



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Programa de Doctorado en Derecho

**LA COLABORACIÓN DEL ACREEDOR EN LOS CONTRATOS
CIVILES, DE ACUERDO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.**
Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho.

Tesista

Pamela Prado López

Directores

Antonio Manuel Morales Moreno

Daniel Peñailillo Arévalo

Santiago, marzo 2013.

INTRODUCCIÓN.

Aunque el derecho de las obligaciones es de constante preocupación para los juristas, existe una faceta que, a nuestro juicio, la doctrina nacional ha descuidado, como es el hecho de que en muchas ocasiones se requiere de la colaboración del acreedor para que el deudor pueda cumplir con la prestación que ha comprometido.

Desde hace tiempo se ha reconocido que, aunque primariamente el contenido primordial de la relación obligatoria está constituido por el deber de prestación, ella no se agota con ese deber. En esa comprensión, es concebible que el acreedor tenga que desplegar algún comportamiento a fin de facilitar o permitir que el deudor ejecute el plan prestacional que las partes habían previsto al contraerse la obligación. Ello se visualiza especialmente en el ámbito contractual, sobre todo en los contratos bilaterales, a los que circunscribiremos nuestro análisis, pues es a través de estos contratos que las partes usualmente regulan sus relaciones jurídicas, con vistas a conseguir determinados objetivos, y proyectar sus resultados.

Nuestro estudio, entonces, tiene por finalidad determinar si el derecho civil chileno permite argumentar dogmáticamente, que la colaboración del acreedor se configura como un deber dentro de la relación jurídico- contractual, en determinados grupos de casos, de manera tal, que su inobservancia produce consecuencias jurídicas tanto para el acreedor como para el deudor.

I. Ideas fundamentales.

La investigación se sustenta en ciertas ideas fundamentales que, por consiguiente, se manifiestan a lo largo de ella:

i. Nos situamos en la concepción de contrato que proporciona el nuevo derecho de la contratación, que implica concebir al contrato de manera pragmática, como un medio para que las partes obtengan la satisfacción de sus intereses. Esta concepción es perfectamente aplicable en el derecho chileno; concepción que, por lo demás, es mucho más consistente con la forma en que los operadores jurídicos comprenden y utilizan el contrato y el derecho contractual.

ii. Coherente con la concepción de contrato que proporciona el nuevo derecho de la contratación, la relación jurídica contractual se concibe de manera compleja, siendo integrada por obligaciones primordiales o principales, que son aquellas que las partes directamente pretenden que se cumplan, pues a través de ellas obtendrán la satisfacción de sus intereses; y deberes secundarios o instrumentales de conducta, que tienen una naturaleza funcional, en tanto permiten que las obligaciones primordiales se ejecuten. Entre estos deberes secundarios de conducta se sitúa a la colaboración del acreedor, en los grupos de casos que serán objeto de nuestro análisis.

iii. En el nuevo derecho de la contratación, se ha dado especial énfasis a la protección del interés del acreedor, lo que se explica en un cambio de paradigma de la responsabilidad, que anteriormente se centraba en el incumplimiento del deudor, pasando ahora a tener como eje central la satisfacción de los intereses del acreedor. Empero, a juicio nuestro, este énfasis ha descuidado los intereses del deudor. El contrato, particularmente el sinalagmático, constituye una trama de intereses de las partes contratantes, intereses que deben ser ponderados, especialmente en un eventual conflicto. Aceptar que en determinados grupos de casos el acreedor debe colaborar para que el deudor pueda, a su turno, ejecutar el contrato, constituye una clara manifestación de que los intereses de las partes deben ser sopesados al interior del contrato.

iv. Sustentar que la colaboración del acreedor constituye técnicamente un deber secundario o funcional de comportamiento al interior del contrato, implica descartar que tiene el carácter de carga contractual, lo que quedará de manifiesto en los efectos que derivan de su inobservancia, todo lo cual será analizado teniendo como antecedente las normas del derecho nacional, pero interpretadas conforme a la doctrina contemporánea, en especial, la que adscribe al nuevo derecho de la contratación.

II. Hipótesis y metodología de investigación empleada.

En esta tesis se probará que el ordenamiento jurídico civil chileno permite configurar dogmáticamente a la colaboración del acreedor contractual en la ejecución de la o las obligaciones del deudor, como un deber secundario, funcional o instrumental de conducta, que se encuentra al interior del contrato, en determinados grupos de casos. Conforme a su naturaleza de deber secundario de conducta, se probará, además, que la inobservancia de la colaboración del acreedor, genera consecuencias jurídicamente relevantes tanto para el deudor, como para el mismo acreedor:

1. La inobservancia de la colaboración del acreedor, produce la inexigibilidad de la obligación del deudor, constituyéndose el acreedor en mora; y

2. La inobservancia de la colaboración del acreedor sitúa al acreedor en una hipótesis de cumplimiento contractual imperfecto, que permite al deudor ejercer las acciones o remedios contractuales que sean pertinentes, de conformidad al derecho vigente.

Este estudio adopta el método dogmático, por consiguiente, el punto de partida serán los textos que contienen enunciados normativos. Como toda investigación de tal naturaleza, se pretende explicar el orden jurídico como es, al tiempo que complementarlo para hacerlo más inteligible. Es decir, concebiremos el problema que hemos planteado, centrándonos en el derecho vigente.

Se trata de una investigación eminentemente documental, por lo que analizaremos tanto normas jurídicas del ordenamiento civil chileno, como la normativa contenida en la legislación extranjera y en el derecho uniforme; a la vez que consultaremos la opinión de los especialistas, sobre los diversos tópicos vinculados a nuestro ámbito investigativo.

Para comprobar la hipótesis, se analizará con especial énfasis los grupos de casos a los que les será aplicable la figura de la colaboración del acreedor, en tanto deber secundario o funcional de conducta. Para llevar a cabo una sistematización de los grupos de casos relevantes, hemos recurrido tanto a jurisprudencia nacional como a alguna extranjera; a casos citados por autores extranjeros; y aún hemos elaborado casos ficticios, con la finalidad de abarcar la mayor cantidad de situaciones en que la colaboración del acreedor pueda requerirse. El tratamiento de estos grupos de casos nos permite reconocer

a aquellos contratos en que esta noción tendrá especial justificación y relevancia práctica; y luego, nos posibilita identificar los efectos jurídicos que ocasiona la infracción a la debida colaboración, vinculándola con las demás instituciones del derecho de los contratos.

Sobre el tratamiento de la jurisprudencia, conviene advertir que esta no es una investigación jurisprudencial, sino que la invocamos por tres razones: la primera, como hemos indicado, para identificar casos en que se está en presencia del deber de colaboración en sentido técnico, aunque no sea declarado explícitamente por los tribunales de justicia; en seguida, para efectos de verificar que en nuestro derecho interno no hay un desarrollo jurisprudencial sobre la figura en estudio; y, finalmente, porque hay causas conocidas por el derecho foráneo, en que se ha reconocido por sentencia definitiva, al deber de colaboración del acreedor.

Toda vez que nos situamos en una investigación jurídica de naturaleza dogmática, y considerando los diversos tipos de investigación que ella admite, la nuestra será eminentemente interpretativa, pues la hipótesis es posible de ser comprobada mediante la interpretación de reglas y principios que se encuentran contenidos en el ordenamiento jurídico civil chileno. Para tal efecto, utilizaremos diversas técnicas propias de la investigación dogmática jurídica, especialmente: inducción, deducción, sistematización y el método comparativo.

Sobre el método comparativo, debemos hacer la siguiente prevención: aunque la nuestra no es una investigación de derecho comparado, es inevitable recurrir al derecho foráneo, representado especialmente por el derecho continental europeo y por el derecho uniforme. En efecto, el arduo proceso de armonización del derecho contractual a que se ha visto enfrentada la Unión Europea -que aún no termina, ni se sabe a ciencia cierta su resultado-, ha llevado, paralelamente, a la necesidad de modernizar el derecho interno de las obligaciones, tarea a la que se han avocado los juristas. Pues bien, nos interesa este proceso, porque el nuevo derecho de la contratación ha tenido una profunda influencia en él; y luego, porque los juristas latinoamericanos también se han visto emplazados a emprender una revisión de las instituciones del derecho contractual, acorde a la doctrina contemporánea, representada por el nuevo derecho de los contratos. El derecho nacional no está ajeno a esta influencia, como se demuestra con recientes estudios que se han publicado por alguna de nuestra doctrina, lo que es coherente con el hecho de que tradicionalmente nos hemos nutrido de la experiencia europea en sede obligacional, a mas,

que la concepción de contrato que se infiere del nuevo derecho de la contratación es consistente con las necesidades del tráfico.

III. Justificación, utilidad e importancia de la investigación.

Si nos situamos en la jurisprudencia nacional, se advierte que no hay mayor referencia a la colaboración del acreedor, lo que ha provocado los siguientes resultados: por una parte, ha implicado que los tribunales no lleven a cabo una correcta calificación jurídica de este deber de conducta, no obstante formar parte del contrato objeto del litigio, ya sea porque se ha establecido expresamente por las partes, o porque trasunta de la naturaleza del mismo, con las consiguientes consecuencias prácticas que ello implica, y que conlleva, asimismo, a interpretaciones forzadas que no contribuyen a un desarrollo más depurado de la teoría jurídico-contractual. El segundo efecto de la no consideración de la colaboración del acreedor por la práctica jurisprudencial, es que en algunas sentencias se aprecia que la defensa esgrimida por el deudor, para exonerarse de responsabilidad, total o parcialmente, fundada en que el acreedor no llevó a cabo determinadas conductas necesarias para ejecutar el contrato, es obviada por los tribunales de justicia, sin mayores argumentaciones de fondo; o bien, se rechaza en base a argumentos de tipo procesal, como la falta de prueba requerida para acreditar las alegaciones del deudor demandado.

De otra parte, como se ha señalado, aunque algunos de nuestros autores han reconocido este aspecto de la relación jurídica obligatoria, no se ha efectuado una reflexión profunda ni sistemática sobre las consecuencias concretas de esta colaboración que ha de prestar el acreedor, ni tampoco la han situado en el marco del derecho contemporáneo de los contratos. Por ello, es que este trabajo contribuirá a perfilar este especial deber secundario de conducta al interior del contrato civil, con la finalidad de identificar y explicar las consecuencias jurídicas que, de conformidad al derecho chileno, de él emana, en especial, ante su inobservancia.

Por consiguiente:

1º Permitirá identificar de forma más precisa aquellos comportamientos que han de desplegar las partes del contrato, y que no sean susceptibles de ser calificados como obligaciones primordiales o principales del contrato, sino que tienen una naturaleza funcional o instrumental, como lo es la colaboración del acreedor, los que se presentan en la práctica

en forma recurrente, especialmente en aquellos convenios que se caracterizan por su naturaleza compleja, por lo que con este estudio será posible definir sus alcances, y las consecuencias ante su inobservancia. Entre tales efectos, precisaremos los alcances de la institución de la mora del acreedor, que si bien ha sido admitida por nuestra doctrina y por alguna jurisprudencia, su estudio ha sido incompleto e impreciso. En relación a dicha *mora creditoris*, será posible deslindar la responsabilidad en que efectivamente pudiere incurrir el deudor por incumplimiento, excluyendo aquellas hipótesis en que la inejecución del contrato se deba, total o parcialmente, temporal o definitivamente, a la inobservancia por parte del acreedor a su debida colaboración.

2º Entre las posibles consecuencias que se generarán ante dicha inobservancia colaborativa, tanto para el deudor como para el acreedor, será posible sustentar dogmáticamente que el deudor podrá ejercer acción de indemnización de perjuicios en contra del acreedor contractual, lo que contribuirá a una distribución equitativa y acorde a los principios de justicia conmutativa, de los riesgos que entraña la contratación civil.

3º Constituirá un aporte a la teoría general del contrato desde la perspectiva del derecho chileno, coherente a la necesidad de replanteamiento de la misma que hoy sugiere la doctrina contemporánea, siguiendo los postulados del nuevo derecho de la contratación.

4º En esa dirección, nos permitirá contrastar el derecho civil de los contratos de nuestro país, con instituciones que son ya familiares para el derecho extranjero y uniforme, a fin de verificar si son posibles de ser incorporadas en él.

5º Permitirá precisar las diversas relaciones que se pueden presentar entre la colaboración del acreedor, con algunas de las instituciones propias del derecho de la contratación civil chileno, a fin de determinar si su ausencia da lugar, o no, a que ellas se apliquen.

6º Posibilitará proporcionar un enfoque dinámico al contrato, propio de la práctica contractual cotidiana.

IV. Estructura del trabajo

El trabajo consta de tres capítulos.

El **primer capítulo**, está destinado a explicar brevemente en qué consiste la concepción de contrato que proporciona el nuevo derecho de la contratación, argumentando las razones por las cuales nos situamos en dicha concepción. Para ello, describimos brevemente en qué ha consistido el proceso de armonización del derecho de los contratos en la Unión Europea, como las dificultades y desafíos a que se ha visto enfrentada. De igual forma, hacemos una breve reseña de los instrumentos del derecho uniforme, los que han desempeñado un rol fundamental en el proceso de armonización del derecho de las obligaciones y los contratos. Luego de ello, nos referimos a los procesos de modernización del derecho de las obligaciones y contratos en las legislaciones internas de mayor interés para nuestro trabajo, tanto europeas, como algunas latinoamericanas.

La concepción de contrato que se infiere del nuevo derecho de la contratación, supone reconocer que el contrato es concebido pragmáticamente, como un instrumento que permite a las partes satisfacer sus intereses, concepción que es plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico civil chileno, según demostramos en este acápite.

En esta comprensión del contrato, su estructura permite diferenciar entre obligaciones primordiales o principales, que son las que efectivamente posibilitan que los contratantes vean satisfechos sus intereses; y luego, deberes funcionales, secundarios o instrumentales de conducta, que permiten el cumplimiento de las obligaciones principales o primordiales. Entre estos deberes secundarios, enunciaremos que la colaboración del acreedor presenta precisamente tal carácter.

El **segundo capítulo**, tiene por finalidad delimitar la colaboración del acreedor. Para tal efecto, presentamos la forma que ha adoptado el tratamiento de la colaboración del acreedor, tanto en el derecho chileno, como en el derecho extranjero y en el derecho uniforme. Sobre ello, se advierte la precariedad en que la doctrina nacional ha abordado esta temática, a diferencia de lo que ocurre en la legislación y la doctrina extranjera. Las legislaciones foráneas del siglo veinte, suelen relacionar los comportamientos de colaboración del acreedor, con la institución de la *mora creditoris*, que se la regula de forma general, y más o menos exhaustiva, dependiendo del derecho que se trate. En esa línea, la doctrina extranjera tiende a analizar la colaboración del acreedor también vinculada con

dicha institución, sin perjuicio de que existen algunos estudios que la tratan en forma especial. En general, es posible percatarse que la doctrina foránea le asigna a la colaboración del acreedor la naturaleza, bien carga contractual, bien de deber, con diversos argumentos en uno u otro sentido. Distinto es lo que ocurre con algunos instrumentos del derecho uniforme, pues se le reconoce en forma expresa al acreedor, el deber de cooperar o colaborar en la ejecución del contrato.

Luego de ello, procedemos a definir como ámbito de estudio la etapa de ejecución del contrato, descartando que el deber de colaboración en sentido técnico, esté presente en otras fases del íter contractual. A continuación, precedemos a explicar las razones por las cuales optamos por circunscribir este estudio al ámbito de los contratos bilaterales.

En seguida, planteamos una sistematización de manifestaciones de la colaboración del acreedor, a través de la ordenación de grupos de casos, distinguiendo según ella se requiera en la fase final de la ejecución del contrato, en que el acreedor debe recibir el pago; o bien, la cooperación se necesite durante el desarrollo de la relación contractual de manera compleja, a través de diversidad de comportamientos que deba desplegar el acreedor, para lo cual, nuevamente distinguimos entre aquellas situaciones en que las partes han previsto el comportamiento de colaboración en forma expresa a través de cláusulas convencionales; o no lo han hecho, de modo tal que ellos se infieren de la naturaleza del contrato y de las obligaciones que él engendra. Esta ordenación permite ilustrar en qué puede consistir la colaboración del acreedor, facilitando una mejor comprensión de la figura, identificando en cada caso los particulares problemas que su inobservancia produce.

Finalmente, exponemos los argumentos por los cuales la colaboración del acreedor constituye un deber secundario o funcional de conducta al interior del contrato, en tanto permite al deudor cumplir con sus prestaciones primordiales o principales, descartando, con ello, la naturaleza de carga contractual, como algunos autores han planteado. En nuestra postura, juega un rol fundamental la consideración a los intereses del deudor que se ven vulnerados en la inobservancia a dicha colaboración, y a la concepción que se sigue en este trabajo sobre el incumplimiento contractual, todo ello acorde al nuevo derecho de los contratos.

En el **capítulo tercero**, nos avocamos a analizar los efectos que trae aparejada la infracción al deber de colaboración. Para tal efecto, identificamos los ámbitos en que se producen tales efectos jurídicos, distinguiendo según ellos se generan en la propia obligación que el deudor tenía para con el acreedor, la que no puede ser ejecutada debido

a la falta de colaboración de la contraparte y, luego, estudiamos las consecuencias que se producen debido al incumplimiento del deber de colaboración.

En el primer grupo de efectos, nos situamos en la institución de la mora del acreedor, que aunque no se encuentra tratada en forma sistemática en nuestro código civil, tanto doctrina como jurisprudencia le reconocen una aplicación general. Planteamos que el efecto primario que produce la mora del acreedor, es la readecuación de la relación jurídico contractual. Si relacionamos este efecto primario, con las acciones o remedios con que cuenta dicho acreedor contractual, esa readecuación presenta consecuencias jurídicas concretas, entre ellas: la obligación del acreedor se torna inexigible, inexigibilidad que será temporal o definitiva, según exponemos. A su turno, constituye una causal de exoneración de responsabilidad para el deudor, por lo que una eventual demanda de indemnización de perjuicios del acreedor, fundada en incumplimiento contractual del deudor, debiese ser desechada. Estudiamos, luego, la mora del acreedor en relación con la excepción de incumplimiento contractual y con la demanda de resolución por incumplimiento contractual, que pudiere intentar el acreedor contractual.

En el segundo grupo de efectos, nos ubicamos en una hipótesis de incumplimiento contractual del acreedor, en tanto infringe su deber de colaboración, y concluimos que normalmente este adoptará el carácter de cumplimiento imperfecto. A partir de tal calificación, analizamos las acciones o remedios contractuales que puede ejercer el deudor contractual en contra de su acreedor, con énfasis en la acción de indemnización de perjuicios, debido a que sus intereses se han visto menoscabados, Para ello, nuevamente recurrimos a los grupos de casos que presentamos en el capítulo precedente, ilustrando las diversas manifestaciones de daños que el deudor puede padecer, valiéndonos fundamentalmente de jurisprudencia nacional, y de alguna extranjera.

CAPÍTULO I

Capítulo introductorio: El contrato en el nuevo derecho de la contratación.

1. Introducción al capítulo I.

Para demostrar la hipótesis de este trabajo, nos situaremos en la concepción de contrato que proporciona el nuevo derecho de la contratación, que, a juicio nuestro, es plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico civil chileno.

En esta concepción, el contrato se concibe pragmáticamente, esto es, como un medio de satisfacción de intereses de las partes, cuya consecución el ordenamiento jurídico debe privilegiar. Por lo mismo, es que en su estructura es posible incorporar tanto obligaciones primordiales o principales, que son las que permiten a los contratantes satisfacer esos determinados intereses como, asimismo, deberes funcionales o secundarios que posibilitan el cumplimiento de las obligaciones principales o primordiales. En la aludida concepción, el incumplimiento constituye una noción amplia, abstracta y objetiva, que es distinta de aquella que predomina en la teoría tradicional del contrato.

En virtud de lo anterior, enunciaremos que es posible sustentar que la colaboración constituye un deber secundario, funcional o instrumental dentro de la estructura contractual, que tiene por finalidad que la contraparte efectivamente pueda cumplir con su o sus prestaciones primordiales o finales, de manera tal que el contrato surta la totalidad de los efectos previstos por los contratantes.

