso llevado contra la Fundación Torres del Paine: “*Décimo: Que, en segundo término, la demandada ha sostenido que ostentaba un título –crédito- para retirar la inversión, de modo que no ha existido un enriquecimiento sin causa. Tal como se anticipara en el considerando sexto, si bien el*

acreedor no se enriqueció pues sólo recibió lo que se le adeudaba, lo cierto es que sin esa actuación dolosa habría quedado impago.

Se trata de una acción restitutoria en que lo restituible es un provecho que se recibió por la existencia de un dolo ajeno. No es necesariamente un enriquecimiento sin causa porque, como acontece en la especie, puede ser que el provecho se obtenga con perfecta causa jurídica”¹⁴⁵.

En definitiva, es difícil encuadrar tal acción dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa (dado que el contrato de compraventa con el tercero serviría de causa), por lo que la acción se entiende en el único ámbito de la prevención o disuasión de conductas dolosas, por sobre otros bienes jurídicos en juego, como la seguridad jurídica o la buena fe del tercero.

Estimamos, en justicia, que la regla del artículo 1558 del Código es correcta, porque amplía el ámbito de lo indemnizable a aquellos hechos imprevisibles, pero siempre recayendo en el mismo sujeto que cometió el ilícito.

En los artículos 1458 y 2316 del Código, por su parte, se obliga a restituir a un tercero inocente, afectando gravemente la seguridad jurídica, porque él no está en posición de controlar la conducta del autor del dolo.

Entonces, la interpretación de la Corte es acorde al texto legal; aunque no explicita sus fundamentos, empero, la reconstrucción ofrecida por la doctrina los revela; pero estos chocan contra un sentido más fuerte de protección a quien de buena fe actúa en el tráfico jurídico, afectando la seguridad jurídica y el derecho de propiedad.

Así se deja entrever en los argumentos vertidos por las demandadas ante el Tribunal Constitucional en sus requerimientos de inaplicabilidad¹⁴⁶, y cuyo resumen ofrecemos para fortalecer nuestra conclusión al respecto.

¹⁴⁵ Sentencia rol N° 11.723-2011, dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, p. 16, considerando 10°.

¹⁴⁶ El requerimiento de inaplicabilidad referido corresponde al rol N° 2985-16-INA, seguido ante el Tribunal Constitucional de Chile, incoado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. en contra de Corfo. En esta misma causa es muy esclarecedor revisar la vista de la causa, disponible electrónicamente en <https://www.youtube.com/watch?v=L8QMdVFoveY&feature=youtu.be>. En sentido similar, Astudillo Capetillo, Milton con Compañía Minera Teck Quebrada Blanca S.A, conocido por el Tribunal Constitucional, causa rol N° 2.437 INA.

10.13) Defensas de los terceros que recibieron el provecho de dolo ajeno

En el caso Inverlink, hay argumentos esgrimidos por los terceros que recibieron provecho que nos llevan a cuestionar lo dispuesto por la Corte Suprema en sus fallos. Ellos argumentan que tienen un título bilateral y oneroso, que justifica su “provecho”. Tal título estaría constituido en la mayoría de los casos por contratos de compraventa con pacto de retroventa. Aquel pacto legitimaría la ganancia o beneficio, si así puede llamarse al retorno de lo invertido, sin siquiera haber obtenido intereses, dado el cobro anticipado de sus acreencias. La interpretación de la Corte desconoció este argumento, señalando que el provecho provino de un origen ilícito, que todo lo contaminaba, por lo que no procedía alegar justa causa en la adquisición. En los considerandos 15° y 16° de una de las sentencias de casación, en especial la referida a la demandada comuna de La Pintana ya citada más arriba, se explicita:

“[...] En efecto, se les acusa de otorgar una interpretación extensiva a la voz ‘provecho’ en circunstancias que la expresión ‘sólo’ empleada en el artículo 2316 la restringe al punto que debe entenderse por tal únicamente la ganancia efectiva o neta, vale decir, aquella que supera el mero costo de la inversión efectuada por la demandada. Sin embargo, la palabra ‘sólo’ es empleada por el legislador para resaltar que el tercero que obtuvo el provecho debe responder exclusivamente por dicho beneficio y no por otros perjuicios que se pudiesen haber causado a la víctima, pues de éstos debe hacerse cargo el causante del daño, el agente del acto doloso, y así precisamente lo estipula el inciso 1° de dicha disposición (en el que se lee que es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos).