2. El nuevo derecho de la contratación.

2.1 Generalidades.

El contrato constituye uno de aquellos conceptos jurídicos relativos, en tanto cobran sentido dentro de un “sistema” y hasta en un momento histórico determinado.¹ Parece, así, indispensable distinguir entre el concepto de contrato y la concepción que sobre él se tenga; parafraseando a Dworkin, la diferencia entre el concepto y la concepción es una cuestión de niveles de abstracción, en el primer nivel está el concepto, es decir, “el acuerdo se concentra alrededor de ideas discretas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones; en el segundo, se identifica y asume la controversia latente en esta abstracción.”²

El derecho civil ha adoptado diversas concepciones del contrato,³ pero no cabe duda que en la tradición jurídica continental, la más influyente ha sido aquella que lo sustenta en el dogma de la autonomía de la voluntad.⁴ De dicho principio fundamental emanan los demás principios de la contratación, y se inspira el sistema subjetivo de interpretación contractual.⁵ En esa línea de pensamiento es que se ha enmarcado tradicionalmente el

¹ DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*. Madrid, Centro de Estudios. Fundación Beneficentia et peritia iuris, 2005. p.19.

² DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2008. p. 61. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2010, p. 214 s.

³ Hay que precisar que nos hemos situado en las concepciones del contrato que ha tenido y tiene el derecho civil, pues aunque la teoría del derecho también se ha ocupado del contrato, no es ésta el área del conocimiento jurídico en que nuestra hipótesis se enmarca.

⁴ PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. sexto. La Habana, Cultural S.A., 1946. p. 25 s. Si bien utilizaremos indistintamente los términos “autonomía de la voluntad” y “autonomía privada”, en rigor, no tendrían estrictamente el mismo sentido. Con la denominación de autonomía de la voluntad, se dice, se refiere a la voluntad como creadora del acuerdo; en cambio, cuando se alude a la “autonomía privada”, no sólo se mira al acuerdo *ab initio*, sino que en énfasis es a la regulación de los efectos, en tanto negocio jurídico. BARCIA, Rodrigo, *La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile*. En Temas de contratos. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006. p. 164.

⁵ LÓPEZ, Jorge, *Sistemas de interpretación de los contratos*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1971. p. 25 ss.

derecho civil chileno.⁶ Sin embargo, como lo ha puesto de manifiesto abundante literatura,⁷ situar la comprensión del contrato sobre este único dogma no responde a las necesidades del tráfico. Se señala que fenómenos tales como “la generalización de las relaciones contractuales informales que no están configuradas por las partes sino por contactos sociales típicos, como ocurre por ejemplo, con el transporte público o las compras en un supermercado, la expansión correlativa de relaciones de mero intercambio, que no envuelven propiamente promesas”,⁸ la expansión de la responsabilidad estricta por productos defectuosos; el hecho de que el contrato se materializa en intercambios de ejecución inmediata; el desarrollo de los órdenes públicos de protección de consumidores; las relaciones del derecho del trabajo, entre otros,⁹ han traído como consecuencia un verdadero cuestionamiento sobre la vigencia de la teoría del contrato fundada únicamente en la autonomía de la voluntad.¹⁰

⁶ Como se recuerda en una obra escrita con ocasión de la conmemoración del sesquicentenario del código civil chileno, Bello siguió el modelo del código civil francés, propio de la filosofía individualista de la época, fundada en los principios ideológicos de libertad, igualdad y voluntad, por lo que el contrato se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada, que se encuentra implícito en lo dispuesto en el artículo 1545. TAPIA, Mauricio, *Código civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2005. p. 210 s. Agrega que “En el código civil la determinación del contenido del contrato se entrega a la voluntad de las partes, presumiendo que el acuerdo libre es la mejor cautela de la justicia del intercambio”.

⁷ En Chile, entre muchos, CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago, Legal Publishing, 2011.

⁸ BARROS, Enrique, *El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad*. En Estudios de derecho civil IV, Santiago, Legal Publishing, 2009. p. 299.

⁹ BARROS, Enrique, *El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad*, op. cit., p. 299.

¹⁰ Lorenzetti destaca entre los fenómenos que han puesto a prueba la teoría general a: las condiciones generales predispuestas, los vínculos forzosos con el sector público, el surgimiento de contratos de colaboración y de larga duración, la contratación electrónica, la interacción entre la contratación civil y comercial, etc. LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos, Parte general*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. p. 55 ss. BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. El cuestionamiento al dogma de la autonomía de la voluntad llevó a proclamar una “crisis del contrato”, aunque probablemente ello constituye una exageración. De ahí que concordamos con aquella opinión que considera que, más bien, “se puede denunciar una “crisis de la concepción del contrato”; crisis, pues, recayente en el modo de entenderle y configurarle que preponderó durante largo tiempo”. HERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho de obligaciones*. Madrid, Maribel Artes Gráficas, 1960. p. 277. Una breve exposición de la idea de la muerte del contrato, en MOSSET, Jorge, *Contratos. Aspectos generales*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2005. p. 398 ss. Más recientemente, cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José, *La decadencia del contrato*. Barcelona, Bosch, 2011. No obstante, hay que precisar que el dogma de la voluntad ha estado en franco cuestionamiento desde antes de los fenómenos contractuales del derecho contemporáneo, como ya lo manifiesta Duguit en aquellas famosas conferencias que pronunció en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el año 1911. En efecto, Duguit señala que la teoría de la voluntad en el sistema civilista “se resume en cuatro proposiciones siguientes: 1° Todo sujeto de derecho debe ser un sujeto de voluntad. 2° Todo acto de voluntad de un sujeto de derecho está socialmente protegido como tal. 3° Está protegido a condición, sin embargo, de que tenga un objeto lícito. 4° Toda situación jurídica es una

De otra parte, resulta evidente que no es posible prescindir de una teoría general del contrato, ordenadora de principios e instituciones susceptibles de ser aplicadas en las relaciones jurídicas entre privados; asimismo, hay que reconocer la necesidad de arribar a ciertos consensos sobre la o las concepciones que se aplicarán en materia contractual en los distintos ordenamientos jurídicos, o familias de ordenamientos jurídicos; y es que el contrato constituye aún el centro del derecho civil patrimonial, instrumento fundamental a través del cual los particulares se vinculan económicamente. De ahí, que ante las insuficiencias de la concepción clásica de contrato, hemos optado por acudir a la concepción de contrato que nos proporciona el nuevo derecho de la contratación, la que nos permitirá sustentar una visión renovadora de la doctrina del contrato.

El nuevo derecho de la contratación, en palabras del profesor Morales Moreno, alude a “una nueva construcción del derecho contractual, surgida del derecho uniforme por necesidades del comercio internacional, que ha ejercido y continúa ejerciendo influencia en la modernización del derecho de las obligaciones continental”;¹¹ en el caso del contrato, el influjo que ha desplegado la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías – en adelante, CISG-, es innegable, pues ha servido de basamento dogmático a una comprensión mucho más pragmática del mismo, concibiéndosele, antes que todo, como “garantía del resultado de satisfacción del interés del acreedor”.¹²

relación entre dos sujetos de derecho, de los cuales uno es el sujeto activo y el otro el sujeto pasivo. Como consecuencia lógica, es perfecta. Es la deducción rigurosa del sistema individualista. Pero desgraciadamente esta construcción no concuerda con los hechos”. Agrega que este esquema podía adaptarse a una sociedad individualista, como la romana y las sociedades europeas de comienzos del siglo XIX, pero que “está en oposición absoluta con las tendencias socialistas y asociacionistas de nuestra época”. DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. Valparaíso, EDEVAL, 1987.

¹¹ MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones*. Madrid, Civitas, 2006. p. 25.

¹² MORALES, Antonio, *Claves de modernización del derecho de contratos*. p. 42. Agradecemos al profesor Morales Moreno, proporcionarnos uno de sus últimos trabajos, aún en prensa.

2.2. Justificación de situar la investigación en el nuevo derecho de la contratación.

La hipótesis de esta investigación será comprobada principalmente a través de reglas y principios contenidos en el ordenamiento jurídico chileno,¹³ sin embargo, la línea de interpretación que adoptaremos en muchos casos, se puede calificar como adscrita a la concepción del contrato que se infiere del nuevo derecho de la contratación. Esta nueva construcción ha significado un verdadero cambio de paradigma, que si bien surge al alero de la necesidad formal de armonizar, uniformar o unificar el derecho contractual,¹⁴ especialmente en Europa acorde con su proceso de integración,¹⁵ ¹⁶ ha desplegado su especial comprensión del fenómeno obligacional no sólo en el viejo continente, como se evidencia en los actuales procesos de reforma a que se encuentran avocadas muchas legislaciones, según resaltaremos más adelante.

Por ello, es que no obstante esta investigación no es de derecho comparado,¹⁷ en la introducción de este trabajo hicimos mención a las diversas metodologías que

¹³ Hablamos de reglas y principios, sin entrar en el debate generado en la teoría del derecho entre la tesis de la separación fuerte, que considera que entre reglas y principios hay una diferencia estructural entre unas y otros, v/s la tesis de la separación débil, que postula que la diferencia proviene de la forma como operan, pues este ámbito excede con creces los márgenes de esta investigación. Sobre el particular, *cfr.* COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*. Barcelona, Ariel, 1996. PRIETO, Luis, *Ley, principios, derecho*. Madrid, Dykinson, 1998.

¹⁴ OVIEDO, Jorge, *Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales*. Criterio jurídico, Santiago de Cali, n°3, 2003. p. 7.

¹⁵ Se ha señalado que, no en balde, la Unión Europea presenta el espacio físico de integración más avanzado en la actualidad. MEREMÍNSKAYA, Elna, *Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado*. Revista de derecho de Valdivia, Valdivia, vol. XV, diciembre 2003. p. 59.

¹⁶ Sobre los procesos de integración, Gamboa y Fernández señalan que “es un proceso de cambio social en el cual participan, en forma consensual y voluntaria, un conjunto de unidades de determinado nivel (grupos sociales, comunidades menores, etc.) o de agregados sociales mayores (por ejemplo países), y por el cual separadas tienden a fusionarse o asimilarse en una unidad mayor”. Agregan que “Cabe destacar por sobre todos los procesos de integración conocidos, el caso de la Unión Europea, el cual ha llegado mucho más allá de un aspecto sólo económico. Se ha creado toda una institucionalidad supranacional, con atribuciones en materias políticas, jurídicas, de defensa, sociales y económicas. Es un modelo que todos los demás han tratado de seguir, pero con muy poco éxito. GAMBOA, Fernando y FERNÁNDEZ, Macarena, *Tratados de derecho internacional público y de integración*. Santiago, Lexis Nexis, 2006. p. 693 s.

¹⁷ Teniendo presente que, además, hay un amplio debate sobre la naturaleza y fines del derecho comparado, tema sobre el cual aún no existe consenso. Sobre ese punto *cfr.* CONSTANTINESCO,

emplearemos, entre ellas, el método comparativo, en tanto recurriremos a este nuevo derecho contractual; así, contrastaremos alguna normativa que se encuentra en los instrumentos regulatorios que lo constituyen y los comentarios vertidos por los autores sobre los mismos, con las normas del derecho nacional, sumada a la opinión de los especialistas. Destacaremos una suerte de quiebre que se ha producido a nivel interpretativo, entre aquella doctrina que puede ser calificada de clásica, y los razonamientos que están presentes en autores contemporáneos.

El propósito de recurrir al nuevo derecho de los contratos va más allá que efectuar una mera labor de contraste, pues nos parece perfectamente posible interpretar y aplicar normas del derecho nacional en forma similar a algunas de las soluciones contenidas en el derecho uniforme,¹⁸ lo que en ciertos casos implicará romper con interpretaciones tradicionales; y en otros, concordar con determinadas argumentaciones de juristas del derecho contemporáneo.

Con todo, la idea central no es trasladar a nuestro derecho el nuevo derecho de la contratación, sino que adecuarlo a las actuales necesidades del tráfico jurídico y comercial, coherente con el ordenamiento civil chileno, ya sea mediante la adopción de soluciones similares a aquellas contenidas en los instrumentos internacionales o en el derecho extranjero, o bien, superando en forma eficiente los inconvenientes a que ya se ha visto enfrentada esta concepción.¹⁹ Aunque usualmente se previene que recurrir a concepciones jurídicas que se han gestado al margen del derecho nacional, reviste el peligro de insertar ideas que pueden ser ajenas a nuestro desarrollo jurídico,²⁰ y aún a nuestra idiosincrasia,

Léontin-Jean, *Tratado de derecho comparado*. Madrid, Tecnos, 1981. p. 258 ss. Recientemente, BANFI, Cristian, *Reflexiones generales sobre el derecho privado comparado*. En Actas del Congreso Internacional de derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, T. III. Valparaíso, EDEVAL, 2012. pp. 207- 227.

¹⁸ Como señala el profesor Barros, “el creciente interés por el derecho comparado y uniforme facilita esta tarea hermenéutica, favoreciendo una dogmática más reflexiva de la experiencia práctica acumulada”. BARROS, Enrique, *Criterios de atribución de riesgos en materia contractual un contrapunto con la responsabilidad extracontractual*. En Derecho de daños, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009. p. 137.

¹⁹ Aunque nuestra tesis no es de derecho comparado, recordemos que al recurrir a este método se hace necesario intentar dar respuesta a tres interrogantes, si se recurre al derecho foráneo: ¿cuál es el propósito de la comparación?, ¿qué se va a comparar? y ¿cómo se realizará la comparación? MERRYMAN, John Henry, *Fines, objeto y método del derecho comparado*, p. 65. [en línea] <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/.../art5.pdf> [consulta: abril 2011].

²⁰ Como dice el profesor Domínguez Águila, a propósito de la posibilidad de ampliar los daños indemnizables en materia de responsabilidad civil: “Lo que es bueno para Europa no tiene porqué serlo para Chile”, DOMÍNGUEZ, Ramón, *Por la mantención del “Código Civil” modificado*. En El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005). Santiago, Lexis Nexis, 2007, p.664.

consideramos que las ventajas que proporciona el nuevo derecho de los contratos contrarrestan, y aún superan con creces, posibles críticas como la anterior.

En primer término, porque según quedará en evidencia a lo largo de esta tesis, será posible constatar que las soluciones que se encuentran en los instrumentos normativos que conforman el nuevo derecho de la contratación, aportan, sin duda, una de las comprensiones más preponderantes del derecho contemporáneo de los contratos en la órbita internacional. Ante esa preponderancia no podemos permanecer indiferentes, pues ya no es sustentable la suficiencia de los derechos internos,²¹ especialmente si se toma en consideración que el ordenamiento jurídico chileno se encuentra adscrito al sistema del *civil law*, que es una de las dos familias que convergen en el nuevo derecho de la contratación.

En segundo lugar, porque la recepción de las interpretaciones del nuevo derecho de los contratos, es del todo consistente con la forma en que hoy se presentan los fenómenos de permeabilidad jurídica, que más que producirse desde un país dominador a un país dominado, se generan en procesos de integración y globalización,²² por lo que se puede afirmar que el derecho civil chileno de los contratos forma parte de este proceso modernizador y, aún más, es consciente de las necesidades de una mínima armonización jurídica en el derecho contractual. En esta línea, es indudable que la “globalización” ha llegado a las relaciones jurídicas contractuales para quedarse,²³ a tal punto que a diario nuestros connacionales celebran contratos con sujetos de otros Estados, en los que los instrumentos regulatorios que conforman el nuevo derecho de la contratación son aplicados cotidianamente, de modo que se hace indispensable conocerlos.

Una manifestación concreta de ello es la ascendencia desplegada por la CISG, que constituye uno de los instrumentos normativos más influyentes del nuevo derecho de los contratos y que integra el derecho chileno, toda vez que fue ratificada con fecha 7 de febrero

²¹ Es necesario “tomar conocimiento y conciencia del hecho de que en el mundo dinámico en que vivimos el Derecho ya no puede quedarse aferrado a su perspectiva ptolemaica. Negarse a dejarse encerrar en esta perspectiva e intentar ver en cada uno de los derechos y de las ciencias nacionales una partícula integrante de un mundo global, es ya pasar a una perspectiva copernicana, realizar, por tanto, una verdadera revolución espiritual. CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Tratado de derecho comparado*, op. cit., p. 64. Agrega que “el problema esencial es tirar tabiques del mundo jurídico contemporáneo para que esté a la hora de la unidad dinámica a la que viven ya el mundo político y económico”.

²² CIURO, Miguel, *La noción de permeabilidad y su importancia en la teoría jurídica de nuestro tiempo*. [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/832/645>> [consulta marzo 2011]

²³ Según Lorenzetti, la “globalización” del sistema jurídico se refiere al surgimiento de reglas e institucionales homogéneas que respondan al funcionamiento de una economía global que se vive en la actualidad. LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos. Parte general*, op. cit., p. 28.

de 1990, comenzando a regir el 1 de marzo de 1991. En tal sentido, las normas de la Convención son susceptibles de ser aplicadas a diario por los operadores jurídicos nacionales,²⁴ de manera que no les debe ser desconocida la interpretación y aplicación que de ellas se hace en el resto del mundo, particularmente en Europa, siendo esencial comprender las soluciones jurídicas que contiene, acordes a la concepción que revisamos. Como se destacó por los especialistas al conmemorarse el Aniversario número veinticinco de la Convención, ella ha sido fundamental en la armonización del derecho en materia de contratos, sin que esto implique que se pretenda una total uniformidad -sobre lo cual la CISG nunca dio falsas esperanzas-, por lo que la evaluación general años después de su elaboración, es sumamente positiva.²⁵ En ese sentido, se afirma que ha influido indirectamente en los anticuados derechos internos, de forma tal que puede aportar - y ha aportado - con nuevas interpretaciones a las legislaciones sustantivas de cada Estado, como ha ocurrido en Francia, Alemania, Rusia y China;²⁶ a la vez que ha sido objeto de múltiples análisis académicos, de aplicación en casos concretos, confirmando que es un sistema que madura de forma confiable e incluso autónoma, de los patrones de interpretación y aplicación que tuvieron a la vista sus redactores.²⁷

En tercer término, nos situamos en la concepción que proporciona el nuevo derecho de la contratación, porque respecto a nuestra hipótesis de trabajo, como hemos señalado, aunque es posible argumentar dogmáticamente la existencia de la colaboración del acreedor a la luz del ordenamiento jurídico nacional, resulta que para llevar a cabo un análisis pormenorizado sobre sus manifestaciones en la práctica contractual, y determinar las consecuencias jurídicas precisas, será fundamental aprender de la experiencia

²⁴ El profesor Álvaro Vidal postula, sin embargo, una negativa evaluación sobre la aplicación práctica que se hace en nuestro país de la CISG, que califica de escasa, como también del alto nivel de desconocimiento que se tiene respecto de ella por la doctrina nacional. VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional*. Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 33 n°3, 2006. p. 439. De igual forma, la escasez de relevancia que se le da a la CISG por los operadores jurídicos nacionales se ve de manifiesto en la mezquina doctrina y jurisprudencia que existe en materias fundamentales, como la referida a la forma en que el contrato se ha de probar, particularmente tomando en consideración la reserva formulada por el Estado de Chile. Sobre el punto, *cfr.* GROB. Francisco, *La reserva de Chile a la "Convención de Viena" de 1980*. Revista de derecho P. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, n° XXXVI, 1º semestre 2011. pp. 37-67.

²⁵ DE LY, Filip, *Sources of international sales law: an eclectic model*. p.11. [en línea] <<http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG625/De%20Ly.pdf> > [consulta marzo 2011]

²⁶ DE LY, Filip, *Sources of international sales law: an eclectic model*, op. cit.p.12.

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

comparada,²⁸ en la que con textos normativos similares a nuestro código civil, se ha admitido y estructurado dicha colaboración del acreedor, especialmente a partir del derecho uniforme de los contratos. Esto supone, entonces, que el derecho europeo de los contratos se ha visto ya enfrentado a los mismos cuestionamientos que nos planteamos en esta investigación, por lo que constituirá un elemento de juicio fundamental conocer cómo han sido solucionados, y determinar si a la luz de nuestro derecho es posible aplicar conclusiones similares.

El estudio que haremos del nuevo derecho de la contratación será muy general; así, revisaremos brevemente algunos de los obstáculos a que esta concepción se ha enfrentado, mencionaremos los principales instrumentos normativos que lo configuran, y las consecuencias que esta concepción ha traído aparejada para el contrato como categoría conceptual.²⁹ El objetivo de este acápite no es estudiar en profundidad la evolución que ha experimentado la armonización del derecho de las obligaciones y, más específicamente de los contratos en el continente europeo; antes bien, nuestro propósito es demostrar cómo este fenómeno, cuyo éxito es relativo y que se mide en gran medida dependiendo del autor que se examine,³⁰ ha traído como efecto la revisión de la comprensión del contrato y del derecho contractual; comprensión plenamente coherente con la hipótesis de este trabajo, y que es susceptible de tener injerencia en el derecho interno, según explicaremos en la parte final de este capítulo.

Una última prevención: hasta el momento nos hemos referido al nuevo derecho de la contratación, en circunstancias que la tendencia armonizadora del derecho europeo es de mayor amplitud. En lo que nos interesa, alude al derecho privado, lo que abarca no sólo a las obligaciones contractuales, sino también a aquellas que no surgen al amparo de la convención. De ahí que se haga referencia a un “derecho privado uniforme europeo” o a un

²⁸ Ya Puig Brutau, en su comentario a la traducción del clásico libro sobre indemnización de los daños referidos a la protección de la confianza en sede contractual de Fuller y Perdue, comenta “A nuestro juicio, la comparación o contraste tiene un valor auténticamente corrector de las posibles deficiencias del Derecho de cada país”. En FULLER, Lon y PERDUE, William, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1957. p. 144.

²⁹ En ese orden, según ya lo mencionamos en el apartado anterior, hablamos de concepto de contrato, en los términos de instituto jurídico, diverso de las distintas concepciones que existen sobre él. Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel Derecho, 2010. p. 40 ss.

³⁰ A vía ejemplar, se manifiesta escéptico a la idea de codificación europea del derecho de los contratos DE MIGUEL, Pedro, *Algunas tendencias jurídicas de la globalización, Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad*. Colección Escuela Diplomática, Madrid, nº7, 2003. p. 24.

derecho uniforme de las obligaciones,³¹ sin perjuicio de que para los objetivos de este trabajo, el foco de atención se encuentra en el derecho de los contratos, y por ello destacamos la denominación de “nuevo derecho de la contratación”.

2.3 Una aproximación a la necesidad de armonizar el derecho de las obligaciones. La experiencia europea.

El nuevo derecho de la contratación ha surgido de la necesidad de armonización jurídica a que se han visto enfrentadas las legislaciones europeas. Es común que se afirme que la globalización exige de armonización jurídica, por lo que la experiencia europea nos brinda un ámbito esencial de análisis, ya que se manifiesta de forma más intensa, constituyendo un desafío que ha sido afrontado de diversas formas, según revisaremos a continuación.

Aunque no es materia de este estudio analizar en profundidad, ni tampoco evaluar, los distintos mecanismos que se han planteado para propender a la integración de Europa en el ámbito jurídico, si parece importante aclarar que en esta materia hay diversidad de términos que se utilizan, para explicar la necesidad de llegar a ciertas convergencias en el derecho, específicamente, entre las diversas legislaciones del viejo continente. Así, se habla de “uniformización”, de “armonización”, entre otros; conceptos que algunas veces se aplican de forma indistinta,³² y otras, para aludir a las distintas herramientas de integración jurídica, todo ello con la dificultad adicional de que tampoco existe total consenso respecto del significado de cada uno de esos términos.³³ En nuestro caso, hablaremos tanto de

³¹ En ese orden, José Luis De los Mozos aclara que no hay que confundir lo que es “derecho común” y “derecho uniforme”. Lo que requiere la integración europea es un derecho común en materia de derecho privado, de ahí que “al tratar de construir el Derecho de la integración europea no se pueden olvidar las reglas de toda construcción jurídica, más aún cuando se trata de recomponer una “unidad” partiendo de una “diversidad”, exigencias que satisface plenamente la “idea” de Derecho común”. DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, op. cit., p. 149 s.

³² A vía ejemplar, ESTRELLA, José, *Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* [en línea] <<http://justice.gov.za/alraesa/conference>> [consulta: febrero 2011].

³³ El concepto de “armonización” alude a una suerte de acercamiento entre las legislaciones nacionales, distinto a la “uniformización”, que supone el establecimiento de una legislación comunitaria. O dicho de otra forma, es una cuestión de etapas: la armonización constituye un proceso

“armonización”, “unificación”, y aún de “convergencia”, aunque le daremos preferencia al primero de dichos términos.

Se trata, entonces, de un nuevo orden jurídico que se ha configurado a partir de reglas homogéneas que “respondan al funcionamiento de una economía global que se vive en la actualidad. Esta tendencia representa una nueva “concepción” del contrato, en el sentido de que trata de armonizar concepciones nacionales diferentes mediante un proceso de abstracción de las reglas y de conciliación de las diferencias”.³⁴

Parte de la doctrina, ha llegado a la conclusión de que es indispensable la integración a través de la armonización de las distintas variedades jurídicas nacionales, basadas en rasgos y tradiciones históricas comunes, apelando, por ejemplo, a la *lex mercatoria*³⁵ como consustancial a la creación de un derecho privado europeo que reclama de institucionalización.³⁷ Es así, que en los últimos años “se ha desatado una auténtica pasión por construir una historia del *ius commune* europeo, vinculada con la polémica en torno a

en que de forma paulatina se van minimizando las diferencias entre los sistemas jurídicos - aunque también es dable considerar diversos grados de armonización: de mínima a plena. MOMBERG, Rodrigo, *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*. Revista de derecho, Santiago, vol. XXII- N°1, julio 2009. p. 18. En tanto que la unificación ya supone la adopción de normas únicas. Es por ello que se considera que “una legislación unificada puede privar a los Estados miembros y a sus tribunales de la libertad para modificar y desarrollar su propio derecho e introducir barreras contra el cambio que den al traste con la adopción de ajustes necesarísimos en el nivel nacional”. ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*. México, Oxford University Press, 2002. p. 30. Sobre el particular, se desarrollan los diversos alcances de estos términos en RODRÍGUEZ, Mónica, *Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el MERCOSUR*, Tesis doctoral, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2007, inédita. p. 118 s. En lo que refiere al significado del concepto “unificación” en el orden del derecho privado, en similares términos lo utiliza MEREMÍNSKAYA, Elina, *Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado*, op. cit., p. 59 ss.

³⁴ LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos. Parte general*, op. cit., p. 391 ss.

³⁵ El origen de la denominación *lex mercatoria* se atribuye a B. Goldman, de su libro “Frontières du droit et *lex mercatoria*” - en Archivos de Filosofía del Derecho, 1964 -, noción que se ha ido construyendo sobre cuatro elementos básicos: los usos y costumbres mercantiles, los contratos-tipo y condiciones generales y regulaciones profesionales, y la jurisprudencia arbitral. GUARDIOLA, Enrique, *La compraventa internacional*. Barcelona, Bosh, 2001. p.

³⁶ Zimmermann señala que en su origen, la *lex mercatoria* está constituida por “los usos y costumbres del comercio establecidos en el tráfico comercial, fue reconocida en Inglaterra por los tribunales de mercado medievales, del mismo modo que en el Continente”. ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el derecho romano*. Madrid, Marcial Pons, 2009. p. 77. Adicionalmente *cf.* ZIMMERMANN, Reinhard, *Derecho romano y cultura europea*. Revista de derecho privado Universidad del Externado, Bogotá, n°18, 2010. p. 28 s.

³⁷ “Interest has been rekindled in the “old” European *ius commune* and legal historians are busy recognizing, once again, the European perspective of their subject, rediscovering the common historical foundations of the modern law and restoring intellectual contact comparative and modern private lawyers”. ZIMMERMANN, Reinhard and WHITTAKER, Simon, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*. Cambridge, University Press, 2000. p. 10 s.

la conveniencia de la codificación y la construcción de un derecho privado europeo”,³⁸ arribándose, paulatinamente, al convencimiento de la necesidad de uniformar el derecho de los contratos en Europa, pues la armonización jurídica “constituye el presupuesto necesario del buen funcionamiento del mercado y del progreso económico que representa la Unión Europea”.³⁹ Esta tendencia unificadora, como ha dicho Zimmermann,⁴⁰ se ha producido en los más diversos ámbitos del derecho; en el caso de las obligaciones, se ha manifestado en materia de protección a los consumidores, especialmente en contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, sobre cláusulas abusivas, créditos de consumo y responsabilidad por productos.

Se suele decir que en el proceso de armonización del derecho privado europeo, ha sido determinante la labor de la Unión Europea a través de sus diversas Directivas. Sin embargo, como recuerda Díez Picazo, el asunto se remonta a un tiempo anterior, pues “lo que supuso una muy fuerte modificación de nuestros esquemas mentales en el antes plácido Derecho de obligaciones y contratos y que removió muy profundamente sus aguas, fue la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, donde por primera vez se encuentra una feliz fusión de esquemas que procedían del *common law* y otros que procedían del Derecho europeo continental, especialmente en lo que concierne a la idea de incumplimiento del contrato y a los remedios utilizables frente al incumplimiento.”⁴¹

Empero, la armonización ha enfrentado una serie de dificultades. De una parte, no existe total consenso sobre si ella es indispensable; y de otra, es que si se concluye que es necesaria, surge la urgencia de encontrar puntos de encuentro que vayan más allá de los requerimientos de la economía y de las relaciones transfronterizas, de ahí, que se ha argumentado que la unificación tiene fundamentos sólidos en una tradición jurídica

³⁸ FERNÁNDEZ, José Carlos, *El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la Unión Europea*, En Homenaje al profesor Didier Opperti Badán. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005. p. 158. LEIBLE, Stefan, *Vías para la unificación del derecho privado europeo*. ADC, Madrid, n°. LIX, fasc. III, 2006. p. 1589- 1608.

³⁹ OSSORIO, Juan Miguel (ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*. Granada, Universidad de Granada, 2005. p. 7.

⁴⁰ ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*. Madrid, Civitas, 2000. p. 28.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo*. ADC, Madrid, n°. LVI, fasc. IV, octubre-diciembre 2003. p.1565.

común,⁴² y esa tradición sería el derecho romano.^{43 44} Zimmermann le asigna al derecho romano un rol que traspasa lo puramente histórico como nexo de comunión. En efecto, luego de constatar que debido a distintos fenómenos, como las Directivas de Bruselas, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Luxemburgo, el trabajo desarrollado por diversos grupos científicos, el derecho privado europeo está experimentando cambios profundos, de modo que se está en presencia de un “Derecho europeo y un europea ciencia del Derecho privado”,⁴⁵ concluye que además de lo meramente histórico, es necesario “hacer del Derecho romano un vínculo vivo en la formación de todos los juristas, el fundamento por tanto de una formación dirigida a un Derecho privado europeo y ya no sólo alemán, inglés o italiano”.⁴⁶ Aclara que cuando se habla del derecho romano, se alude a una gran variedad de fuentes; desde luego, a una “abigarrada mezcla, decisiones casuísticas, dictámenes, reglas jurídicas, fragmentos de comentarios, cuestiones disputadas, extractos de manuales y monografías, fragmentos, en total, de unos dos mil libros”,⁴⁷ pero, además, al hecho de que producto de la Recepción, el derecho romano pasó a ser *ius commune* gracias a la aplicación práctica de él, mediante su interpretación y perfeccionamiento por medio del método científico: se llega, así, a un *common law* europeo.^{48 49} Sin embargo, este mismo

⁴² Sobre esta tradición jurídica común, tampoco hay consenso, puesto que hay opiniones que postulan que se trata de una “supuesta tradición jurídica común, muchas veces muy forzada y carente de apoyatura”. FERNÁNDEZ, José Carlos, *El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la Unión Europea*, op. cit., p. 158.

⁴³ ESPINOZA, Leonardo, *Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados*. Civilizar, Bogotá, 2004. p. 5.

⁴⁴ Ciertamente que no toda la doctrina tiene la plena conformidad sobre la necesidad de unificar el derecho. Una postura disonante sobre este punto la encontramos en los comentarios del profesor Larroumet, quien se muestra reacio a la total unificación del derecho privado. Primero, porque, al parecer, el ámbito en que se podría justificar la unificación es en materia de contratos, no existiendo mayor sustento para ello en el derecho de familia, y ni siquiera en sede extracontractual. En seguida, porque le parece incompleto el análisis que usualmente se realiza, que hace primar la necesidad económica de la unificación, haciendo caso omiso de la tradición histórica y cultural de los diversos sistemas jurídicos de Europa. Además, porque la respuesta ante la necesidad de la armonización y de su intensidad, requiere de una decisión previa sobre la organización política que finalmente se adopta entre los Estados a que pertenece el derecho que se unifica; y finalmente, si se arriba a la conclusión que lo que se busca con tal unificación es favorecer el mercado transfronterizo -como usualmente se justifica- es necesario verificar si ella es necesaria, ya que hay varias experiencias que demuestran que incluso en Estados federados, no hay problema de que cada uno mantenga su propio derecho, sin perjudicar el intercambio comercial. LARROUMET, Christian, *La unificación del derecho de las obligaciones en Europa*. Revista de derecho privado, Santiago, año V, nº 13-14, 2006. p.71 ss.

⁴⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el derecho romano*, op. cit., p. 47.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁷ *Ibidem*, p.53.

⁴⁸ *Ibidem*, p.53.

⁴⁹ En términos similares, DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, op. cit., p. 169.

autor previene que “la unificación jurídica en Europa dista de ser satisfactoria, puesto que se trata sólo de pedazos de un derecho más o menos uniforme, insertados inorgánicamente en el ordenamiento jurídico nacional. Con ello, no se ha ganado en coherencia, racionalidad y previsibilidad, sino que más bien esta unificación jurídica *made in* Bruselas se ha tornado en mayor oscuridad, complejidad y desarmonía”.⁵⁰

2.4. Las dificultades de la armonización del derecho de las obligaciones en Europa. La contraposición entre el *common law* y el *civil law*.

Como todo proceso de reflexión que implique proponer una modificación a las bases de un sistema jurídico, el proceso de armonización del derecho privado en la Unión Europea no ha estado exento de dificultades.⁵¹ De la multiplicidad de inconvenientes que han puesto de manifiesto los autores, interesa destacar uno de carácter sustantivo, cual es la coexistencia de dos sistemas jurídicos que, al parecer, serían contrapuestos e irreconciliables: el *civil law* y el *common law*.⁵² Destacamos este aspecto, porque la comprensión del contrato sería distinta en una y otra tradición jurídica.

⁵⁰ ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*, op.cit., p. 29.

⁵¹ Un completo análisis del proceso de armonización impulsado por la Comisión de las Comunidades Europeas en materia de derecho contractual en MOMBORG, Rodrigo, *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*, op. cit. Y en FERNÁNDEZ, José Carlos, *El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la Unión Europea*, op. cit. GOODE, Roy, *Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation. Electronic Journal of comparative law*, vol. 7.4, november 2003. [en línea] <<http://www.ejcl.org/ejcl/74/art74-1.html>> [consulta febrero 2011]. LARROUMET, Christian, *La unificación del derecho de las obligaciones en Europa*, op. cit., p. 73. Las objeciones al desarrollo de la armonización europea del derecho, han ido desde cuestiones formales, en tanto la Comunidad europea carecería de atribuciones para regular el mercado interno, hasta la inexistencia de fundamento jurídico que justifique la unificación. Se han adicionado argumentos de ventajas y desventajas económicas para los particulares. SMITS, Jan M., *Introduction to special issue: Harmonisation of contract law: an economic and behavioural perspective. European journal of law and economic*, Hamburgo, 2012. p. 473-480. O'HARA, Erin, *The limits of contract law harmonisation. European journal of law and economic*, Hamburgo, 2012. p. 505-519.

⁵² DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid, Civitas, 2002. p. 126.

Según Zimmermann,⁵³ sin embargo, este es un problema más aparente que real, por tres razones: la primera, es que “es indudable que existe una gran cantidad de juristas que no sólo han aprendido a comprender ambos mundos jurídicos, sino que se encuentran en ellos como en su casa”.⁵⁴ Es decir, la supuesta incompreensión entre los juristas de una y otra tradición, no sería tal. En segundo lugar, porque no obstante para sustentar la imposibilidad de la armonización entre ambos sistemas, se suele destacar la insularidad del *common law* y, por ende, su desarrollo aislado, se olvida que en su desarrollo histórico el sistema anglosajón forma parte de la tradición europea, en el que está claramente presente el derecho romano y, en general, el *ius commune*, “El Derecho inglés se muestra de este modo, en todo caso en este terreno, como un sistema jurídico mixto así mismo acorde del todo con el modelo típico de la Europa continental”.⁵⁵ Y una tercera cuestión, es que generalmente se ha presentado la dicotomía entre el *civil law* y el *common law*, como la única existente entre los sistemas jurídicos europeos, en circunstancias que dentro del derecho europeo continental existen notables diferencias entre los ordenamientos que lo componen, algunos de los cuales se acercan en determinados aspectos al sistema del *common law*, alejándose de los del *civil law*”.^{56 57}

En lo que constituye nuestro foco de atención, ha sido tradicional por parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, concebir al contrato del *common law* como una entidad jurídica totalmente diversa al *de civil law*. En esa línea, incluso ya hace varios años un jurista nacional destacaba las diferencias entre el contrato de la tradición del derecho continental, y el del derecho anglosajón.⁵⁸ Diferencias profundas que se producirían por la configuración del *common law* a partir del siglo XII, y que se manifiestan tanto en la estructura misma del contrato - pues atendido el marcado carácter formalista del derecho inglés, el contrato tiene “una forma peculiar: la *consideration*”-,⁵⁹ como en los principios que lo sustentan.

⁵³ Y que trata en profundidad en su artículo El carácter europeo del derecho inglés. Relaciones históricas entre el *civil law* y el *common law*. ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*, op. cit., p. 162 ss.

⁵⁴ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el derecho romano*, op. cit., p. 57.

⁵⁵ Ibídem, p. 58.

⁵⁶ Ibídem. p. 58 s.

⁵⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*, op.cit., p. 61. En línea similar, más recientemente, DE EIZAGUIRRE, José María, *Civil law: la vigencia de una categoría convencional*. ADC, n° XV, fasc. II, 2012. p. 537.

⁵⁸ LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Primera Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988. p. 54.

⁵⁹ LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Primera Ed., op. cit., p. 58. Como se sabe, la *consideration*, está constituida por “algo que se da o promete dar a cambio de una promesa”, esto

En esa línea, el profesor Lando ha puesto de relieve algunas discrepancias derivadas de la noción de contrato que tiene cada sistema jurídico,⁶⁰ entre ellas, hay dos aspectos sustanciales que interesa destacar. El primero, dice relación con la relevancia que tiene el principio de buena fe. En el *civil law* la buena fe comercial tiene aplicación general;⁶¹ a

es, manifiesta la idea de sinalagma, intercambio o bilateralidad de los efectos del contrato y, por tanto, permite determinar si una promesa es vinculante o no. FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996. p. 45. En ese orden, aunque la *consideration* es objeto de múltiples críticas, Atiyah recuerda que los intercambios contractuales siguen exigiendo *consideration*, tratándose de un concepto que aún mantiene su validez en el derecho inglés, aunque ello sea más dudoso en el moderno derecho americano. ATIYAH, P. S., *Contract and fair exchange*, Law Journal University of Toronto, Toronto, vol. XXXV, 1985. p. 95. Sin embargo, como Charles Fried señala, la *consideration*, en cuanto elemento que determina cuando una promesa es vinculante o no, es totalmente abstracta, no logra explicar por qué algunas decisiones de los tribunales es justa; y tampoco ofrece un grupo de principios que puedan fluir de tales decisiones, por lo que su carácter anómalo ha sido ampliamente reconocido: “El movimiento en el derecho más bien nos sugiere que podemos tener en un futuro no muy lejano un grupo de principios más sinceros para determinar qué promesas deben ser ejecutables forzosamente en términos de la justicia de cada tipo. Nos estamos moviendo en esa dirección como resultado de decisiones y leyes que dan valor a tipos de promesas cuya legitimidad ha estado en duda bajo la doctrina de la *consideration*”. p. 63. Ello se evidencia, por ejemplo, en el hecho que en el Código de Mc Gregor la *consideration* desaparece, de igual forma que tampoco está presente en los PECL. Cfr. MAC GREGOR, Harvey, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*. Barcelona, Bosh, 1996. p. 28. Agrega el profesor Díez-Picazo, que ello evidenciaría una política que favorece a la contratación, en oposición a una política restrictiva, con la cual concuerda, y que se manifiesta en el hecho de que los Principios sólo exigen para el perfeccionamiento del contrato el acuerdo suficiente de los contratantes, sin mayores exigencias, por lo que se prescinde de la causa, propia de la tradición del *civil law*, y de la *consideration* de la tradición anglosajona. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo*, op. cit., p. 1573 s.