DÉCIMO SEXTO: Que, asimismo, no se entiende por qué habría de restringirse la voz provecho a un entendimiento tan estrecho si ningún antecedente ni elemento de juicio sustenta semejante interpretación. En efecto, cuando el legislador alude al provecho obtenido por el tercero se refiere, sin duda, al beneficio económico que el acto doloso le ha significado y si, como en la especie, la circunstancia de haber rescatado el total de su inversión, además de una cierta ganancia, sólo se pudo verificar como consecuencia de ese acto malicioso, pues la Administradora de Fondos Mutuos carecía por completo de recursos para pagarla de otro modo, forzoso es concluir que tal rescate constituye, íntegramente, un provecho o beneficio para el Municipio.

En otras palabras, cómo desconocer el carácter de utilidad que para la demandada tuvo el poder cobrar una suma que, de otra manera, habría sido derecha y simplemente incobrable.

En resumen, no existe antecedente alguno que permita reconocer la validez de la tesis del actor, pues la restricción que pretende no se basa en argumentos objetivos sino que sólo se deriva de su propio interés, de manera que resulta forzoso concluir que a la expresión provecho sólo cabe otorgarle el sentido que naturalmente le corresponde, esto es, como un beneficio y no restringido exclusivamente a una ganancia, como lo quiere el recurrente. Tal conclusión se ve reforzada por el antecedente de hecho que, no obstante tratarse de dinero, especies fungibles, los sentenciadores de la instancia dieron por expresamente establecido que el rescate de la inversión por la demandada fue íntegramente pagado, precisamente, con dineros ‘mal habidos’, obtenidos mediante actuaciones financieras fraudulentas cometidas en perjuicio de la demandante. De lo anterior se deduce la directa vinculación entre el actuar doloso de la Administradora de Fondos Mutuos Inverlink S.A. y el rescate de sus fondos por la demandada.

Es en relación con esto último que la demandada es obligada a restituir únicamente el monto de su provecho y no todo el perjuicio sufrido por la víctima de parte del autor de la acción dolosa, que por lo mismo se ve limitada o restringida, por su buena fe, puesto que de lo contrario se le hace responsable y de manera solidaria (artículo 2317 del Código Civil), caso en el cual se estará ante una acción indemnizatoria y no restitutoria”.

Las defensas argumentan también que todo es un artilugio armado por los abogados de la Corfo, dado que como ellos eran dueños de esos dineros, puesto que el título con el cual detentan los dejó en esa calidad, la acción reivindicatoria no hubiere sido eficaz. Es cierto que acá finalmente no se discute el dominio, pero no dejan de tener razón en cuanto a que las demandadas son plenamente dueñas del dinero que les fue restituido.

10.14) Protección de la propiedad, ¿es correcto el balance de bienes jurídicos en juego en la acción de provecho de dolo ajeno?

Un argumento, y quizás el mejor argumento, es el que compara la acción que venimos comentando con otras hipótesis donde hay un desplazamiento patrimonial a un tercero, en donde podemos afirmar que, en general, un acto efectuado en perjuicio de una persona afecta a un tercero siempre y cuando aquel tercero haya adquirido a título gratuito, pues si tiene título oneroso y está de buena fe, sería improcedente adjudicarle a él responsabilidad.

10.14.1) Acción pauliana o revocatoria: art. 2468 del Código Civil

Así, la comparación con los requisitos para entablar una acción pauliana o revocatoria (artículo 2468 del Código Civil) cuando la cosa ha pasado a manos de un tercero requiere lo que se denomina fraude pauliano del deudor, esto es, que conozca el mal estado de sus negocios, además de realizar una diferencia entre el tercero que adquiere en virtud de un título gratuito u oneroso¹⁴⁷. Así, la acción pauliana procederá siempre en contra del tercero que haya adquirido a título gratuito, como lo sería una donación. Como no efectuó sacrificio pecuniario alguno, la ley lo protege menos fuertemente, y entre el interés de la víctima y el propio, prefiere el de la víctima, permitiéndole revocar el acto. Muy distinto es el caso si el título es de carácter oneroso, esto es, que implique un sacrificio pecuniario para el tercero, pues en tal hipótesis en principio no será revocable el acto, sino que se requerirá la mala fe del tercero, esto es, que comparta el conocimiento real o presunto del mal estado de los negocios del deudor. Si el tercero estaba de buena fe y su título es oneroso, la ley lo ampara, lo protege, impidiendo que un tercero afecte la certidumbre de su derecho adquirido. Aunque el deudor haya efectuado el acto de mala fe, la ley no lleva el extremo de consecuencias hasta el ámbito de perseguir a un tercero que estaba de buena fe y que, aún más, efectuó un sacrificio pecuniario en el acto de adquisición.