⁶⁰ Entre ellas, lo que dice relación con la admisibilidad de las cláusulas penales; en el sistema continental se permiten sin inconvenientes, a diferencia del sistema del *common law*, de igual forma, en cuanto a la admisión y límites del cumplimiento específico, en el sistema continental el cumplimiento específico se tiende a privilegiar con pocas limitaciones, en tanto, que en el sistema anglosajón se ha permitido de forma muy limitada. Sobre este último aspecto, recordemos que en nuestro derecho, la tesis tradicional de la doctrina ha postulado que en lo que toca a las obligaciones de dar, no es posible optar por el remedio indemnizatorio si la ejecución forzada es posible. Así, ABELIUK, René, *Las obligaciones*, T. II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 125 s. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 125. BARROS, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil Valparaíso, 2007. Santiago, Legal Publishing, 2008. p. 410 s. Sobre las razones por las cuales debería admitirse el cumplimiento, cfr. WEBB, Charlie, *Performance and compensation: an analysis of contract damages and contractual obligation*. Oxford Journal of legal studies, Oxford, vol. 26, n°1, 2006. p. 70 s.

⁶¹ En Chile, últimamente sobre la aplicación del principio de buena fe en los contratos, CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p. 67 ss. En tal sentido, en el derecho nacional al ser comentada la norma contenida en el art. 1546 del CCCH., se expresa que el efecto de la buena fe es expandir el círculo de las obligaciones contractuales a más de lo expresado por las partes, idea que ya proviene del Digesto. GUZMÁN, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*. En Estudios dogmáticos de derecho civil. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, p. 98 s

diferencia del *common law*, que propende a un estricto cumplimiento de los contratos,⁶² por lo que la aplicación de la buena fe se ve como una verdadera invitación a que los jueces abandonen su deber de emitir decisiones jurídicamente fundadas, para introducir valores personales.⁶³

Sin embargo, la dicotomía en la noción del contrato emanada del rol de la buena fe, también ha sido puesta en tela de juicio.⁶⁴ Se puede argumentar que existen estrechas relaciones entre dicho principio y la interpretación contractual; incluso, que dentro de un mismo sistema jurídico a menudo se aplican indistintamente, o como medios alternativos en el análisis de un caso,⁶⁵ lo que aparece recogido en los llamados “términos implícitos” a que se recurre frecuentemente en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica,⁶⁶ y que permiten incorporar al contrato aquellos aspectos de las obligaciones básicas o primarias de las partes, que no pueden ser directamente explicadas por los términos expresos del acuerdo.⁶⁷ Este efecto es similar al que resulta de la aplicación del principio de buena fe contractual. En esa línea, no es difícil concluir que en lo que refiere al contenido del contrato, los resultados que se obtienen ya sea por la vía de la aplicación de la buena

⁶² El desarrollo histórico avala la escasa relevancia del principio; en ese sentido, se ha señalado que “aun cuando es cierto que, ya en 1766, Lord Mansfield se había referido a la buena fe como <un principio rector... aplicable a todos los contratos>, dicho principio nunca arraigó en Gran Bretaña.” No obstante, agrega, el principio fue retomado en EEUU a propósito de la preparación del *Uniform Commercial Code* (UCC); de igual forma, y por influencia del UCC, los redactores del *Restatement (Second) of Contracts* agregaron una previsión según la cual se impone a las partes del contrato un deber de buena fe. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*. Madrid, Thomson Civitas, 2005. p. 65. ZIMMERMANN, Reinhard and WHITTAKER, Simon, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, op. cit., p. 15.

⁶³ ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman law, European law. The civilian tradition today*. Oxford, Clarendon Law Lectures, Oxford University, 2001. p. 169.

⁶⁴ ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman law, European law. The civilian tradition today*, op. cit., p. 170.

⁶⁵ *Ibidem*, op. cit., p. 173.

⁶⁶ *Ibidem*, op. cit., p. 173.

⁶⁷ ATIYAH, P.S. y SMITH, Stephen, *Atiyah's Introduction to the law of contract*. Oxford, Clarendon Press, 2005. p. 155 s. Agregan que, en algunas oportunidades, se utilizan los términos implícitos para explicar un número relevante de normas legales, en particular, se argumenta que las reglas sobre error, frustración y cumplimiento, son parte del derecho de los términos implícitos. Sobre los términos implícitos del acuerdo, también TREITEL, T.H., *The law of contract*. Gloucester, Thomson, Eleventh Edition, Reimpresión 2005. p. 206 ss.

fe en el derecho continental, o de los términos implícitos en el *common law*, son muy similares.^{68 69}

El segundo aspecto, refiere al fundamento último del contrato. En el sistema continental el contrato encuentra su pilar en el dogma de la voluntad, proveniente del derecho natural racionalista,⁷⁰ por lo que el contrato nacería producto del consentimiento “como un *vinculo iuris* que genera deberes y la *lex contractus* como una norma de conducta”.⁷¹ Por su parte, en el derecho del *common law* el contrato se centra en la idea de promesa y de intercambio de las mismas, con el compromiso de actuar en el futuro como había sido previsto de antemano, garantizándose que será así.⁷² No obstante, la regulación contenida en la CISG marca un hito fundamental, de ahí su trascendencia para el derecho uniforme y el proceso de modernización del derecho contractual, pues constituye la mejor expresión concreta de unificación jurídica en el ámbito de los contratos, lo que se debe, precisamente, al hecho de que fusiona los sistemas del *civil law* y del *common law*.⁷³ Es de esa simbiosis que se nutre la concepción del contrato del nuevo derecho, que no desconoce el rol de la voluntad como piedra angular, pero que la entiende como un elemento que promueve la consecución de los intereses de los contratantes.

⁶⁸ Y es que incluso las divergencias entre ambos sistemas jurídicos susceptibles de ser calificadas de sustantivas y, por consiguiente, insalvables, aunque son profundas- ello no puede desconocerse-, ante determinados conflictos contractuales que surgen al amparo de una y otra tradición, el resultado final suele ser similar, mediante la aplicación de sus propias reglas, principios y doctrina. Otro ejemplo de aquello se visualiza en materia de resolución por incumplimiento, pues de manera similar al derecho continental, en el derecho inglés tampoco cualquier incumplimiento permite resolver el contrato, conclusión a que se arriba por la vía de la distinción entre *condition* y *warranties*, siendo posible ese remedio sólo para el incumplimiento del primer tipo de pactos. CLEMENTE, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998. p. 258 ss.

⁶⁹ Así, por ejemplo, se evidencia de un estudio de treinta casos tanto del *civil law*, como del *common law*, en que queda de manifiesto que la diferencia en resultados es marginal, citado en ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman law, European law. The civilian tradition today*. op. cit., p. 170 ss.

⁷⁰ También nuestro código civil, como hemos señalado anteriormente. DOUGNAC, Antonio, *La codificación en Chile y la formación de su Código Civil*, En El código civil de Chile (1855-2005), Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005), op. cit., p. 136.

⁷¹ *Ibidem*, p. 128. El derecho chileno sigue esta línea, lo que queda ampliamente corroborado por lo establecido en los artículos 1438, 1445 y 1545 del código civil.

⁷² Díez-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 128 s.

⁷³ Sin perjuicio de otras experiencias en que también queda de manifiesto este diálogo entre *civil law* y *common law*, como ocurre en el código civil de Quebec. ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*, op.cit., p. 114. Díez-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 84.

2.5. Referencia a los instrumentos internacionales de armonización del derecho de las obligaciones.

La finalidad de este acápite es proporcionar una visión sumaria de los instrumentos normativos más relevantes que configuran el nuevo derecho de la contratación. Haremos mención a estos instrumentos porque ya han influido y, posiblemente, seguirán influyendo en el derecho nacional, razón por la cual a lo largo de nuestro trabajo recurriremos a varias normas contenidas en los mismos.

Cuando hablamos de instrumentos normativos de armonización del derecho de obligaciones,⁷⁴ especialmente de los contratos, aludimos a aquellos cuerpos de normas que tienen por objeto propender a la uniformidad jurídica, configurando el denominado nuevo derecho de la contratación. En efecto, el proceso de armonización se ha plasmado a través de tales instrumentos, algunos de los cuales han sido de iniciativa académica privada, en tanto que otros han surgido al alero de organismos oficiales de la Unión Europea. Entre todos ellos, sin embargo, se produce una constante retroalimentación, influenciándose recíprocamente.

Una cuestión intensamente debatida, ha sido la determinación de la forma más apropiada que debe adoptar la regulación para lograr la tan anhelada armonización. Una posibilidad es hacerlo a través del establecimiento de normas comunes de conflictos de leyes, como la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales,⁷⁵ mecanismo que no altera el derecho sustantivo interno de cada Estado; la otra, más compleja, es unificar el derecho sustantivo o material. A su turno, en lo que toca al derecho sustantivo, tampoco hay consenso sobre si lo más recomendable es el establecimiento de un conjunto de principios uniformes, susceptibles de ser aplicados por parte de los Estados; o si, por el contrario, es más coherente con los propósitos de la

⁷⁴ Utilizamos el término “instrumento”, por la amplitud de su significado, que nos permite incorporar de forma cómoda una gran variedad de cuerpos normativos de diverso origen, extensión, y configuración. Así, “instrumento” para el Diccionario de la real Academia Española es un “conjunto de piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios”.

⁷⁵ BOUCARD, Hélène, *La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea*. Revista electrónica de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada. [en línea] <www.refdugr.com> [consulta: noviembre 2010]. p. 1 s.

uniformidad la adopción de un código común.⁷⁶ Debates que, en definitiva, se sitúan en un problema fundamental: el grado de intensidad que ha de tener la uniformidad que se busca.⁷⁷

Así, por un lado existe toda una corriente que propugna la ineludible necesidad de adoptar un código común en los Estados que conforman la Unión Europea, lo que materializaría la efectiva realización del mercado común a través de la dictación de una ley sustantiva única, cuestión que no se obtiene con otro tipo de instrumentos que, por ejemplo, sólo tengan por fin solucionar conflictos de leyes.⁷⁸ Por otra parte, está aquella posición que postula que basta con la elaboración y posterior aplicación de principios generales, con lo cual no se atentaría con la autonomía interna de los distintos países. Si se pasa revista a los distintos cuerpos normativos que conforman el derecho uniforme de los contratos,⁷⁹ vemos que transitan por una y otra vereda, prevaleciendo esta última.

Forman, además, parte del derecho uniforme contractual, aquellos cuerpos normativos de aplicación general, esto es, que rigen o pretenden ser aplicados por todos los Estados – y sus nacionales-, incluso los que no forman parte de la Comunidad Europea, y que también han sido fuente de inspiración para las diversas propuestas de unificación. En este último grupo es necesario mencionar a la CISG, cuya relevancia, decíamos, se explica por varias razones. Primero, porque en ella se materializa el diálogo entre *civil law* y el *common law*. En seguida, porque desde que se encuentra en vigor ha sido aplicada por los operadores jurídicos de todas partes del mundo; asimismo, ha servido de arquetipo para la elaboración de otros cuerpos normativos -por ejemplo, de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales-, y de diversas modificaciones a legislaciones internas, como la reforma al código civil holandés de 1992.⁸⁰ La razón de esto último se debe a que, aunque la Convención reglamenta un contrato en particular, “contiene normas

⁷⁶ Sobre estas alternativas, Díez-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 131 s.

⁷⁷ LARROUMET, Christian, *La unificación del derecho de las obligaciones en Europa*, op. cit., pp. 69-80.

⁷⁸ GARCÍA, Gabriel, *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía*. Estudios, Madrid, Editorial Reus S.A., 2010. p. 15.

⁷⁹ MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*. En Derecho de daños, op. cit., p. 194.

⁸⁰ BOUCARD, Hélène, *La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea*, op. cit, p. 2.

a su vez formadas por criterios que arrojan luz decisiva sobre muchas cuestiones generales del Derecho de contratos”.⁸¹

También de aplicación general son los Principios de UNIDROIT,⁸² tanto en su versión original de 1994, como luego de su revisión del año 2004, siendo de la máxima relevancia para el derecho uniforme. La universalidad que pretenden los Principios de UNIDROIT,⁸³ se manifiesta con la sola lectura del Preámbulo.⁸⁴ Los Principios de UNIDROIT se caracterizan por comprender todo el derecho contractual,⁸⁵ y por servir de modelo para las legislaciones nacionales, como asimismo, de referencia para la elaboración de convenciones internacionales.⁸⁶ Para este propósito, sus redactores optaron por recoger de manera neutral los conceptos del derecho de la contratación, de manera que las instituciones que se regulan son familiares a cualquier sistema jurídico, independientemente del hecho que internamente su alcance sea diverso.⁸⁷ Probablemente debido a que en su origen se trata de una iniciativa académica privada, hoy se discute sobre la naturaleza jurídica que han adquirido con el paso del tiempo. En tal sentido, se resalta su semejanza

⁸¹ DIEZ-PICAZO, Luis (Director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Navarra, Thomson, Civitas, 2006. Preámbulo, s/p.

⁸² Iniciativa del International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

⁸³ Sobre su universalidad, se observa que se puede “advertir su coincidencia con muchas de las soluciones de los derechos nacionales – pertenecientes tanto al sistema continental como al del *common law*-, y su adecuación a las exigencias jurídicas del mundo moderno de los negocios, aunque no tengan carácter de internacional”. ALTERINI, Atilio, *Estudios de derecho civil. Conceptos-contratos-consumidor-derecho de daños*. Buenos Aires, La Ley, 2007. p. 243.

⁸⁴ “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deben aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (*).

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no hayan escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma, Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), 2007.

⁸⁵ Ello, a diferencia de los Principios de derecho europeo de contratos. ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*, op.cit., p.121 s.

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 83.

⁸⁷ DE LA SIERRA, María, *Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional*. Ponencia Congreso Rioja 2009, p. 3. [en línea] <http://eprints.ucm.es/9556/1/pc_congreso_rioja2009_eprint.pdf> [consulta marzo 2011]

con los Restatement,⁸⁸ en tanto constituyen una recopilación de reglas y principios del derecho de los contratos de aplicación voluntaria por los operadores del derecho, con la diferencia de que tienen una naturaleza universal pues contendrían la *lex mercatoria*,⁸⁹ formando parte del *soft law*.⁹⁰

En el ámbito estrictamente europeo, es evidente la semejanza entre los Principios de UNIDROIT y los Principios de derecho contractual europeo, en adelante PECL, especialmente porque ambos tienen por finalidad regular las transacciones comerciales transfronterizas. No obstante la similitud entre ambos, se destaca que los últimos no constituyen una mera repetición de los Principios de UNIDROIT, ya que sus reglas son más completas y precisas.⁹¹ Los PECL son fruto de la Comisión de derecho contractual europeo que comenzó a reunirse oficialmente desde 1980 bajo la dirección del profesor Ole Lando,⁹² y cuyos objetivos se pueden agrupar en:

- 1.- Facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa.
- 2.- Ofrecer fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del derecho contractual.⁹³
- 3.- Llevar a cabo una función de mediación entre el *civil law* y el *common law*.⁹⁴
- 4.- Concretar la moderna *lex mercatoria europea*.⁹⁵

⁸⁸ Como se sabe, no hay traducción para esta denominación aunque se considera que son una suerte de recopilaciones jurídicas publicadas por asociaciones privadas, que contienen los criterios jurídicos vigentes sobre determinadas materias. En lo que nos interesa, se destaca el Restatement (Second) of the law of contracts GONZÁLEZ, Nuria, *Common Law: especial referencia a los Restatement of the law en Estados Unidos*. p.25 s. [en línea] <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/19.pdf> > [consulta noviembre 2010]

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 83.

⁹⁰ DE LA SIERRA, María, *Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional*, op. cit., p. 12.

⁹¹ LARROUMET, Christian, La unificación del derecho de las obligaciones en Europa, op. cit., p. 76 s. JANSEN, NEILS Y ZIMMERMANN, REINHARD, *Contract formation and mistake in european contract law: a genetic comparison of transnational model rules*. Oxford Journal of legal studies, Oxford, vol. 31, n°4, 2011. p. 626.

⁹² CÁMARA, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*. Madrid, Colex, 2003. p. 193 s.

⁹³ Que sería su principal finalidad. CÁMARA, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, op. cit., p. 196.

⁹⁴ Sin perjuicio de los obstáculos que esta labor supone, según revisamos. DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 126 ss.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 83.

5.- Servir de fuente de inspiración para los tribunales y legisladores nacionales en el desarrollo de su derecho contractual interno.

6.- Constituirse como un paso hacia la codificación del derecho contractual europeo.⁹⁶

Las fuentes de inspiración de los PECL son, en primer lugar, los Restatements norteamericanos. Sin embargo, estos últimos pretenden únicamente consignar el derecho vigente, en tanto que los PECL son más ambiciosos, según se constata en sus objetivos. En esa línea, los PECL persiguen erigirse como “el núcleo común (*common core*) del Derecho europeo de contratos considerándolo como algo efectivamente existente. Pretenden, además, contribuir a la unificación de esta materia en el Derecho europeo, con independencia de que lleguen a formar un conjunto de reglas que puedan ser inmediatamente aplicables”.⁹⁷ En seguida, son también fuente de los PECL, los Principios UNIDROIT y la CISG.⁹⁸

También ha sido relevante en el proceso modernizador, aunque no con la misma influencia que los PECL, el Anteproyecto de la Academia de Pavía de “Código europeo de contratos”. Tal como los PECL, el Anteproyecto constituye una iniciativa académica privada.⁹⁹ Empero, hay notables diferencias entre ambas propuestas, como señala García Cantero, tanto en la forma de trabajo adoptada por los juristas que participan en uno y otro proyecto; como por las fuentes utilizadas en cada caso; y evidentemente, en la manera en que se estructura uno y otro cuerpo normativo.¹⁰⁰ Así, mientras “Lando se ha orientado especialmente y se ha guiado preferentemente por la experiencia inglesa, y se ha propuesto alumbrar unos principios comunes a los sistemas del *civil law* y del *common law*. La Academia de Pavía aspira, por su parte, a elaborar un conjunto de reglas o preceptos que sean inmediatamente aplicables por el Juez o el operador del derecho, y sin olvidarse de las concepciones del derecho inglés –tenidos en cuenta a través del Code McGregor,-¹⁰¹

⁹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*, op.cit., p. 115 s. DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 76 ss.

⁹⁷ *Ibidem.*, p. 78.

⁹⁸ *Ibidem.*, p. 84.

⁹⁹ Sin perjuicio que, como señala García Cantero, al igual que los PECL, han sido de alguna manera oficializados por los organismos de la Unión Europea, aunque carecen de fuerza obligatoria, poseyendo solo autoridad científica. GARCÍA, Gabriel, *La traducción española de la parte general del código europeo de contratos*. Bogotá, Ediciones Academia colombiana de jurisprudencia, 2004.

¹⁰⁰ GARCÍA, Gabriel, *La traducción española de la parte general del código europeo de contratos*, op. cit.

¹⁰¹ Que se origina en el trabajo del profesor Harvey McGregor, iniciado a instancias de la *Law Commission*, a fines de la década del sesenta del pasado siglo, pero que recién fue conocida de manera más amplia el año 1990, en el Encuentro de Pavía de 1990. Como señala Giuseppe Gandolfi,

pero tomando también en consideración la extensa experiencia bicentenaria codificadora europea, en la que destaca la función mediadora realizada por el Codice civile de 1942".¹⁰² Es decir, el propósito perseguido por el Proyecto de Pavía no sólo es facilitar el comercio transfronterizo, sino "lograr un mercado interior unificado en todos sus aspectos, incluso jurídicos".¹⁰³ Además de las influencias antes indicadas, el Anteproyecto ha tenido como fuentes de inspiración a la CISG, al código civil alemán de 1900 o BGB, al Código suizo de obligaciones, e incluso a algunos códigos americanos, como el de Québec de 1991 y el argentino.¹⁰⁴ La doctrina ha reconocido la contribución del Proyecto Gandolfi al proceso modernizador, no sólo por el texto en sí mismo, sino por la creación de la Academia de Privatistas de Pavía "cuya existencia va a estar íntimamente vinculada a la elaboración del Proyecto de Código Europeo de Contratos".¹⁰⁵ Y aunque ya no se postula la factibilidad de un código europeo,¹⁰⁶ el aporte de este trabajo sigue presente.¹⁰⁷

En seguida, ha sido fundamental en el proceso de armonización el *acquis communautaire* o acervo comunitario, conformado por el cúmulo de regulación europea integrada por los Tratados, reglamentos, las directivas emanadas de la Unión Europea, y las decisiones del Tribunal Europeo de Justicia – TJCE-.¹⁰⁸ Esta legislación comunitaria fue recogida por el Acquis Group, en los Principios del derecho contractual comunitario o

la particularidad de este proyecto, es que claramente constituye una apertura al derecho continental de los contratos, lo que se manifiesta no sólo por la propia idea de codificar el derecho anglosajón de los contratos, sino porque se acogen concepciones típicas del *civil law*, como la no incorporación de la *consideration*; o la admisibilidad de la *specific performance*. MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, op. cit., p. 28.