Esta defensa del derecho de propiedad, digámoslo claramente, al tercero que adquiere a título oneroso y está de buena fe (como sería el caso Inverlink, y como sería nuestro propio caso si se celebra una posterior compraventa), se comparte en otros institutos de nuestro Código.

¹⁴⁷ VIAL DEL RÍO, Víctor. *Manual del derecho de las obligaciones...*, p. 310.

10.14.2) Pago de lo no debido: art. 2303 del Código Civil

Es así como a propósito del pago de lo no debido, si a quien se paga lo indebido lo enajena, no se podrá perseguir al tercero si éste adquirió de buena fe y con título oneroso. Misma solución dada a propósito de lo dicho en la acción pauliana. El artículo 2303 del Código Civil consagra lo que venimos diciendo: “El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída, por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, si la especie es reivindicable y existe en su poder. Las obligaciones del donatario que restituye son las mismas que las de su autor según el artículo 2301”.

10.14.3) Acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores: arts. 1490 y 1491 del Código Civil

Es la misma solución que se establece para la procedencia de la acción reivindicatoria cuando existe una condición resolutoria, que solo va a afectar a terceros que estaban de mala fe, esto es, conocían o debían conocer la condición con la cual adquirirían (artículos 1490 y 1491 del Código). Acá, no obstante, hay una pequeña diferencia, en cuanto a que se prescinde del título, siempre se requerirá la mala fe del tercero adquirente, lo que revela que basta para el tercero un título gratuito y estar de buena fe, esto es, desconocer la condición de la cual pendía el dominio del que le transfiere el bien.

Pero en todos los casos en estudio, subyace la misma idea, proteger a los terceros, en especial si estos cuentan a su favor con un título oneroso y están de buena fe. En la acción de provecho de dolo ajeno se rompería el equilibrio, basándose, como hemos visto, en el dolo, que todo lo contamina y no puede ser fuente legítima de ganancias.

10.15) Conclusión: una interpretación legal, pero *sui generis*

Para nuestro caso, en la interpretación de la Corte Suprema en el caso Inverlink de la acción de provecho de dolo ajeno, sería posible que el prometiente comprador demande al tercero la restitución del monto del valor del bien que compró, pues se darían los supuestos elementales, pero ello se estrella contra el sentido de justicia y protección de la propiedad como, asimismo, contra la expresa normativa en supuestos similares (acción pauliana, pago de lo no debido, acción reivindicatoria de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil).

Es entendible que el dolo todo lo contamine, pero no es correcto atribuir a la conducta dolosa efectos que alcancen a un tercero que tiene justo título y no participa del ilícito, que está de buena fe. *No se cumpliría con la disuasión del dolo¹⁴⁸ si finalmente no es el agente quien sufriría las consecuencias, sino un tercero inocente.* La interpretación de la Corte, como ya dijimos, es acorde al texto legal vigente, pero su aplicación concreta nos parece de serios cuestionamientos constitucionales, en especial en cuanto a la afectación de la propiedad.

Se abriría, en suma, una senda de inseguridad jurídica que la Corte probablemente no sospechó en el caso en estudio. El llamado social sería que cada vez que contratáramos con una persona, tendríamos que cerciorarnos que aquella no está cometiendo dolo o actuando con una grave negligencia en incumplimiento de sus deberes generales y recíprocos de cuidado, o en sus deberes contractuales, pues nos veríamos expuestos a eventuales acciones restitutorias por parte del universo de víctimas. Así se desprende de la lectura de la primera demanda de la Corfo en contra de los terceros que recibieron provecho, en la causa rol C-1057-2007, conocida por el 14° Juzgado Civil de Santiago: *“Nadie puede verse beneficiado a costa de otro como consecuencia de una acción dolosa. Producto de ello, el que ha recibido un provecho por la acción dolosa de otro perpetrada en perjuicio de un tercero no tiene derecho a retener ese provecho vis a vis la víctima perjudicada con esa acción dolosa; pues el dolo corrompe ese provecho, aun cuando quien lo perciba se encuentre de buena fe. Esa es la razón para que la ley civil confiera al perjudicado el derecho de reclamar compulsivamente el total del provecho percibido por el tercero. En este sentido, US., tampoco podrá soslayar al resolver que CORFO jamás contrató con el Grupo Inverlink, a diferencia del demandado; quien sí acudió libremente a colocar sus dineros en este conglomerado de empresas, atraído por los retornos ofrecidos, y a sabiendas del riesgo implícito en toda operación especulativa [énfasis nuestro]”.*

¹⁴⁸ Conviene, con todo, puntualizar que para DÍAZ no es el fundamento de la acción el dolo, sino solo su requisito de procedencia, deslizando que sería una rareza jurídica del legislador: *“Luego, en ninguno de los dos casos mencionados es el dolo del sujeto pasivo el que da origen a la acción. La existencia de dolo es un supuesto para la procedencia de la acción, por cierto (de hecho, no procede ésta en caso de culpa, sino sólo de dolo), pero no es el fundamento inmediato de ella. Como hemos visto al revisar los efectos del dolo y de la mala fe en el Código Civil, éstos siempre recaen en quienes han actuado dolosamente o de mala fe, de manera que no puede considerarse que estas dos disposiciones sean un caso más de consecuencia del dolo. Habría que señalar este caso como una ‘rareza’ del legislador, en que, por alguna razón desconocida, optó por considerar que el efecto del dolo –en estos dos únicos supuestos- debía recaer también sobre un tercero que no ha actuado con dolo, ni mala fe”.* DÍAZ GARCÍA-HUIDOBRO, María Florencia. *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno...*, p. 70.

11. Conclusiones

Como hemos podido visualizar a lo largo de este trabajo, la solución más inmediata al problema de la enajenación de la cosa objeto del contrato de promesa, es la que ofrece Alessandri. A pesar del año en que fue escrito su estudio, han pasado generaciones utilizando la misma solución y hablando en los mismos términos. Estimamos que la solución de Alessandri ha encontrado tanta acogida por la coherencia interna de sus planteamientos con las instituciones civilísticas tradicionales.

Pero creemos, como lo hemos dejado claro en este ensayo, que la solución de Alessandri no protege al acreedor, prometiente comprador, en términos de otorgarle efectivos remedios, ya sean de naturaleza contractual o extracontractual. Y el entendimiento moderno de los remedios contractuales es dotar al acreedor de las mayores facultades para con su crédito.

Así, hemos estudiado la noción de buena fe, postulando la existencia, atendido el fin práctico del contrato de promesa de compraventa, de una obligación secundaria de no hacer: no enajenar la cosa objeto del contrato de promesa. Su aceptación en la doctrina y jurisprudencia encuentra amparo estudiando hipótesis por analogía, como podría ser que la obligación de dar la cosa en la compraventa, además requiere dejar al acreedor con la tenencia material de la cosa, no bastando con la posesión pacífica y tranquila, como se entiende habitualmente. Aún más, otra doctrina entiende que solo se cumple con la obligación de dar en la compraventa si se deja al comprador en la calidad de dueño, también derivando este deber de la buena fe. Además, cualquier abuso de la noción de buena fe y el incumplimiento contractual que estamos indicando, se verá morigerado por el juez, quien podrá calificar las circunstancias particulares de la enajenación a un tercero, justificándola en ciertos casos.

En cuanto a las defensas alegadas por el prometiente vendedor, descartamos la excepción de pago por el carácter simultáneo del cumplimiento de las obligaciones, que es la misma para ambas partes. Por tanto, el mayor obstáculo de carácter procesal que tiene la vía de responsabilidad contractual se encuentra en la excepción de contrato no cumplido. La mencionada simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones hace que esta institución pierda sentido tratándose de contratos de promesa como el estudiado y, por lo mismo, creemos necesario recurrir nuevamente a la exigencia de buena fe para proponer la improcedencia de tal excepción.

Tratándose de la nulidad por causa ilícita, el carácter restrictivo de la acción le resta importancia a su estudio en lo que aquí nos interesa, puesto que en las hipótesis de actuar doloso de ambos participantes -presupuesto necesario para la nulidad del contrato- el acreedor gozará además de la vía extracontractual de indemnización de perjuicios contra ambos. Lo interesante de esta acción se encuentra, más bien, en la procedencia de la restitución de la cosa, posibilidad que, como ya vimos, no se da en ninguna otra vía.