¹⁰² GARCÍA, Gabriel, *La traducción española de la parte general del código europeo de contratos*, op. cit.

¹⁰³ LARROUMET, Christian, *La unificación del derecho de las obligaciones en Europa*, op. cit., p. 77.

¹⁰⁴ ROGEL, Carlos (coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa* (Traducción José Luis de los Mozos y Carlos Rogel). Madrid, Editorial Reus S.A., 2009. p.9.

¹⁰⁵ GARCÍA, Gabriel, *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía*. Estudios, Colección Jurídica General. Madrid, Editorial Reus S.A., 2010, p.22.

¹⁰⁶ PIZARRO, Carlos, *Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos*. Revista de derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1º semestre 2011. p. 120. EIDENMULLER, Horst, FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans, JANSEN, Nils, WAGNER, Gerhard, ZIMMERMANN, Reinhard, *El marco común de referencia para el derecho privado europeo*. ADC, Madrid, n°. LXII, fsc. IV, 2009. p. 1464.

¹⁰⁷ VATTIER, Carlos, *El derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía*. ADC, Madrid, n° LXI, fasc. IV, 2008. p. 1865.

¹⁰⁸ SCHULZE, Reiner, *El *acquis communautaire* y el marco común de referencia para el derecho contractual europeo*. En Principios de derecho contractual europeo y principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. Actas del congreso internacional celebrado en Palmas de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007. Madrid, Dykinson, 2009. p.53.

“Acquis principles”,¹⁰⁹ que constituirían la contrapartida de los PECL, pues estos últimos no toman en cuenta el derecho comunitario, ya que a la sazón, el derecho comunitario era escaso.¹¹⁰ El acervo comunitario pone el énfasis en el derecho contractual, especialmente en el ámbito de relaciones de consumo, aportando una serie de elementos de gran interés, como el reconocimiento a los deberes de información, normas sobre formación de los contratos, eficacia de las condiciones generales de la contratación, entre otros.

Por el contrario, el Marco Común de Referencia, MCR (*Common Frame of Reference*) o Instrumento Optativo de Derecho Contractual,¹¹¹ se erige como sucesor de los PECL,¹¹² aunque de cobertura más amplia como señala su misma introducción.¹¹³ El MCR pretende constituirse en un conjunto de normas a que los operadores jurídicos y las legislaciones puedan recurrir para encontrar soluciones comúnmente aceptadas para un problema determinado, siendo además posible que las partes las incorporen libremente en los contratos, tanto domésticos como transfronterizos.¹¹⁴ Y es que más allá de los cambios de opinión que ha tenido la Comisión Europea respecto del MCR, este instrumento arranca su importancia en la potencial influencia que puede tener en la doctrina y jurisprudencia

¹⁰⁹ JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard, *Restating the Acquis Communautaire? A critical examination of the “Principles of the existing EC contract law”*. The modern law review, Oxford, vol. 71, nº 4, 2008. p. 508. El artículo 1:101 de los Acquis principles, establece: “Ámbito de aplicación y propósito de estos principios (1) Los siguientes principios y normas se formulan sobre la base del derecho de la comunidad europea ya existente en el ámbito del derecho de contratos. (2) Estos principios y normas sirven como fuente para la redacción de normas, la transposición y la interpretación del derecho comunitario europeo. (3) No son formulados para ser aplicados en el ámbito del derecho laboral, el derecho de sociedades, el derecho de familia o el derecho de sucesiones”. Se ha recurrido a la traducción de los Acquis principles elaborada por la profesora Esther Arroyo. En Principios de derecho contractual europeo y principios de unidroit sobre contratos comerciales internacionales. Actas del congreso internacional celebrado en Palmas de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, op. cit. p. 66.

¹¹⁰ JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard, *Restating the Acquis Communautaire? A critical examination of the “Principles of the existing EC contract law”*, op. cit., p. 509.

¹¹¹ Una exposición resumida de la génesis del Marco Común de Referencia en MOMBERG, Rodrigo, *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*, op. cit. EIDENMULLER, Horst, FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans, JANSEN, Nils, WAGNER, Gerhard, ZIMMERMANN, Reinhard, *El marco común de referencia para el derecho privado europeo*, op. cit., p. 1141- 1522.

¹¹² ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Barcelona, Bosch, 2008, p. 38. REDONDO, Francisco, *De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo ius commune*. ADC, Madrid, nº LXIII, fasc. IV, 2010. pp. 1644 -1682.

¹¹³ No obstante, en la elaboración del MCR, igualmente hay influencia del *acquis communautaire*. Cfr. SCHULTE-NOLKE, Hans, *From the acquis communautaire to the common frame of reference. The contribution of the Acquis Group to the DCFR*. Revista jurídica internacional, nºXIV, 2008. pp. 27-31.

¹¹⁴ VON BAR, Christian, *Marco común de referencia: Conferencia*. El Notario del siglo XXI, Madrid, nº 32, julio-agosto 2010. p. 1.

europea, hecho que ya es posible constatar, además de constituirse en la base para la elaboración de un Instrumento Optativo que, según los propósitos de la Comisión Europea, se establecerá como Reglamento comunitario.¹¹⁵

Un último instrumento a destacar en el proceso de armonización, es la Propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa opcional europea –CESL-, publicada el 11 de octubre de 2011 por la Comisión Europea, que incorpora elementos y doctrinas del acervo comunitario, como las obligaciones de información y el derecho de retracto.¹¹⁶

2.6. La modernización del derecho de las obligaciones en las legislaciones internas.

De la mano del proceso anterior, los propios Estados de la Unión Europea han emprendido la tarea de modernizar el derecho interno de obligaciones, y ciertas experiencias también se vislumbran en nuestro continente. Nos interesa hacer alguna referencia a estos procesos, pues las normas que se contienen en los códigos - luego de las reformas experimentadas-, o en los proyectos en actual debate, servirán de parangón con las normas e interpretaciones contenidas en el derecho nacional; e incluso se podrían ensayar soluciones interpretativas similares, en la medida que sean coherentes con nuestro sistema, ejercicio que llevaremos a cabo en los próximos capítulos.

¹¹⁵ VON BAR, Christian, *Marco común de referencia: Conferencia*, op. cit., p. 2. Es decir, ello supone que ya no estaría en la idea de la Comisión su incorporación como derecho interno de los Estados. Cfr. EIDENMÜLLER, Horst, FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans, JANSEN, Neils, WAGNER, Gerhard, ZIMMERMANN, Reinhard, *The Common Frame of reference for european private law-policy choices and codification problems*. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, vol. 28, n°4, 2008. pp. 659-708. No obstante, como se ha puesto de relieve, no hay total claridad sobre el rol que finalmente desempeñará el MCR. SERRANO, María, *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del derecho privado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. p. 27 s.

¹¹⁶ European Commission, *Proposal for a regulation of the european parliament and of the council on a common european sales law*. Bruselas, 11 de octubre de 2010.

En Europa,¹¹⁷ se destaca el proceso llevado a cabo por el derecho alemán que culminó con la reforma al BGB sobre derecho de las obligaciones, y que aunque comenzó recién a regir el 1 de enero de 2002,¹¹⁸ ya se empezó a gestar el año 1978, mediante la propuesta hecha al Parlamento Federal por quien era a la sazón Ministro de Justicia. Las finalidades de la reforma eran: la integración en el BGB de materias contenidas en leyes especiales; la incorporación de nuevos tipos contractuales; la reforma de muchos tipos de obligaciones específicas que aunque ya estaban reglamentados, necesitaban de revisión; y la necesidad de reformular el derecho de obligaciones para adaptarlo a los cambios que estaba experimentando el derecho internacional.¹¹⁹ Comenta Zimmermann que la entrada en vigor de las modificaciones enfrentó a los profesores de derecho privado, provocando una gran división que califica de “sin precedentes”, por lo que recomienda que “los autores alemanes deberán abstenerse de contemplar el Derecho alemán como algo aislado. Deberán tener en cuenta, y a la vez contribuir a, lo que puede ser considerado uno de los mayores acontecimientos de nuestra época: la creciente europeización del Derecho privado”.¹²⁰ El proceso de modernización alemán no sólo ha sido relevante para la propia Alemania, sino para el resto de Europa y, en general, para el derecho civil continental, pues ha implicado la incorporación al BGB de muchas Directivas europeas; y además, porque se han tomado en consideración los instrumentos jurídicos internacionales a que ya hemos aludido.¹²¹ Es decir, por una parte efectivamente constituye una experiencia de recodificación y, por otra, en el BGB se materializó el fenómeno de europeización del derecho.¹²²

También se debe resaltar el proceso de revisión que se está llevando a cabo tanto en Francia, como en España, ambos de gran interés para nuestro derecho. Es indudable la importancia que reviste la revisión a que está siendo sometido el Code para el derecho nacional, pues éste sirvió de modelo fundamental, aunque no exclusivo, para el código civil, especialmente en la elaboración del Libro IV referido a las obligaciones en general y a los

¹¹⁷ Hay otros procesos de modernización muy relevantes, como el llevado a cabo en Holanda, que culminó con el nuevo código civil holandés de 1992; en el caso americano, aquel que se materializó con el código civil de Québec en 1994.

¹¹⁸ Un análisis en extenso del proceso de reforma, en ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, op. cit.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 36.

¹²¹ EBERS, Martin, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002*. ADC, Madrid, n°. LVI, fasc. IV, 2003. 1188, p. 1579. ALBIEZ, Klaus, *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB*. ADC, Madrid, n° LV, fasc. III, 2002. p. 1133- 1227.

¹²² EBERS, Martin, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002*, op. cit., p. 1579.

contratos,¹²³ por lo que es posible aventurar que las modificaciones que se introduzcan a ese Código no sólo serán objeto de estudio por nuestros juristas, sino que posiblemente orientarán nuevas interpretaciones a las disposiciones contenidas en el código nacional. El proceso modernizador en Francia se está llevando a cabo a través de tres proyectos distintos, el primero se origina en la conformación de un grupo de trabajo el año 2003, encabezado por la Asociación Capitant, dirigido por el profesor Pierre Catala, razón por la cual se le conoce con la denominación de “proyecto Catala”, y que fuere presentado al Ministerio de Justicia el año 2005. Este proyecto contempla en general al derecho de obligaciones, pero no a los contratos en particular. Según la doctrina, el proyecto Catala no tiene por fuentes de inspiración a los PECL, ni a los Principios UNIDROIT, como tampoco al Anteproyecto de Código de la Academia de ius privatistas europeos, y ni siquiera a la CISG, sino que mira a la propia tradición francesa lograda a través de los años por la doctrina y la jurisprudencia, por lo que el proyecto además busca llenar una serie de lagunas legales.¹²⁴ El segundo proyecto fue elaborado al interior del Ministerio de Justicia y difundido el año 2008, pero que sólo toca al derecho contractual. Y el tercer proyecto, también referido únicamente al derecho de los contratos, elaborado en el seno de la “Académie des Sciences Morales et Politiques” dirigido por el profesor François Terré, conocido como “proyecto Terré”.¹²⁵

El proceso de modernización que se encuentra realizando el derecho español es igualmente relevante, pues además de los lazos históricos que nos vinculan, nuestro interés se justifica porque se trata de un sistema jurídico que ha sido adoptado como modelo en algunas de las más importantes modificaciones legales experimentadas por nuestro país

¹²³ Ello, como se sabe, es fácilmente apreciable desde la lectura del Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del código civil, párrafo 36. Sobre la influencia del Code en materia de obligaciones. PIZARRO, Carlos, *La influencia del Code en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?* En El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del código civil francés. Santiago, Cuadernos de extensión jurídica 9, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, 2004.

¹²⁴ CABANILLAS, Antonio, *El anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)*. ADC, Madrid, n° LX, fasc. II, 2007. pp. 622 - 848.

¹²⁵ POILLOT, Elise, *Breve presentación del anteproyecto de reforma francés del derecho de obligaciones*. ADC, Madrid, n° LIX, fasc. III, 2006. pp. 1309- 1320. PIZARRO, Carlos, *Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos*, op. cit., pp. 117- 138. Algunos de estos antecedentes han sido extraídos del material de discusión “Los proyectos franceses de reforma del derecho de los contratos” elaborado por el profesor Rémy Cabrillac (inédito).

últimamente.¹²⁶ La modernización se materializa en la reciente Propuesta de Modernización del código civil sobre obligaciones y contratos publicada por el Ministerio de Justicia y elaborada por la Comisión general de codificación.¹²⁷ En la exposición de motivos de la propuesta se hace ver la urgente necesidad de examinar, reexaminar y aún sustituir, cuando sea necesario, las normas sobre derecho de las obligaciones, acorde a los fenómenos de masificación y estandarización contractual, de la globalización y a la existencia de estructuras supranacionales.¹²⁸ En esa línea, se destaca la existencia de un núcleo de derecho europeo de contratos conformado por los instrumentos regulatorios de derecho uniforme, lo que trae como consecuencia la necesidad de coordinarlo con los ordenamientos civiles internos.

En Latinoamérica la necesidad de modernizar el derecho de las obligaciones no es ajena. En Argentina, ha habido un largo proceso de revisión que data de más de ochenta años, en el que se han elaborado diversos proyectos de código civil, entre ellos, el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación o Proyecto de 1987; y el denominado Proyecto de código civil de 1998, de la Comisión Honoraria creada por el Poder Ejecutivo Nacional en 1995. Este último proyecto de código recoge muchas de las normas y principios de los instrumentos regulatorios que hemos indicado,¹²⁹ y continúa siendo objeto de análisis por los juristas trasandinos. Pero,

¹²⁶ Ello se denota en materias tan diversas como en la reforma procedimiento laboral incorporado por la ley 20.087, que para efectos de la elaboración del procedimiento de tutela laboral tuvo a la vista un procedimiento español análogo. Pero en el derecho civil, la influencia española es aún más clara, como queda de manifiesto en la historia fidedigna del establecimiento de las ley N°19.585, sobre filiación, lo que ya se evidencia desde el Mensaje con que el Ejecutivo da comienzo a la tramitación del proyecto de ley, N°198-326, de 22 de julio de 1993; y de la ley N°19.947, Ley de matrimonio civil.

¹²⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA, Boletín de información año LXIII, enero de 2009. Gobierno de España.

¹²⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA, Boletín de información año LXIII, op. cit., p. 10. JEREZ, Carmen y PÉREZ, Máximo, *La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, n°19, 2009. p. 168. En nuestro país, este proyecto ya ha encontrado algún eco, como se visualiza en VIDAL, 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, Santiago, n°16, 2011. pp.243-302. PEÑAILILLO, Daniel, *La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno*, Revista de derecho Universidad de Concepción, Concepción, n°225-226, 2009. pp. 7- 44.

¹²⁹ ALTERINI, Atilio, *Estudios de derecho civil. Conceptos- contratos-consumidor-derecho de daños*, op.cit., p. 437 ss.

además, recientemente se ha publicado el “Proyecto de código civil y comercial de la Nación de 2012”, redactado por la Comisión de reformas, designada por decreto 191/2011.¹³⁰

El caso colombiano es semejante, y aunque no hay una proposición oficial de modernización del derecho de las obligaciones, la inquietud está presente en la doctrina, como lo demuestra la labor de difusión de la discusión por la Red de profesores de derecho privado, y la gran cantidad de foros y seminarios en que es objeto de debate.

En situación análoga se encuentra nuestro país, pues ya desde los años noventa se evidencia la necesidad de rever nuestro código civil,¹³¹ especialmente el libro IV.¹³² Lo anterior, sin perjuicio de Perú que va un paso más adelante, con su moderno código civil de 1984.

2.7. La concepción de contrato en el nuevo derecho de la contratación, y su aplicación en Chile.

El advenimiento del nuevo derecho de la contratación, supone necesariamente el advenimiento de una nueva concepción de contrato, pues aquellas elaboradas al amparo

¹³⁰ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N°884/2012. La Comisión para la elaboración del Proyecto se encuentra presidida por Ricardo Lorenzetti, y la integran Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

¹³¹ Este tema se encuentra tratado en varios textos de la doctrina nacional, pero se destaca como uno de los más recientes GUZMÁN, Alejandro (Editor científico), *El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005)*, op. cit., especialmente en los trabajos presentados por los profesores Hernán Corral “*La descodificación del derecho civil en Chile*”; Jorge Baraona “*En contra de una recodificación del derecho civil en Chile*”; Ramón Domínguez “*Por la mantención del “Código Civil” modificado*”; y Gonzalo Figueroa “*Hacia una recodificación sustitutiva del código civil*”, 639 ss.

¹³² Entre otros, VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado*, En *El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005)*, op. cit., p. 495 ss.; BARROS, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En *Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil*, Valparaíso, 2007, op. cit., p.427 s; sobre el desajuste entre las normas del código civil chileno y la actualidad, PIZARRO, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. En *Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil*, Valparaíso, 2007, op. cit., p. 398.

exclusivo del dogma de la autonomía privada, se han mostrado insuficientes para explicar y fundamentar lo que hoy se espera del contrato.

En el campo de la especulación, lo más probable es que el rol del contrato siempre ha estado muy claro para los operadores jurídicos; el problema ha sido la desvinculación entre los juristas y el mundo real en que esos operadores interactúan. Después de todo, como destaca Díez Picazo, ya en el siglo XIX el contrato se muestra como “la fuente de la razón y del beneficio a través del cual las clases emprendedoras pueden introducirse en los más variados negocios”.¹³³ Y es que desde que se consolidó la idea de contrato en el siglo XVII, se puede identificar, por una parte, a aquella concepción de contrato que tienen los especialistas, especialmente en el derecho continental y que se sustenta en los postulados del voluntarismo jurídico, y aquella otra que se tiene en la práctica contractual.¹³⁴ Por esa razón es que existe la necesidad de adoptar una concepción del contrato que acerque esos dos planos de la realidad, y que es la que se recoge en el nuevo derecho de la contratación: una concepción realista, pragmática, que complementa a la concepción que tiene como pilar fundamental al dogma de la voluntad.

No es nuestra intención sustentar una posición filosófica particular de la contratación civil,¹³⁵ según prevenimos al comienzo de estas líneas; como tampoco se pretende que esta visión implique introducir una nueva interpretación de los requisitos de los contratos o de las obligaciones, lo que alguna doctrina ya ha intentado,¹³⁶ pues ello escapa de los márgenes de la investigación, aunque evidentemente en algunos de los tópicos que analizaremos habrá alguna alusión a estos requisitos; el propósito que perseguimos es más modesto, sólo se intenta demostrar que es posible comprender el contrato haciendo primar

¹³³ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. T.I Introducción Teoría del contrato*. Sexta Ed. Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2009. p. 155. La misma idea en MITCHELL, Catherine, *Contracts and contrac law: challenging the distinction between the “real” and “paper” deal*. Oxford Journal of legal studies, Oxford, vol. 29, nº14, 2009. pp. 655-704.

¹³⁴ De ahí que Díez-Picazo dice que existen dos planos, uno que es aquel que arranca de la “tozuda realidad de los hechos”; y el otro, en que se ubica toda aquella teorización que sobre el contrato hacen los juristas. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I Introducción. Teoría del contrato*, op. cit., p. 158 s.