Por otro lado, una aproximación a la responsabilidad extracontractual se da a propósito de la lesión de crédito, toda vez que estudia la relación entre las partes de un contrato y terceros ajenos en virtud del efecto absoluto de los contratos, siendo por tanto una noción de mayor amplitud que el incumplimiento contractual. En tal sentido, otra gran importante categoría de remedios del prometiende comprador es la relativa a la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, sea si se le imputa responsabilidad al tercero como autor del ilícito -materia relativa a la doctrina de la interferencia ilícita en contrato ajeno- o por aprovecharse del actuar doloso del prometiende vendedor -visto en el acápite de acción por provecho de dolo ajeno-.

Respecto de la doctrina de interferencia ilícita en contrato ajeno, si bien de amplio desarrollo en derecho comparado, no parece ser de mayor utilidad en su aplicación a nuestro ordenamiento, tratándose de una materia que, en nuestra opinión, ya se encuentra resuelta por el sistema general de responsabilidad extracontractual. A falta de normativa especial, el tercero autor del ilícito deberá someterse a un criterio de imputación de culpa leve y no de dolo o culpa grave como señala parte importante de la doctrina comparada y nacional. No obstante, los casos de imputación de responsabilidad al tercero serán más bien escasos.

En cuanto a la procedencia de la acción de provecho de dolo ajeno, creemos que sí es aplicable a nuestra hipótesis en estudio, por cuanto la Corte Suprema lo ha refrendado en los fallos del caso Inverlink, pero estimamos que esta opción es de difícil aplicación, por la tensión patente que existe con el derecho de propiedad y la protección de terceros de buena fe y con título oneroso. La acción de provecho de dolo ajeno, si bien ha estado presente desde los orígenes del Código, ha adquirido un cariz que quizás nadie sospechaba y que nosotros consideramos exagerado, por cuanto pone en tensión la titularidad de derechos adquiridos,

poniendo una cuota de incertidumbre que dificultaría, de imponerse la doctrina de la Corte Suprema, el tráfico jurídico.

Termina nuestro estudio del contrato de promesa, con la firme convicción que la revisión aquí ofrecida sea un acicate más en el camino de proporcionarle a los acreedores más y mejores herramientas.

Bibliografía

- ABELIUK MANASEVICH, René. *El contrato de promesa*. Santiago: Editorial López-Viancos, 1971.
- ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- ABELIUK MANASEVICH, René. *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2012.
- AEDO BARRENA, Cristián. El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial. *Revista Chilena de Derecho*. 2014, Vol. 41, N° 2, pp. 705-728.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Acción Subrogatoria. *Revista Chilena de Derecho*. 1987, Vol. 14, N° 2-3, pp. 335-394.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Resolución y la Nulidad y el ejercicio de la reivindicatoria por terceros: dos hipótesis de subrogación. *Revista Chilena de Derecho. Sección Estudios*. 2000, Vol. 27, N° 3, pp. 461-467.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral. *Revista Chilena de Derecho*. 2004, Vol. 31, N° 3, pp. 565-573.
- ALCALDE SILVA, Jaime. La Causa de la Relación Obligatoria. En: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, ed. *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2008, pp. 339-394.
- ALESSANDRI BESA, Arturo. *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil chileno*. Tomo I. 3ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1943.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. 8ª Edición. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015.

- ARCELIN-LÉCUYER, Linda. *Droit de la concurrence: Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*. Rennes: Colección Didact Droit, 2013.
- BANFI DEL RÍO, Cristián. La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile. *Revista Chilena de Derecho. Sección Estudios*. 2000, Vol. 27, N° 2, pp. 291-300.
- BANFI DEL RÍO, Cristián. Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile a la luz del *common law*. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2012, N° 19, pp. 165-192.
- BANFI DEL RÍO, Cristián. Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata. *Ius et Praxis*. 2016, Vol. 22, N°1, pp. 527-544.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Responsabilidad Contractual y Factores de Imputación de Daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista Chilena de Derecho*. 1997, Vol. 24, N° 1, pp. 151-177.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo. La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del Derecho de los contratos: primera parte. *Ius et Praxis*. 2006, Vol. 12, N° 2, pp. 75-95.
- BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BARROS BOURIE, Enrique. La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos. En: CORRAL TALCIANI, Hernán y RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, coords. *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones*. Santiago: Editorial LexisNexis, 2006, pp. 721-752.
- BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones, Tomo I*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- BOETSCH GILLET, Cristián. *Los bienes*. Santiago: Universidad Católica, Facultad de Derecho, 2009.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno. 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 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2012, N° 39, pp. 53-93.
- CARTWRIGHT, John. *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. 2ª Edición. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- CENTANARO, Esteban y GASTALDI, José María. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1995.
- CEPEDA ACED, Cristina. *Acciones y remedios legales en caso de incumplimiento en la compraventa internacional de mercaderías*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2009.
- CHADWICK VALDÉS, Tomás. *De la naturaleza jurídica del dolo*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1938.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante. En: GUZMÁN BRITO, Alejandro, ed. *Estudios de Derecho Civil III*. Valparaíso: Legal Publishing, 2007, pp. 671-689.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. 2ª Edición. Santiago: Editorial LegalPublishing, 2013.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿Puede el deudor enervar la acción resolutoria pagando durante el juicio? *El Mercurio Legal* [en línea], Chile, 6 de junio de 2014 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Sección Análisis Jurídico. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/06/06/Puede-el-deudor-enervar-la-accion-resolutoria-pagando-durante-el-juicio.aspx>.
- DÍAZ GARCÍA-HUIDOBRO, María Florencia. *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2012.

- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro. Propósito Práctico, Incumplimiento Contractual y Remedios del Acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema. *Ius et Praxis*. 2014, N° 1, pp. 15-38.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. La obligación de transferir el dominio en la compraventa. *El Mercurio Legal* [en línea], Chile, 27 de abril de 2012 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901086&Path=/OD/BF/>.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.
- DIEZ-PICAZO, Luis. Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. *Anuario de Derecho Civil XIV*. 1961, N° 4, pp. 809-834.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Tomo IV. Las particulares relaciones obligatorias*. Navarra: Editorial Thompson Reuters, 2010.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Negocios jurídicos sobre cosa ajena*. Concepción: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1976.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno. *Revista de Derecho de Concepción*. 2009, Nos. 225-226, Año 77, pp. 217-230.
- FERNÁNDEZ CARTER, María. *La obligación principal del vendedor en la compraventa*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Fernando. La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1997, N° 639, pp. 403-462.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- GONZÁLEZ ARIAS, Sandra. *El caso Corfo-Inverlink y su impacto en el proyecto de la ley de mercado de capitales II*. Memoria para optar al grado de Licenciado en

- Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2007.
- GONZÁLEZ HOCH, Francisco. *Elementos de la culpabilidad en la interferencia contractual por terceros*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1995.
 - HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little Brown and Company, 1881.
 - JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos: algunos aspectos relevantes. *Revista de Derecho y Humanidades*. 1992, N° 1, pp. 91-130.
 - JORDANO FRAGA, Francisco. *La Responsabilidad Contractual*. Madrid: Editorial Civitas, 1987.
 - LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones, Vol. 1, Parte General, Teoría General del Contrato*. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2000.
 - LEAR, Rebecca. Negligent Interference with Contract – An Argument Against Categorical Rejection: Applying a Duty/Risk Analysis to Negligent Drug Testing. *Louisiana Law Review*. 2000, Vol. 60, N° 3, pp. 855-876.
 - LÓPEZ DÍAZ, Patricia. El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2012, N° 19, pp. 13-62.
 - LÓPEZ DÍAZ, Patricia. La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma? *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2014, N° 23, pp. 139-207.
 - LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos Parte General, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
 - MARKOVITS, Daniel y SCHWARTZ, Alan. El mito del incumplimiento eficiente. En: LEPERE, Pablo, comp. *Teoría de los Contratos*. Palermo: Biblioteca Yale-Universidad de Palermo, 2010, pp. 313-383.
 - MCCHESENEY, Fred. Tortious interference with contract vs. “efficient” breach: theory and empirical evidence. *Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 28, pp. 131-186.