¹³⁵ Sin perjuicio de lo cual, hay variadas perspectivas teóricas que pueden sustentar desde la teoría del derecho esta concepción del contrato, y que pertenece estrictamente al derecho civil que revisamos. Una de ellas que nos parece plenamente coherente, es la sustentada por Jules Coleman, que concibe al contrato como “un esquema de cooperación local para beneficio mutuo”. COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*. Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 120 ss.

¹³⁶ ALCALDE, Jaime, *La causa de la relación obligatoria*. En Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, 2007, op. cit., p. 351 ss. En efecto, postula Alcalde, entre una gran diversidad de ideas que deja planteadas, que el interés del acreedor sería la causa final de la obligación.

los intereses de los contratantes, lo que es coherente con las necesidades del tráfico contemporáneo, y que ello es acorde con la hipótesis que planteamos.¹³⁷

Esta concepción de la relación obligatoria, y particularmente del contrato, era posible ya inferirla a partir de mucha doctrina comparada no tan reciente, que fue influenciada por diversas líneas de pensamiento, y que posteriormente se consolida con el nuevo derecho de la contratación, mediante la concreción en las normas que se contienen en los instrumentos regulatorios que lo integran, como asimismo, en los comentarios de los especialistas a esos mismos cuerpos normativos. La concepción a que aludimos supone concebir al contrato, antes que todo, como un instrumento a través del cual los sujetos regulan sus relaciones jurídico-económicas, con la finalidad de conseguir sus particulares propósitos. Debe, entonces, tomarse en consideración que al vincularse una parte contractualmente, busca obtener la satisfacción de determinados intereses,¹³⁸ por lo que el derecho debería privilegiar dichos intereses y su plena satisfacción.

En esta visión pragmática del contrato,¹³⁹ no se postula cuestionar la relevancia que siempre ha tenido la voluntad; por el contrario, una visión práctica del fenómeno de la contratación reconoce que la voluntad sigue siendo esencial en la formación y las consecuencias del contrato, pero se trata de una voluntad que ya no es concebida como doctrina exclusiva y excluyente que sustenta a la contratación, sino que es reconocida como el elemento que pone en movimiento al contrato. Voluntad que se puede configurar en forma muy incipiente -¹⁴⁰ como ocurre en la contratación en masa-, o de manera más sofisticada en aquellos contratos que son de gran complejidad - y que, por tanto, presentan una mayor discusión entre las partes, por lo que la formación de la voluntad es muy cercana a la manera en que se la ha concebido clásicamente-.

¹³⁷ No obstante, prevenimos que en el próximo capítulo volveremos sobre los intereses de las partes contratantes, pero centrado en la colaboración del acreedor.

¹³⁸ Evidentemente que la idea del interés del acreedor es bastante antigua, y siempre ha estado en el debate sobre las diversas concepciones de la obligación. Así, entre otros, GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Barcelona, Bosh, 1959. p. 269 ss. Sin embargo, a lo que se apunta es a la esencialidad de la satisfacción de interés, como núcleo definitorio del contrato. CAPILLA, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz, Fundación universitaria de Jerez, 1989. p. 35 s.

¹³⁹ Visión que el profesor Álvaro Vidal denomina "realista del contrato", VIDAL, Álvaro, *La noción de incumplimiento esencial en el código civil*. Revista de derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, n°32, junio 2009. p. 222.

¹⁴⁰ BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 21.

Consecuencialmente, el contrato reconoce en su interior tanto la existencia de obligaciones primordiales, que son aquellas que efectivamente permiten la satisfacción de los intereses de las partes; como deberes secundarios de conducta, que se constituyen como obligaciones funcionales que posibilitan el cumplimiento de las obligaciones primordiales. Como es posible la identificación de obligaciones de una y otra naturaleza para cada parte del contrato, es que la calificación de acreedor y/o deudor contractual se torna, las más de las veces, muy dificultosa, puesto que durante la vigencia del contrato éste se muestra como un proceso en que las calidades de deudor y/o acreedor se van adquiriendo dependiendo de la obligación de que se trate, en una suerte de espiral de intercambio continuo de roles, por eso es más adecuado hablar de “contratantes”, que de deudor y/o acreedor. Y por ello, es que cuando la doctrina alude al interés del acreedor como punto central de esta perspectiva del contrato, sólo supone reconocer que estando ante un contrato bilateral - que es el modelo que adoptaremos para el análisis-,¹⁴¹ la calidad de acreedor es del todo intercambiable durante el íter de la contratación; y además relativa, pues depende de la obligación primordial o secundaria que se analice. Volveremos sobre ello.

Como efecto directo de dar preeminencia al contrato como una herramienta que tiene como propósito primordial la satisfacción de las necesidades de los contratantes, es que la noción de incumplimiento que se privilegia es de carácter amplia, objetiva y abstracta, que permite ser utilizada por la parte contratante para efectos de justificar el ejercicio de cualquiera de las acciones que le franquea la ley para la realización de su interés,¹⁴² las que se organizan como un elenco de remedios ante la infracción contractual, cuya elección debería quedar al libre arbitrio del contratante insatisfecho.¹⁴³

Sin perjuicio de que analizaremos estas ideas con mayor detención, hay que resaltar nuevamente que esta concepción por la cual optamos, con las consecuencias antes anotadas, son las que contribuirán a comprobar nuestra hipótesis y que, en un primer acercamiento, implica afirmar que si para el cumplimiento de una obligación primordial que

¹⁴¹ Y que es el que se tiene permanentemente en vista tanto por las doctrinas más tradicionales, como por los autores contemporáneos, lo que además queda en evidencia al ser analizadas muchas de las normas de los códigos decimonónicos, como asimismo, de los instrumentos regulatorios del derecho uniforme.

¹⁴² Entre muchos LLAMAS, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid. Editorial Tridium S.A., 1999. p. 179 ss.

¹⁴³ PANTALEÓN, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*. ADC, Madrid, n° XLIV, fasc.III, oct-dic, 1991.p. 1043. PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. ADC, Madrid, n° XLVI, fasc. IV, oct-dic, 1993. p. 1720 s.

pesa sobre uno de los contratantes, se necesita de la colaboración del otro contratante - colaboración del acreedor-, hay dos grupos de intereses en juego. El primer interés es el del deudor, que espera legítimamente que el acreedor contractual le colabore para efectos de cumplir íntegra y oportunamente, pues sin su concurso lo más probable es que no se pueda obtener la o las obligaciones primordiales que asumió; y en segundo lugar, el interés del acreedor, quien también espera la satisfacción de sus intereses mediante la realización de las obligaciones primordiales que contrajo el deudor, para lo cual deberá, por su parte, cumplir con el deber de colaborar con el deudor, en tanto deber secundario de conducta.

En esta concepción del contrato que surge del nuevo derecho de la contratación, la mirada pragmática implica reconocer que lo prioritario de la relación obligacional es la satisfacción del interés de las partes, como Betti observa al analizar a la prestación como los tipos de cooperación debida por parte del deudor. Betti explica cómo debe entenderse dicho interés- y consecuentemente, que una vez satisfecho corresponde la liberación del deudor-,¹⁴⁴ por lo que en la faz activa de la obligación, lo determinante es la expectativa del acreedor en orden a ella sea obtenida.¹⁴⁵

La doctrina alemana desde hace años ha destacado esta visión práctica del contrato.¹⁴⁶ En efecto, a pesar que en un primer momento se privilegió el dogma de la voluntad individual, propio de la pandectística alemana,¹⁴⁷ que sustenta la teoría del negocio jurídico; con la entrada en vigencia del BGB se va advirtiendo el vuelco a un planteamiento más práctico, en que también queda de manifiesto la necesidad de proteger otros intereses,

¹⁴⁴ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*. T. I, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1969. p. 65.

¹⁴⁵ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 285.

¹⁴⁶ Nuestra doctrina civil más tradicional ha hecho, en general, caso omiso de la alemana, por ser considerada ajena a nuestra tradición jurídica, y aún a las fuentes que teóricamente Bello tuvo a la vista en la elaboración del Libro IV del código civil. Sin embargo, los especialistas chilenos más contemporáneos han volcado su mirada al derecho alemán, incluido al antiguo derecho de los pandectas, y se ha llegado a la conclusión que esa línea de pensamiento no le fue extraña a Bello, muy por el contrario, la acogió en el mismo Libro IV. Así, por ejemplo, en lo que respecta a la noción de contrato seguida por el código civil, el profesor Corral considera que Bello habría intentado una fórmula conciliadora entre la doctrina francesa de Pothier y la alemana del negocio jurídico de Savigny. CORRAL, Hernán, *La definición de contrato en el código civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*. En Derecho de los contratos. Cuadernos de extensión jurídica, n° 6. Santiago, Universidad de Los Andes, 2002. p. 71 s. Luego reiterada en CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p.10 ss.

¹⁴⁷ Hay que advertir, sin embargo, que a pesar que en la doctrina de la presuposición de Windscheid se denota esta relevancia de la voluntad, se comenta que con el tiempo se pasó de la "esfera de la investigación empírico-psicológica de la voluntad a la de una comprensión objetiva del sentido y sustituyó el concepto psicológico de voluntad por uno normativo". LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p.50.

como la seguridad del tráfico.¹⁴⁸ Esta mirada más práctica se denota del análisis de Ennecerus, que define el derecho de crédito como “el derecho de una persona, el acreedor, contra otra persona el deudor, dirigido a una prestación, más exactamente, a la satisfacción de un interés digno de protección”,¹⁴⁹ y luego al explicar el por qué el acreedor tiene derecho a exigir la prestación del deudor, recurre a la idea del fin del derecho de crédito, resaltando que el crédito tiende a la satisfacción de un interés privado.¹⁵⁰ ¹⁵¹De la clásica obra de Larenz sobre la base del negocio jurídico,¹⁵² se puede también colegir una perspectiva práctica del contrato, que podría quedar en evidencia, por ejemplo, en aquel distingo entre base subjetiva y base objetiva del negocio: la primera sería aquella representación mental que hacen las partes al concluir un negocio; y la segunda, “el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato -sépanlo o no los contratantes-, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto””.¹⁵³ De manera tal, que se enfatiza que el contrato es un instrumento de distribución y circulación de bienes y servicios que emanan de la iniciativa privada, es un medio de satisfacción de necesidades de las partes, que busca, precisamente, que dichos intereses se vean satisfechos.

En el derecho español, ello también se infiere de las ideas de De Castro sobre el negocio jurídico, que lo define como “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los

¹⁴⁸ GADIVIA, Julio, *Presuposición y riesgo contractual*, ADC, Madrid, n° XL, fasc.II, abril-junio, 1987. p. 554. Gadivia analiza este cambio de visión desde una concepción típicamente voluntarista a una más pragmática, a propósito de la doctrina de la presuposición de Windscheid.

¹⁴⁹ ENNECERUS, Ludwig. *Derecho civil I. Parte general*, vol 1°. Barcelona, Bosh, Casa Editorial Barcelona, 1953. p. 308. En esa línea, ya el año 1964, Díez-Picazo observaba que “el crédito es algo más que el simple poder de exigir una prestación. Es todo un amplio poder económico y social entregado a una persona para la protección y defensa de un interés que el ordenamiento jurídico considera merecedor de una tutela especial”. DÍEZ-PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*. Separata. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. ADC, Madrid, fasc. II, 1964. p. 357.

¹⁵⁰ ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil, Doctrina general. Derecho de obligaciones*. T. II, vol. 1° Barcelona, Bosh, Casa Editorial Barcelona, 1954. p. 5.

¹⁵¹ Ciertamente que no entraremos en el complejo tema del interés apreciable para que la obligación contractual tenga sanción jurídica. Sobre este tópico, entre muchos, GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, op.cit., p. 269 ss.

¹⁵² Que aunque ha sido sustento fundamental para sostener la revisión del contrato por cambio de las circunstancias, no cabe duda que recoge una determinada visión del contrato.

¹⁵³ LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada, Comares, 2002. p. 34. Más adelante agrega que “La finalidad objetiva del contrato es la finalidad de una parte si la otra la hizo suya. Esto ha de admitirse especialmente cuando tal finalidad se deduzca de la naturaleza del contrato y cuando ha determinado el contenido de la prestación o la cuantía de la contraprestación”, p. 159.

particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base a sólo dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos".¹⁵⁴ Esta definición se enmarca en su especial concepción del propósito práctico del negocio jurídico, que distingue, citando a Savigny, del fin jurídico, en orden a que se ha de privilegiar este propósito práctico por sobre la teoría tradicional de los efectos jurídicos del acto, cuestión que, agrega, se aplica por los Tribunales de Justicia, ya que consideran esencial a dicho propósito, valorando la conducta de las partes.¹⁵⁵

Por eso es que es posible sustentar que "el negocio jurídico debe ser entendido, siguiendo la idea de de Castro, no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio para organizar los particulares sus propios intereses".¹⁵⁶ Es decir, el negocio jurídico reflejaría todo el interés de las partes, de modo que lo decisivo es que ellas vean satisfecho tal interés, que es la finalidad u objetivo que persiguen obtener del mismo: lo relevante es el resultado.¹⁵⁷ Así, se agrega que "el contrato no sólo fundamenta un interés que se trata de satisfacer, sino que justifica y regula, dentro de ciertos límites, la puesta en riesgo de determinados bienes de los contratantes".¹⁵⁸ ¹⁵⁹ Es esta noción, según Morales Moreno, la que permite distinguir al interior del contrato dos tipos de elementos: los deberes de conducta del deudor, esto es, las obligaciones; y los estados de realidad que se toman en cuenta en el contrato, y que permiten la correcta realización del mismo;¹⁶⁰ agrega que la mirada en el interés negocial permite en caso de insatisfacción "plantear unitariamente, desde el propio negocio, el problema de los remedios jurídicos para esa insatisfacción".¹⁶¹

Esta concepción del contrato, que hace predominar su carácter de medio de satisfacción de intereses, es la que se infiere del derecho privado uniforme, cuestión que queda demostrada no sólo por la influencia de la tradición anglosajona en la armonización, sino

¹⁵⁴ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas, 1985. p. 34.

¹⁵⁵ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, op. cit., p. 30 s.

¹⁵⁶ MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones*, op. cit., p. 325. Nótese que el autor, por lo demás, habla de partes, más que de acreedor.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 329 ss.

¹⁵⁸ MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, Civitas, 2010. p.20.

¹⁵⁹ Señala que "el contrato, también, justifica la puesta en riesgo de determinados bienes (personales y patrimoniales) de los contratantes; y ofrece, adecuadamente integrado y con las limitaciones oportunas según el tipo de bienes (bienes no disponibles), los criterios aplicables para distribuir ese riesgo. MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*. En Derecho de daños, op. cit., p. 202.

¹⁶⁰ MORALES, Antonio, *Incumplimiento y culpa del deudor*, Ponencia (inédito), p. 6.

¹⁶¹ MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones*, op. cit., p. 336.

que además se refleja en normas e instituciones contractuales concretas que aparecen recogidas en los instrumentos regulatorios del derecho uniforme.

Una primera corroboración de la presencia de esta visión pragmática del contrato en el nuevo derecho de la contratación, se advierte en la tendencia a simplificar la celebración del contrato, lo que se ve demostrado tanto en las definiciones de contrato – o bien en la ausencia de ellas- que acoge el derecho uniforme,¹⁶² como asimismo, en la mínima exigencia de requisitos, en tanto se omiten algunos de aquellos que tradicionalmente se consideraban indispensables,¹⁶³ y en una mayor amplitud probatoria del contrato.¹⁶⁴

En los Principios de UNIDROIT, por ejemplo, no se contempla una definición de contrato, pero el punto de partida es el artículo 1.1 que reconoce la libertad de contratación.¹⁶⁵ Luego, en forma coherente con el favorecimiento al contrato, el artículo 1.2 dispone: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”. Sobre esta disposición, el Comentario de los Principios expresa que si bien la norma según la cual no se requiere de mayores formalidades para el perfeccionamiento del contrato se encuentra presente en muchos ordenamientos jurídicos, adquiere mayor importancia en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, en que debido a los avances de la tecnología, los contratos

¹⁶² De hecho, ya en el Contract Code se denota esta tendencia, así en la definición de contrato contenida en el artículo 1, que señala “Contrato es el acuerdo entre dos o más personas al que el Derecho reconoce de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones”. En seguida, el artículo 2 agrega que “Todo acuerdo es un contrato, excepto cuando: a) Los términos son demasiado vagos. b) Las personas que lo celebran no pretenden obligarse jurídicamente mediante él, y c) el acuerdo carece de los requisitos formales esenciales. Cabe, entonces, destacar, que la regla general es el contrato, a menos que estemos ante una de las tres situaciones antes indicadas. En forma consecuencial, según ya resaltamos, se omite la referencia a la necesidad de *consideration*. MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, op.cit., p. 33 s. Sobre el concepto de contrato, formación y requisitos del contrato en los diversos instrumentos del derecho uniforme *cfr.* JANSEN, NEILS Y ZIMMERMANN, REINHARD, *Contract formation and mistake in european contract law: a genetic comparison of transnational model rules*, op. cit., p. 632 s.

¹⁶³ Una visión panorámica sobre el tratamiento de los requisitos de la contratación en los distintos instrumentos regulatorios del derecho uniforme, apelando a la urgencia de simplificación de los mismos, en CAMARA, Sergio (coordinador). *Derecho privado europeo*, op. cit., p. 400.

¹⁶⁴ Ello, sin perjuicio de la problemática de si en los ordenamientos jurídicos de tradición latina, se admite o no la regla de la *parol evidence rule*, según la cual se privilegia el tenor literal del contrato cuando éste consta por escrito. *Cfr.* SERRANO, María, *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del derecho privado*, op. cit., p. 48 s.

¹⁶⁵ Artículo 1.1. “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”

suelen celebrarse con gran rapidez.¹⁶⁶ Por su parte, el artículo 3.2 reconoce que el contrato queda perfecto con el solo acuerdo de las partes, sin necesidad de ningún requisito adicional. En ese orden, el Comentario destaca que para la validez del contrato la *consideration* es innecesaria en el tráfico mercantil internacional, lo mismo que la causa, que funciona de forma similar a la *consideration* en los países de tradición jurídico romanista.¹⁶⁷

Los PECL tampoco contemplan una definición de contrato; pero igualmente reconocen la libertad de contratación en el artículo 1:102. Y luego, en el artículo 2:101 que refiere a las condiciones para la conclusión de un contrato, se establece que “(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente. (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.” Los comentarios de los PECL resaltan que en la regulación de los requisitos del contrato no se exige causa, como tampoco contraprestación – haciendo referencia a la innecesidad de *consideration*-. Incluso más, se agrega que el contrato puede existir, aunque al momento de su perfeccionamiento la prestación sea imposible.^{168 169}

En lo que respecta al Anteproyecto de Código de los contratos, la doctrina reconoce que hay diferencias en el tratamiento del contrato que este proporciona, y el contenido en los PECL y los Principios de UNIDROIT, en tanto el primero estaría más cercano a la regulación de los códigos continentales.¹⁷⁰ Así, en el Anteproyecto el artículo 1.1 define al contrato como “el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos incluso a cargo de una sola de ellas”. A la vez, el artículo 2 reconoce la autonomía contractual; y luego, en el artículo 5, se regulan los requisitos esenciales del contrato – el acuerdo de las

¹⁶⁶ *Principios UNIDROT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma, Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), op. cit., p. 9.

¹⁶⁷ *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma, Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), op. cit., p. 98.

¹⁶⁸ LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. Trabajos de la Comisión de derecho contractual europeo*. Madrid, Colegios notariales de España, 2003. p. 39.

¹⁶⁹ Solución totalmente opuesta a la de nuestra tradición civil, pues de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1460 y 1461 la imposibilidad inicial impide el perfeccionamiento del contrato, o en el mejor de los casos, la anulabilidad absoluta. Una exposición sintética de las diversas opiniones en la doctrina clásica nacional, en ALESSANDRI, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 192 ss.

¹⁷⁰ CAMARA, Sergio (coordinador). *Derecho privado europeo*, op.cit, p. 40.

partes y el contenido-, lo que aparta al Anteproyecto de la política adoptada por los PECL y los Principios de UNIDROIT. Sin embargo, como ya mencionamos, en Anteproyecto tampoco exige ni causa ni *consideration*^{171 172 173}.