- MEJÍAS ALONZO, Claudia. *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, 2011.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia. La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*. 2013, Vol. 40, N° 2, pp. 389-412.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia. La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. 2014, Vol. 21, N° 1, pp. 111-156.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia. Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución. *Ius et Praxis*. 2016, N° 1, pp. 271-322.
- MORALES MORENO, Antonio. El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico). *Anuario de Derecho Civil*. 1983, Vol. 36, N° 4, pp. 1529-1546.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo. Disgorgement of Profits in Chilean Private Law. En: HONDIUS, E. y JANSEN, A., eds. *Disgorgement of Profits – Gain Based Remedies throughout the World*. Dordrech: Springer, 2015, pp. 459-467.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PINO EMHART, Alberto. ¿Otra vez la acción de restitución por provecho del dolo ajeno? La acción del art. 2316 inc. 2 y el caso Jadue. *El Mercurio Legal* [en línea], Chile, 3 de febrero de 2017 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Sección Opinión. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/02/03/Otra-vez-la-accion-de-restitucion-por-provecho-del-dolo-ajeno-La-accion-del-art-2316-inc-2-y-el-caso-Jadue.aspx>.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *El contrato de promesa* [en línea]. 2017 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teoría-del-contrato-y-contratos-en-particular/>.
- PALMER, Vernon. A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract. *The American Journal of Comparative Law*. 1992, Vol. 40, N° 2, pp. 297-342.

- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. 1996, N° 200, pp. 7-40.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Roma: Brossura, 1956.
- PINO EMHART, Alberto. Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2013, N° 21, pp. 89-135.
- PINO EMHART, Alberto. Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2014, N° 22, pp. 233-253.
- PINO EMHART, Alberto. La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho del dolo ajeno. *Ius et Praxis*. 2016, Año 22, N°1, pp. 227-270.
- PIZARRO WILSON, Carlos. La acción de restitución por provecho de dolo ajeno. En: *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: LexisNexis, 2009, pp. 679-688.
- PIZARRO WILSON, Carlos. Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección Estudios*. 2014, N° 1, pp. 203-219.
- POSNEY, Richard. *Economic analysis of law*. 9ª Edición. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 1986.
- QUEZADA FUENTES, Ricardo. La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*. 2015, N° 8, pp. 17-46.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- ROUBIER, Paul. *Le droit de la propriété industrielle*. Tomo I. París: Ediciones Sirey, 1952.
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. El derecho a la ejecución in natura en el cumplimiento de las obligaciones en Chile. En: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN, coord. *Estudios de Derecho Civil V*. Concepción: Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, pp. 606-616.

- S., J. C. Negligent Interference with Contract: Knowledge as a Standard for Recovery. *Virginia Law Review*. 1977, Vol. 63, N° 5, pp. 813-839.
- SAGREDO BAEZA, Francisco y TAPIA LAVÍN, Fernando. *Juego Sucio: La Corrupción en el fútbol, la caída de Sergio Jadue y los escándalos en la ANFP, la CONMEBOL y la FIFA*. Santiago: Editorial Aguilar, 2016.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tomo I. París: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.
- SIRENA, Pietro. *Towards a European Law of unjustified enrichment* [en línea]. Observatorio de Derecho Civil y Comercial, 2012, pp. 113-133 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://works.bepress.com/pietro_sirena/1/.
- UGARTE GODOY, José Joaquín. La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio. En: MAC HALE, Tomás y DEL VALLE, Jaime, comp. *Estudios en honor a Pedro Lira Urquieta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 151-193.
- VALLADARES BONET, Eugenio. *La inobservancia del deber de buena fe como causa del incumplimiento contractual*. Trabajo de Fin de Máster. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014.
- VARGAS WEIL, Ernesto. *La interferencia de contrato ajeno en Chile*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- VIAL DEL RÍO, Víctor. *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil Chileno*. Santiago: Editorial Biblioteca Americana, 2007.
- VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. 5ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.
- VIAL DEL RÍO, Víctor. Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido. *Revista Actualidad Jurídica*. 2015, N° 32, pp. 57-64.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 2000, N° 21, pp. 209-227.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. El efecto absoluto de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2006, N° 6, pp. 51-85.

- VIDAL OLIVARES, Álvaro. Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2007, Vol.34, N°1, pp. 41-59.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. La noción de incumplimiento esencial en el “Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2009, N° 32, pp. 221-258.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2011, N° 16, pp. 243-302.
- WOODWARD JR., William. Contractarians, community and the tort of interference with contract. *Santa Clara Law Digital Commons* [en línea], 1996, pp. 1103-1182 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/842/>.
- YUSARI KALILIYEH, Tarek. *Los remedios contractuales frente al incumplimiento recíproco del contrato bilateral*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011.

Jurisprudencia utilizada

- Expediente causal rol N° 1057-2007, conocida por el 14° Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Corporación de Fomento de la producción con Mutualidad y otros”.
- Expediente causal rol N° 2985-2016-INA, seguido ante el Tribunal Constitucional de Chile, incoado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. en contra de Corfo. El proceso aún está pendiente de pronunciamiento.
- Sentencia de la Corte Suprema (1951), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 48, sección 3ª, p. 75.
- Sentencia de la Corte Suprema (1981), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª parte, sección 5ª, p. 198.
- Sentencia de la Corte Suprema (1981), *Fallos del Mes* N° 272, sent. 4, p. 266.

- Sentencia de la Corte Suprema (1981), Fallos del Mes N° 274, sent. 7, p. 397.
- Sentencia de la Corte Suprema (1985), Fallos del Mes N° 317, sent. 14, p. 136.
- Sentencia de la Corte Suprema (1985), Fallos del Mes N° 318, sent. 11, p. 219.
- Sentencia de la Corte Suprema (1985), Fallos del Mes N° 325, pp. 849 y ss.
- Sentencia de la Corte Suprema (1986), Fallos del Mes N° 334, sent. 13, p. 602.
- Sentencia de la Corte Suprema (1986), Fallos del Mes N° 329, pp. 117 y ss.
- Sentencia de la Corte Suprema (1988), Revista de derecho y jurisprudencia, tomo 85, sección 2ª, p. 9.
- Sentencia de la Corte Suprema (1991), Fallos del Mes N° 394, p. 442.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 512-2003, caratulada “Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios, Manuel Jesús”, 4 de diciembre de 2003.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 5449-2005, 14 de agosto de 2007, caratulados “Castro González David con Fonseca Pinilla Rosalía y otros”.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 6676-2009, 25 de mayo de 2011, caratulada “Gallardo Lara Roberto con Roa Torres Carlos”.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 6302-2010, 30 de enero de 2013, caratulada “Corporación Nacional de Fomento de la Producción con I. Municipalidad de La Pintana”.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 10347-2011, 17 de abril de 2013, caratulada “San Antonio Terminal con Corfo”.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 4871-2012, 30 de septiembre de 2012, caratulada “Corporación Nacional de Fomento de la Producción con Energas S.A.”.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 6840-2012, 16 de abril de 2013, caratulada “José Valdivia Lucero con Same Madrid y Madrid y Compañía Limitada”.
- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causa rol N°291-2013, 15 de mayo de 2014, caratulada “Agrícola María Inés Ltda. con Fuentes Araya Londres y otro”.

- Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, causal rol N° 17245-2013, 5 de noviembre de 2014, caratulados “Veliz García, Bernarda del Carmen con Mora Reyes, Guillermo Esteban”.
- Canadá: SAR Petroleum v. Peace Hills Trust Company (2010), New Brunswick Court of Appeal, 8 de abril de 2010.
- España: sentencia causa N° 576/2013, Tribunal Supremo, 11 de octubre de 2013.
- Estados Unidos: Edwards v. Lee’s Administrator (1936), Court of Appeals of Kentucky, 5 de junio de 1936, 96 S.W. 2d 1028.
- Estados Unidos: J’Aire Corp. v. Gregory (1979), Supreme Court of California, 13 de agosto de 1979, 24 Cal.3d 799.
- Estados Unidos: Snepp v United States (1980), United States Supreme Court, 19 de febrero de 1980, 444 U.S. 507, 62 L.Ed.2d 704.
- Francia: causa N° 58-04997, Cour de Cassation, chambre commerciale, 18 de abril de 1958.
- Francia: causa N° 70-12159, Cour de Cassation, chambre commerciale, 19 de julio de 1971.
- Reino Unido: Lumley v. Gye (1853), Queen’s Bench, 1 de enero de 1853 [1853] EWHC QB J73.
- Reino Unido: Wrotham Park Estates Ltd. V. Parkside Homes Ltd. (1973), Chancery Division, 19 de octubre de 1973 [1974] 1 WLR 798.
- Reino Unido: Attorney-General v. Blake (2000), House of Lords, 27 de julio de 2000 [2001] 1 AC 268.
- Reino Unido: OBG LTD v. Allan (2007), House of Lords, 2 de mayo de 2007 [2007] UKHL 21.