Pero probablemente la manifestación más rotunda de esta perspectiva práctica del contrato, es la noción de incumplimiento que es posible inferir de la casi totalidad de los instrumentos normativos del derecho uniforme: una noción amplia, abstracta y objetiva, susceptible de ser el fundamento de cualquiera de los remedios contractuales que ejerza el acreedor para obtener la satisfacción de su interés.^{174 175}

¹⁷¹ Sobre los alcances de la discusión sobre la supresión de la causa en el seno de la Academia de jurisprudencias europeas de Pavía, en GARCÍA, Gabriel, *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía*. Estudios, op. cit., p. 75 ss.

¹⁷² Comenta esta tendencia a la eliminación de la causa y la *consideration* en los instrumentos normativos de derecho uniforme, el profesor Guzmán, al analizar comparativamente la institución de la causa en el *ius commune* y la *consideration* en la doctrina de Blackstone, trabajo que, debido a esta tendencia de eliminación califica de “réquiem”. GUZMÁN, Alejandro, *La doctrina de la “consideration” en Blackstone y sus relaciones con la “causa” del “ius commune”*. Revista de estudios histórico-jurídicos, Valparaíso, n°25, 2003. p.375.

¹⁷³ Con todo, hay que advertir que la eliminación de la causa en los instrumentos de derecho uniforme, no está exenta de críticas, ni de dificultades. Así, se considera que negar la esencialidad de la causa trae como consecuencia su sustitución por nociones mucho más ambiguas, como la de “contenido del contrato”, como hace el artículo 5, N°3, b del Código europeo de contratos; de otra parte, no se condice con el respeto a la libertad contractual que permite a las partes celebrar contratos fundados en la causa, por lo que se hace necesario que se proporcione a las partes un remedio si el contrato no funciona; o bien, complejiza el esquema contractual al darla como supuesto en ciertos casos, como en “el beneficio excesivo o ventaja injusta” del artículo 4:109 de los PECL o en la “excesiva desproporción” del artículo 3:10 de los Principios UNIDROIT, no permiten atacar el problema de forma radical, como cuando se arguye ausencia de causa. En esa línea, NAVARRETA, Emanuela, *Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo*. Revista de derecho privado Universidad Externado, Bogotá, n°11, 2006. p. 70 s. y 75 ss.

¹⁷⁴ Como ha afirmado el profesor Morales Moreno, “en el momento actual, bajo la influencia de la CISG, hemos de considerar al incumplimiento como un concepto neutro o aséptico desde el punto de vista de su imputación al deudor; un concepto que sólo expresa el problema de la insatisfacción del acreedor”. Y luego agrega: “se debe afirmar que en el nuevo derecho de contratos la noción de incumplimiento es una noción neutra, que implica que no ha quedado satisfecho el interés de un contratante (acreedor) fundado en el contrato. El que se produzca el incumplimiento es, sin duda, un riesgo del contrato, pero la noción de incumplimiento no contiene una regla de distribución de ese riesgo de insatisfacción del acreedor”.MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*. En Derecho de daños, op. cit., p. 207. Adiciona que: “se debe afirmar que en el nuevo derecho de contratos la noción de incumplimiento es una noción neutra, que implica que no ha quedado satisfecho el interés de un contratante (acreedor) fundado en el contrato. El que se produzca el incumplimiento es, sin duda, un riesgo del contrato, pero la noción de incumplimiento no contiene una regla de distribución de ese riesgo de insatisfacción del acreedor”. p. 212.

¹⁷⁵ VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional*, op. cit., p.439 ss.

Sobre esta concepción de incumplimiento, como asimismo, sobre la posibilidad de ser aplicada en Chile, volveremos más adelante al analizar la infracción de la colaboración por parte del acreedor. En este momento nos parece pertinente estudiar si, en términos generales, nuestro ordenamiento jurídico permite adoptar la concepción de contrato que venimos describiendo. Esta reflexión es indispensable, pues se trata de una cuestión previa a adoptar en nuestro país cualquier interpretación de normas e instituciones específicas pertenecientes a la teoría general del contrato, que sean acordes a la concepción que representa el nuevo derecho de la contratación. De lo contrario, se arriesga que se incorporen soluciones que emanan de esa concepción, en circunstancias que ésta no sea susceptible de ser acogida en la dogmática chilena, con lo que tales interpretaciones carecerían de sustento teórico. Este aspecto, por lo demás, no ha sido de preocupación por parte de la doctrina chilena contemporánea, pues igualmente ha ido aceptando teorías e interpretaciones del nuevo derecho de la contratación, sin prestar atención a la necesidad de situarnos en un estadio teórico previo, cual es, precisamente, verificar si la concepción contractual que subyace en el nuevo derecho de la contratación es teóricamente aceptable a la luz de la normativa civil chilena.

Aunque no cabe duda que históricamente nuestro código civil se enmarca en una concepción clásica del contrato que pone énfasis en el dogma de la autonomía de la voluntad, las normas en él contenidas tienen la suficiente plasticidad para ser adaptadas a las necesidades del derecho contemporáneo,¹⁷⁶ lo que, por lo demás, ya se ha hecho en otra serie de instituciones.¹⁷⁷

Para efectos de revisar algunas de las disposiciones del código civil, que permitan argumentar que la concepción práctica del contrato es susceptible de ser aceptada en el derecho civil nacional, distinguiremos entre normas de aplicación general; y normas

¹⁷⁶ Sin entrar en la antigua disputa entre las concepciones subjetiva y objetiva de la interpretación de la ley, recordemos que Betti aceptaba a la interpretación adaptadora, puesto que la ley, “no es, sino se hace”. BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Revista de derecho privado, 1975. p. 125. En igual sentido sobre Betti, “Betti puede concluir formulando la importante aseveración de que es válida la interpretación evolutiva (o adaptadora)”. QUINTANA, Fernando, *Interpretación, ratio iuris y objetividad*. Valparaíso, EDEVAL, 1994. p. 98.

¹⁷⁷ Un ejemplo claro de ello es la evolución que ha experimentado toda la temática referida a la responsabilidad civil extracontractual, en que la interpretación de las mismas disposiciones contenidas en el Título XXXV del Libro IV del código civil -que prácticamente se han mantenido sin modificaciones desde su entrada en vigencia-, ha permitido el desarrollo de esta institución, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. DOMÍNGUEZ, Carmen, *Algunas consideraciones en torno a la función de la responsabilidad civil*. En Estudios de derecho civil. Jornadas nacionales de derecho civil, Valdivia, 2005. Santiago, Lexis Nexis, 2005, p. 602.

contenidas en contratos particulares.¹⁷⁸ En conjunto, unas y otras nos permiten sustentar que el código civil chileno admite incorporar la concepción de contrato que emana del nuevo derecho de la contratación, con las consecuencias interpretativas y de aplicación que ello implica.

Entre las primeras, la definición de contrato que proporciona el artículo 1438 del código civil, y que ha sido comúnmente cuestionada por la doctrina más tradicional,¹⁷⁹ no supone ningún obstáculo a la concepción referida. Antes bien, se produce la paradoja de que si bien usualmente una de las críticas que se han vertido sobre esta definición, es que la norma no señala en qué consiste el contrato,¹⁸⁰ resulta que la fórmula escueta de Bello permite incluir nuevas concepciones sobre el mismo, necesarias para una adecuada adaptación a los requerimientos del derecho contemporáneo. Incluso más, se puede observar que la disposición refiere al término “cosa”, voz que el legislador utilizó en varias normas sobre contratos - como en el artículo 1444 y 1546-, con la que, al parecer, se estaría refiriendo a aquello a que obliga el contrato, aunque con diversos alcances.¹⁸¹ En ese orden, la terminología utilizada por el código en el artículo 1438, en tanto supone que una “parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, tiene un alcance que posibilita incorporar en el plexo contractual, no sólo las obligaciones primordiales, sino también los deberes de prestación – u obligaciones secundarias de conducta-.

En otro sentido, respecto de la mayor o menor facilidad que proporciona el sistema jurídico chileno para la celebración del contrato, la política del *favor negotii* se puede vislumbrar en lo establecido en el artículo 1445 del código civil, que enumera los requisitos de los actos y declaraciones de voluntad.¹⁸² Si bien la norma, a no dudarlo, adscribe a un

¹⁷⁸ Citando a Larenz, el alcance de las normas jurídicas particulares, se entiende únicamente en su conexión con la regulación total a que pertenecen. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 259.

¹⁷⁹ Por todos, LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Primera Ed., op. cit., p. 4 s. Críticas que hoy van siendo superadas gracias a las modernas investigaciones. Así, CORRAL, Hernán, *La definición de contrato en el código civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, op.cit., p.80 ss.; y CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p. 10 ss. CARVAJAL, Patricio, *Arts. 1437 y 1438 del código civil. “Contrato” y “convención” como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones*. Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 34, n°2. p. 292 ss.

¹⁸⁰ Pues en verdad la norma haría una elipsis al referirse más bien a la prestación como objeto del contrato, que a la obligación que engendra el contrato, y que es su objeto directo. Por todos, LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Quinta Ed., Santiago, Abeledo Perrot- Legal Publishing, 2010. p. 5.

¹⁸¹ GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (II)*. Revista de estudios histórico-jurídicos, Valparaíso, n°19, 1997. p. 90 ss.

¹⁸² Aunque la disposición establece los requisitos del “acto o declaración de voluntad”, lo que ha llevado a la doctrina nacional a estudiar esta norma como referida a los requisitos de todo acto

sistema de requisitos de actos y contratos propio de un código de la época - así, exige causa lícita-, se infiere su militancia con el principio del consensualismo, en tanto no exige para su perfeccionamiento ni entrega de la cosa sobre la cual versa, ni el cumplimiento de solemnidades.

Por su parte, el artículo 1546 que contempla la buena fe objetiva o negocial, también constituye una disposición útil para sustentar esta postura. Aludimos a esta norma, no para hacer referencia de manera directa a las consecuencias que emanan del principio de buena fe, sino para destacar su tenor, al declarar que el contrato obliga no sólo a lo que en él se expresa, sino “a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación...”. En tal sentido, nuevamente aparece la voz “cosas”, respecto de la cual, se aclara que Bello no se refiere a las cosas de la naturaleza del artículo 1444 del código civil, noción de carácter técnico, sino que refiere a que de “cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata”.¹⁸³

De otra parte, hay dos disposiciones que nos parece fundamental comentar, especialmente porque se ubican en el Título XII del Libro IV del código, que aunque lleva por epígrafe “De los efectos de las obligaciones”, no cabe duda que su ámbito natural de aplicación, es el contrato. La primera de ellas es el artículo 1553, N° 3, que permite al acreedor de una obligación de hacer pedir indemnización de perjuicios resultantes de “la infracción del contrato”. Nos parece que las palabras utilizadas por el legislador permiten aceptar la concepción que venimos comentando, por las siguientes razones: primero, porque posibilita sustentar la noción de incumplimiento objetiva y amplia que se contiene en el nuevo derecho de la contratación; y segundo, como efecto de lo anterior, porque en la expresión “infracción del contrato”, es posible concebir e incorporar incumplimientos contractuales de todo tipo de obligaciones o deberes contractuales, tanto de las obligaciones primordiales, como de los deberes secundarios de conducta. En la misma línea con lo señalado, el artículo 1555 en su inciso segundo establece “Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor”. Pensamos que es posible inferir de esta norma

jurídico, el profesor Guzmán advierte que, pese a la terminología, en verdad el código sólo aludiría a los contratos. GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (II)*. op. cit., p. 50.

¹⁸³ GUZMÁN, Alejandro, *Estudios dogmáticos de derecho civil*, op. cit, p. 91.

que la alusión “el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato”, apunta no sólo al objeto del contrato como requisito técnico del mismo, entendiendo como tal a los derechos y obligaciones que en virtud del contrato se crean,¹⁸⁴ sino que permite argumentar que dicho objeto tiene directa relación con los intereses que pretendían satisfacer las partes con la celebración del contrato, acorde a esta mirada pragmática. El objeto que se tuvo en mira por las partes, sería, así, una directa alusión a lo que verdaderamente perseguían las partes con la celebración del contrato.

Por su parte, la definición de pago contenida en el artículo 1568 del código civil también es útil para sustentar esta concepción contractual, puesto que, al señalar que “pago es la prestación de lo que se debe” – especialmente poniendo el énfasis en la expresión “de lo que se debe”-, implica que pagar supone la realización íntegra del plan contractual previsto por las partes al acordar el contrato, y por ende, ello involucra todas las obligaciones, tanto primordiales como funcionales, que surgen de él, como asimismo, los estados de realidad garantizados por las partes.¹⁸⁵ ¹⁸⁶ La otra cara de la moneda del artículo 1568, esto es, el incumplimiento contractual contenido en el artículo 1556 del código civil, es del todo coherente, ya que, debido a la amplitud de sus términos admite sin mayores inconvenientes la incorporación de la noción de incumplimiento contractual a que aludimos; las palabras de que se vale la norma hacen posible sostener que incumplimiento es cualquier desviación de ese plan contractual que pretendían conseguir las partes contratantes, como veremos más adelante.

Un segundo grupo de normas, son aquellas diseminadas en el código a propósito de contratos en particular, que corroboran la tesis que venimos sosteniendo, todas las cuales al ser interpretadas en relación con las normas generales antes citadas, permiten argumentar en pro de dicha concepción. A vía ejemplar, en el contrato de arrendamiento es posible identificar varias disposiciones que permiten ser interpretadas acorde a la concepción práctica del contrato, como los artículos 1926, 1928 inciso tercero, 1999 y 2002.

¹⁸⁴ Sin perjuicio de que el código civil chileno regula, en términos generales, el denominado objeto de la prestación. VIAL, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2003. p. 156. En efecto, sólo en algunos casos, especialmente en los contratos típicos, el legislador se detiene a regular el objeto del acto jurídico o del contrato, si es el caso, pero en la regulación general, Bello fue más bien práctico y optó por normar el objeto de la obligación, u objeto mediato del acto.

¹⁸⁵ MORALES, Antonio, *Modernización del derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 19.

¹⁸⁶ En cuanto al pago, también es posible inferir la finalidad de satisfacción de los intereses del acreedor que con dicho pago se busca, en el hecho que el código es bastante liberal en lo que respecta a la persona que puede válidamente pagar – o *solvens*-, a menos que se trate de una obligación de hacer no fungible.

El artículo 1926, inciso segundo, sobre arrendamiento de cosas, establece “Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito”. La referencia a la “utilidad del contrato”, ciertamente que puede ser identificada con la utilidad que reciben ambos contratantes por tratarse de un contrato oneroso; sin, embargo, esta remisión al artículo 1440 del código no obsta a dar una mirada a ese término acorde con una concepción práctica del contrato, entendiendo por utilidad del contrato, como aquel o aquellos intereses que el arrendatario pretendía satisfacer con la celebración del contrato de arrendamiento. Otro tanto puede predicarse del inciso tercero del artículo 1928, a propósito de la obligación que pesa sobre el arrendador de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, al disponer: “Y si estas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no aparezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento”. En esta norma nuevamente aparece la mención al “objeto con que se tomó el arriendo”, que puede ser interpretado en términos análogos al artículo 1555, esto es, como los intereses que el arrendatario pretendía satisfacer.

El artículo 1999 sobre confección de obra material, establece en su inciso primero que “Habrà lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”; mientras que el artículo 2002, también sobre contrato de confección de obra material, dispone en el inciso primero “Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan”. En ambas normas se destacan las expresiones “no se haya ejecutado el contrato” o “no haberse ejecutado el contrato debidamente”, acorde a la posición que en esta investigación se suscribe sobre una noción amplia y abstracta de incumplimiento.

Finalmente, y en términos similares, en el contrato de mandato el artículo 2134 preceptúa que “La recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a

ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato".¹⁸⁷ Ciertamente que el objeto del mandato supone considerar los intereses que pretendía ver satisfechos el mandante con el encargo encomendado al mandatario, como hemos venido sosteniendo.

3. La estructura del contrato en el derecho contemporáneo.

Como se sabe, en la concepción moderna del contrato,¹⁸⁸ la estructura que se ha tenido como la adecuada para buena parte del derecho continental,¹⁸⁹ y que sigue el esquema francés como nuestro país,¹⁹⁰ es aquella que reconoce en él a una convención generadora de obligaciones, o un acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan.¹⁹¹ En tal sentido, el contrato tiene bilateralidad de génesis, en tanto supone dicho acuerdo entre las partes para que surja a la vida del derecho.¹⁹² En el esquema tradicional de estudio del contrato que adoptan los especialistas, se suele analizar las diversas clasificaciones del mismo, partiendo por aquella que permite calificarlo atendido el número de partes que resultan obligadas, así el contrato será unilateral o bilateral; en el segundo

¹⁸⁷ Sobre esta disposición, el clásico texto sobre contrato de mandato del profesor Stitckin, aunque en él no se analiza en particular el sentido y alcance de las expresiones "el objeto del mandato". STITCHKIN, David, *El mandato civil*, Quinta Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 275 s.

¹⁸⁸ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, op. cit., p. 143.

¹⁸⁹ DÍEZ PICAZO, Luis, ROCA, Encarna, MORALES, Antonio, *Los principios del derecho europeo de contratos*, op.cit., p.127 s. Se señala que para los sistemas continentales, tanto latinos como germánicos, el contrato se concibe como un *vinculum iuris* que genera deberes, a diferencia del derecho inglés, que pone el acento en la idea de mutuas promesas.

¹⁹⁰ CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p. 10. Ello, pues como pone de manifiesto el mismo Corral, hay otra serie de sistemas continentales, que acogen el sistema de Savigny, cuyo alcance del contrato es más amplio, pues considera que "es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas". SAVIGNY, Federico, *Sistema de derecho romano actual*. Madrid, Centro de Editorial de Góngora, 1878. p. 33.

¹⁹¹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, op. cit., p. 143.

¹⁹² Así, se ha señalado que los contratos son actos o negocios bilaterales, pues su nacimiento se compone de las recíprocas declaraciones de las partes. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 163.

caso, la bilateralidad será funcional, ya que nacerán obligaciones para ambas partes contratantes.

Como hemos aclarado al inicio de esta investigación, nuestra atención estará centrada en el contrato bilateral, que es el que mayoritariamente se utiliza en el tráfico jurídico.¹⁹³ Entonces, en lo que toca al contrato bilateral, la tendencia en la doctrina nacional es, en primer término, analizarlo a propósito de la teoría general,¹⁹⁴ y luego, al estudiar los contratos en particular, especialmente los típicos; en este último caso, se identifican la o las obligaciones que asumen cada uno de los contratantes. Sin embargo, esta modalidad de análisis del contrato bilateral implica una mirada que se aleja de su funcionamiento práctico en la vida jurídica, entre otras razones, porque se pasa por alto la íntima vinculación que usualmente se produce entre todas las obligaciones que nacen del acuerdo,¹⁹⁵ obviando una mirada sistémica y, por ende, realista del contrato bilateral. A mayor abundamiento, supone observar al contrato poniendo el énfasis en el momento de su nacimiento; tal esquema ha generado, entre otras consecuencias, que se considere al contrato sinalagmático imperfecto como un contrato unilateral,¹⁹⁶ pues las obligaciones que surgen para la parte que primitivamente no tenían la calidad de deudora, nacen con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, de manera tal que no serían contractuales, sino legales¹⁹⁷.

¹⁹³ COLIN, Ambrosio, CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, T. III, Madrid, Reus S.A., 1987, p. 725.

¹⁹⁴ En la doctrina chilena, LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Primera Ed., op. cit., p. 80, y ALESSANDRI, Arturo, *De los contratos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 18.

¹⁹⁵ Salvo cuando se reconoce que las obligaciones de una parte están interrelacionadas con las de la otra, para efectos de justificar lo que se ha venido en denominar “efectos particulares de los contratos bilaterales” Así, LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Primera Ed., op. cit., p. 411 s.

¹⁹⁶ PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, op. cit., p. 46 s.

¹⁹⁷ LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Primera Ed., op. cit., p. 81. En ese orden, incluso se ha preferido denominar a estos contratos “no rigurosamente unilaterales”, utilizándose esta nomenclatura por sobre la de sinalagmático imperfecto, precisamente porque serían unilaterales. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 163 s. Se justifica la calificación de estos contratos como unilaterales, a pesar de que durante la ejecución del mismo nazcan obligaciones para la parte que en su inicio no estaba obligada, porque como las obligaciones que surgen para las dos partes surgen en forma sucesiva, y no coetánea, no sirven “entre de sí de contrapartida, de contrapeso”. JOSSERAND, Louis, *Teoría general de las obligaciones*. Santiago, Editorial Parlamento Ltda., 2008, p. 26. Von Thur, por ejemplo, subdivide los contratos bilaterales entre contratos esencialmente bilaterales, sinalagmáticos o recíprocos, que tienen por función el intercambio de dos prestaciones, como el arrendamiento o la compraventa; y contratos que aunque engendran obligaciones para ambas partes, no persiguen un intercambio de prestaciones, y menciona, entre estos, al reembolso de los gastos hechos por el comodante o depositante. Precisa que muchas de las normas que la ley

Esta rígida estructura contractual, supone que se encuentra perfectamente determinada la calidad de deudora y/o acreedora de cada parte desde el inicio de la relación jurídica, sin tomarse en consideración lo que ocurra durante la vigencia del contrato. Pero resulta que la contratación contemporánea no siempre obedece de manera tan prístina a este esquema, pues en el contrato se difuminan las calidades de deudor y acreedor que ostentaría cada parte, desvanecimiento que se produce, fundamentalmente, debido al contenido del mismo.

Reconociendo que el alcance de las expresiones “contenido del contrato” constituye,¹⁹⁸ sin duda, uno de los temas más debatidos en doctrina, para efectos de nuestro estudio seguiremos la línea de pensamiento del profesor Díez Picazo. Según él, habría que distinguir el contenido del contrato de aquella diferenciación arbitraria que se refiere a los denominados elementos del contrato; también de sus requisitos o presupuestos; y, asimismo, de los efectos del contrato, pues estos últimos constituyen sus consecuencias, siendo una cuestión posterior ya que es lo que el contrato produce.¹⁹⁹ Por el contrario, el contenido es “la composición misma del contrato, su sustancia más íntima y entrañable”.²⁰⁰ Por ello, es que el verdadero contenido contractual está constituido por las reglas de conducta. Los contratantes más que declarar una voluntad “se comprometen”. Los poderes y deberes son los efectos del contrato, el contenido del contrato es la formulación, la regla que establece o estatuye estos deberes y estos poderes.²⁰¹ Así, es posible identificar al contenido del contrato con la reglamentación contractual, esto es, con las reglas de

da para los contratos bilaterales, sólo son aplicables a los sinalagmáticos. VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*. Granada, Editorial Comares S.L., 2007. p. 85 s.

¹⁹⁸ Terminología muy utilizada, como se corrobora de lo que establece el art. 2 en el Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía, que dispone: “*Autonomía contractual*. 1. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, dentro de los límites de impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal y como vienen definidos en el presente Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión europea, siempre que no persigan únicamente el fin de perjudicar a otros”. ROGEL, Carlos (coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa* (Traducción José Luis de los Mozos y Carlos Rogel), op.cit., p. 33 s.

¹⁹⁹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, op. cit., p. 447 s.

²⁰⁰ *Ibíd*em, p. 448. Agrega que la doctrina tiende a pensar que el contenido son las obligaciones contractuales, pero la denominación de “obligaciones contractuales es equívoca, pues se entiende por ello al menos tres cosas: deberes contractuales; la correlación entre los deberes contractuales y el poder contractual de la otra; y la totalidad de la relación jurídica, con todos los deberes y poderes del contrato”. p. 449 s.

²⁰¹ *Ibíd*em, p. 450.

conducta y “cualesquiera otras determinaciones jurídicamente relevantes contenidas en las cláusulas contractuales”.²⁰²

El contenido contractual que hoy se impone, supone reconocer que aunque la determinación de las calidades de deudora y/o acreedora de cada parte del contrato, se lleva a cabo considerando a las obligaciones principales o primordiales de la convención, en el caso particular del contrato bilateral se genera tal entrecruzamiento de las diversas prestaciones,²⁰³ que una determinación a priori no es sencilla y en algunos casos, como decíamos, tiende incluso a desvirtuarse, lo que se produce porque en el seno del contrato no sólo se sitúan esas obligaciones primordiales de cada contratante, sino que además existen otras que tienen un carácter funcional, en tanto permiten que las primeras se obtengan.

Ciertamente que esta diferenciación de los roles que cumplen las diversas prestaciones al interior del contrato, o entre los distintos deberes a que se encuentra sometido el deudor, no es nueva, como se evidencia de los postulados de la doctrina. En efecto, ya sea a propósito del estudio del alcance de la relación obligatoria, de los efectos de la buena fe, u otros tópicos, los autores han intentado, en primer término, resolver el problema de la extensión de los deberes del deudor y, luego, de llevar a cabo una sistematización de éstos, aunque, en general, este tipo de sistematizaciones no han tenido mayor acogida en la doctrina nacional más clásica, salvo algunas excepciones.²⁰⁴

En la doctrina extranjera, por el contrario, es reiterada la alusión a esta estructura contractual, y así se ha distinguido de acuerdo al criterio de la exigibilidad en juicio, entre: obligaciones integrativas instrumentales, y obligaciones integrativas primarias que tienen una finalidad auxiliar, pero con existencia propia, y, por ende, que son exigibles por sí mismas.²⁰⁵ Las primeras se caracterizarían porque están estrechamente vinculadas a la prestación debida y, como tales, no pueden separarse de ella bajo ningún respecto, como

²⁰² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Derecho privado europeo*, coordinador Sergio Cámara Lapuente, op. cit., p. 439.

²⁰³ En el contrato bilateral, como consecuencia de la reciprocidad, cada uno de los contratantes es, al mismo tiempo, acreedor y deudor. Hay, por lo tanto, un “entrecruzamiento” de prestaciones. HEDEMANN, J.W, *Derecho de obligaciones*. Madrid, Editorial revista de derecho privado, 1958. p. 49.

²⁰⁴ Entre dichas excepciones, citando a Betti, DUCCI, Carlos, *La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual*. En Doctrinas esenciales de derecho civil. Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 495 s.

²⁰⁵ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1969. p. 106 ss.

la obligación de custodia que tiene el deudor de obligación de entrega de una cosa debida.²⁰⁶ Las segundas, serían las que son obligaciones primarias con el carácter de auxiliar por sí, y que, por consiguiente, son exigibles por sí mismas, como el caso de la obligación de denuncia de defectos en los materiales suministrados en el contrato de arrendamiento de obras.²⁰⁷ Hay autores que hablan de “deberes agregados”, como la variable del deber de información que, como dice Hedemann, acompaña a muchas relaciones de crédito y que viene exigida por la buena fe; como la rendición de cuentas, que sería un caso especial de deber de información, tal es así en el contrato de mandato; abono y gastos, que sería un fenómeno concomitante con la liquidación de la relación obligatoria.²⁰⁸ Entre los casos que se reconocen como manifestación de estos deberes particulares de conducta, se ha identificado a aquel según el cual “el acreedor está obligado, al menos en tanto el deudor tenga en ello un interés digno de protección, a no impedir la prestación del mismo, y a hacerla posible en tanto esta dependa de él”,²⁰⁹ coherente con el planteamiento de esta investigación.

La doctrina española es especialmente prolífica en esta clase de análisis, especialmente cuando se estudia el contenido de la relación obligatoria, a la que se adicionan no solo deberes sino también cargas, así en la situación jurídica del deudor es posible identificar tanto al deber o deberes primarios, como a deberes accesorios.²¹⁰

²⁰⁶ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 107 s.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 108. Con todo, hay que advertir que Betti no le confiere mayor relevancia a este tipo de distinciones, que califica de extrínsecas. p. 105 s.

²⁰⁸ HEDEMANN, J.W, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 51.ss. En línea similar, Von Thur comenta que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado el principio de la buena fe en varias direcciones, y a vía ejemplar menciona la creación de particulares deberes de conducta que se despliegan tanto en la “preparación de la prestación propiamente dicha, a la forma de su ejecución, a la cooperación eventualmente necesaria de ambas partes y a la consideración que según la equidad puede cada parte esperar de la otra en semejante relación. VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 154.

²⁰⁹ VON THUR, Andreas, *Ibíd.*, p. 155. A su turno, en lo que respecta a la posición de la parte deudora, ella efectivamente aparece primeramente como un deber de realizar una prestación a otra persona, que sería “el deber central y primario del deudor, sobre esto no cabe duda de ningún género, es el deber de realizar la prestación, es decir, el deber de desplegar aquella conducta o aquel comportamiento en que la prestación consiste.”

²¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*, op.cit., p.353 y 258. En lo que respecta a la posición de la parte deudora, Díez-Picazo agrega que efectivamente aparece primeramente como un deber de realizar una prestación a otra persona, que sería “el deber central y primario del deudor, sobre esto no cabe duda de ningún género, es el deber de realizar la prestación, es decir, el deber de desplegar aquella conducta o aquel comportamiento en que la prestación consiste.” Pero además, hay una serie de deberes accesorios o secundarios encaminados a proporcionar al acreedor un bien económicamente valioso para que se vea satisfecho su interés, que pueden ser de la más variada naturaleza, a veces son de origen legal; otros de carácter convencional; pueden emanar de los usos de los negocios; o bien, derivados de la buena fe. Adiciona que algunos de ellos

Entonces, un criterio ordenador y orientador sobre el contenido del contrato, que tiene directa incidencia sobre la determinación de los deberes de conducta de las partes, es postular que la estructura contractual supone, en primer término, aceptar que atendida la complejidad de muchos contratos se ha desvanecido la marcada diferenciación de las categorías de acreedor y deudor contractual, siendo incluso preferible hablar de partes contractuales - como hacen los PECL-; y, en seguida, que en lo que refiere al contenido del contrato, este está constituido por las prestaciones principales a que las partes se comprometen y de otros deberes de carácter funcional, en tanto permiten que las prestaciones principales se obtengan. Las prestaciones principales o primordiales del contrato son aquellas que efectivamente los contratantes persiguen obtener, razón por la cual han concluido la relación contractual,²¹¹ y los deberes secundarios de conducta son de naturaleza funcional, pues tienen por objeto que las principales prestaciones se cumplan, a fin de que se obtenga el fin último perseguido por el contrato.

La diferenciación entre obligaciones primordiales y deberes secundarios queda, incluso, avalada por una cuestión terminológica, como se visualiza en los Principios de UNIDROIT, en que en relación al contenido de los contratos, los autores los han traducido como “deberes” más que obligaciones.²¹²

En el derecho alemán, esta dicotomía es indiscutible, especialmente desde la modificación introducida el año 2001 al § 241. II del BGB,²¹³ en tanto dispone que la relación obligatoria no sólo contiene el deber de cumplimiento de las prestaciones, sino que obliga

pueden formar parte de la misma prestación primaria, si no alcanzan a adquirir entidad suficiente; y otros adquieren independencia de la prestación principal, erigiéndose como una nueva prestación de naturaleza accesoria que, de infringirse, dará lugar a una situación de cumplimiento imperfecto. p. 361-362. Similar a este análisis, GARCÍA, Manuel, *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid, Mc Graw Hills, 1995. p. 439 ss.; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid, Edisofer S.L., 2004. p. 33; MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p.88. Este último refiere a la existencia de diversos tipos de deberes que integran la relación obligatoria, distinguiendo entre deberes de prestación y deberes de protección o de cuidado; los primeros son los que tienen por finalidad la satisfacción del interés en la realización o cumplimiento del contrato.

²¹¹ Ello, sin perjuicio de lo que comentaremos a propósito de la amplitud con que ha de analizarse la conducta de las partes, a efectos de evaluar el cumplimiento o incumplimiento del contrato.

²¹² *COMENTARIOS a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*. David Morán Bovio (Coordinador). Navarra, Thomson Aranzadi, 2º edición, 2003. p. 255 s.

²¹³ “§241 Deberes de la relación obligatoria. (1) En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión. (2) La relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”,

a cada parte a respetar los derechos e intereses legítimos de la contraparte, “al amparo de este principio general se encuentra una gran variedad de deberes accesorios”, entre los cuales se menciona los de seguridad e información.²¹⁴

En esta categoría de deberes funcionales o secundarios de conducta quedan comprendidos, por ejemplo, el deber de conservación que tiene el deudor de una obligación de entrega,²¹⁵ ya sea que se trate de una obligación de dar o de una obligación de simple entrega, como ocurre en una obligación de restitución-; y, desde luego, el deber de colaboración del acreedor.

El caso del deber de conservación ilustra claramente esta estructura del contrato, pues permite que el deudor de la obligación de entrega de una cosa pueda cumplir con ella. En efecto, si la parte deudora no cumple con el deber de conservación, no será posible que ejecute íntegra y oportunamente la obligación de entrega, que constituye su prestación primordial dentro del contrato atendido su naturaleza -ya sea que se trate de un título translaticio de dominio, como la compraventa, o de mera tenencia, como el contrato de arrendamiento-. En Chile ello es posible visualizarlo en lo que establecen los artículos 1548 y 1549 del código civil, ya que ambas disposiciones refieren al deber secundario de conservación de la cosa debida que tiene el deudor de una obligación de dar, que, por lo demás, se califica de “obligación” de conservación. En caso que no se ejecute debidamente la obligación de conservación, mal podrá cumplir con la obligación de dar que surge con ocasión del contrato, y que es lo que verdaderamente persigue la contraparte. Este deber de conservación queda corroborado a través de otras disposiciones referidas a títulos de mera tenencia, normas que permiten sustentar su existencia autónoma y su aplicación general toda obligación de entrega, así se denota de lo establecido en los artículos 1939

²¹⁴ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, op. cit., p. 59.

²¹⁵ Cabe hacer presente, que para estos efectos utilizamos la nomenclatura “obligación de entregar” de conformidad al derecho chileno, en los términos que utiliza el profesor Peñailillo, es decir, ya sea como asimilable a obligación de dar, cuando es consecuencia o queda comprendida en una obligación de tal naturaleza; o como obligación de hacer cuando la entrega surge autónomamente, como en el caso del contrato de arrendamiento. PEÑAILILLO, Daniel, *Las obligaciones y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 199.

en materia de contrato de arrendamiento;²¹⁶ 2178 en el contrato de comodato;²¹⁷ y 2394 en la prenda con desplazamiento.²¹⁸

En ese orden, es posible asimilar la fisonomía que presenta la obligación de conservación, con la colaboración del acreedor, como deberes secundarios o funcionales, puesto que ambos permiten a las partes el cumplimiento de las principales prestaciones del contrato. Sin embargo, la diferencia entre uno y otro radica en que el deber de conservación pesa sobre la misma parte que tiene que ejecutar la obligación primordial de entrega, por lo que se trata de un deber secundario o funcional que tiene por finalidad que la parte obligada a una prestación principal o primordial pueda cumplir con ella; en cambio, la colaboración del acreedor mira a la prestación de la contraparte, es decir, posibilita que el otro contratante pueda, a su turno, ejecutar sus prestaciones principales o primordiales.

Estos denominados deberes secundarios de conducta, pueden alcanzar un grado de autonomía respecto de las obligaciones primordiales, lo que estará supeditado al particular deber de que se trate. Es decir, es posible que al interior de una misma obligación coexistan diferentes deberes, de manera que “cuando las prestaciones conexas no sean objeto de una particular y distinta consideración por las partes o por la ley se entenderán como elementos de una obligación unitaria. Si yo debo entregar, debo también custodiar, pero la custodia es elemento implícito en función de la obligación principal y no constituye por sí obligación independiente. Lo mismo sucede con el cumplimiento del modo respecto de la obligación principal”.²¹⁹ O, por el contrario, es posible que estos deberes secundarios o funcionales sean independientes o autónomos de las obligaciones principales o primordiales. La autonomía de un determinado deber secundario es relevante, pues posibilita de forma menos discutible que sean exigidos por sí mismos, como ocurre con el

²¹⁶ Dispone el artículo 1939, inciso primero: “El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia”. Así se reconoce, por lo demás en un contrato innominado de arrendamiento, sentencia de la Corte Suprema, 5 de abril de 2004, N°descriptor MJJ 7686.

²¹⁷ La norma establece, en lo pertinente: “El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima”.

²¹⁸ “El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa”.

²¹⁹ TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil II*. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1967. p. 20 s. En sentido similar se ha observado que “es deber del deudor no sólo realizar ésta estrictamente, sin más, sino realizarla a tenor de la buena fe y adornada y precedida y seguida de aquellos comportamientos y circunstancias que, sobre la base de dicha buena fe, exige su naturaleza y el fin que persigue o preceptúa la ley. Es decir, sobre el deudor pesa además del deber de ejecutar la prestación, todo el conjunto de los que podrían llamarse deberes secundarios, encaminados a, cabría decir, proporcionar una prestación no únicamente completa *ella misma*, sino con su *entorno* completo”. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, op. cit., 33.

deber de colaboración del acreedor; además, que tal autonomía permite configurar de mejor forma una hipótesis específica de incumplimiento contractual ante su inobservancia - sin perjuicio de que generalmente su infracción acarreará en forma consecencial el incumplimiento de la o las prestaciones primordiales del contrato-.²²⁰

A mayor abundamiento, la determinación de si estos deberes alcanzan o no autonomía de la o las prestaciones principales o primordiales a que se obligan las partes, constituye una cuestión que, en nuestro caso, tiene directa incidencia en el objetivo central de esta investigación, en orden a comprobar que es posible configurar dogmáticamente al deber secundario de conducta de colaboración del acreedor, como un deber de prestación funcional pero independiente, por lo que su infracción constituiría una hipótesis de incumplimiento contractual, distinta de un incumplimiento de las obligaciones primordiales del contrato.

Con todo, nos parece que a diferencia de otros deberes funcionales o secundarios de conducta, el caso de la colaboración del acreedor es mucho más claro, pues no se incardina en la obligación principal de la parte, según decíamos, sino que se configura en función del cumplimiento de una obligación que ha de llevar a cabo el co-contratante. Es decir, no se trata de una colaboración para que la parte que ha de prestarla pueda, a su turno, cumplir, sino que la colaboración ha de llevarse a cabo para que la contraria pueda cumplir.

²²⁰ En nuestro derecho, la autonomía del deber de conservación a que aludíamos podría ser dudosa, particularmente atendido el tenor literal del art. 1548 del código civil, pues la norma establece que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa y si es un cuerpo cierto, “contiene además la de conservarlo”. Sin embargo, si se pretende hacer un análisis en general del deber de conservación, es necesario tomar en consideración también otras disposiciones de nuestro código que no refieren a la obligación de dar, sino en que se trata de una simple entrega, en las que se reconoce el deber de conservación, y de las cuales se puede inferir que el deber de conservación se erige como un deber independiente, pero funcional de las prestaciones primordiales. Así, en el contrato de arrendamiento ello es tan claro, que el arrendador puede poner término al contrato por inobservancia de dicho deber, como señala el artículo 1939, inciso segundo del código civil. Aunque por razones distintas, sustenta también su autonomía el profesor Jorge Baraona, BARAONA, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*. Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 24, nº1, 1997. p. 168.

CAPÍTULO II

Delimitación de la colaboración del acreedor.

1. Introducción al capítulo II.

En el capítulo anterior, llegamos a la conclusión de que es posible adoptar en el derecho chileno la concepción de contrato que se infiere del nuevo derecho de la contratación, y que se erige como marco teórico de nuestra investigación. Acorde a tal concepción, en este acápite mostraremos la forma que ha adoptado el tratamiento de la colaboración del acreedor en la doctrina nacional, y en el derecho y la doctrina extranjera, pasando por el derecho uniforme, constatando que la doctrina nacional ha sido muy precaria en su reconocimiento y análisis.

A renglón seguido, explicaremos el ámbito al que circunscribiremos nuestro estudio, el que se situará en aquellas situaciones que se presenten en la fase de ejecución del contrato. En seguida, argumentaremos sobre la opción de limitar nuestro estudio preferentemente a los contratos bilaterales, en tanto son éstos los que constituyen el medio general de intercambio contractual en el tráfico jurídico.

Teniendo ese ámbito definido, a continuación identificaremos las concretas manifestaciones de la colaboración del acreedor, con énfasis en los problemas que ella genera. En este capítulo intentaremos una sistematización de tales manifestaciones, con la sola finalidad de ilustrar en qué puede consistir la colaboración del acreedor y así facilitar su mejor comprensión, pues en el acápite siguiente profundizaremos estos casos para efectos de estudiar las consecuencias que de dicha colaboración del acreedor, se siguen entre las partes contratantes, en especial, si ella se infringe.

Haremos también referencia a las distintas posturas que la doctrina extranjera ha planteado sobre la naturaleza jurídica de la colaboración del acreedor, para probar en la parte final que, a juicio nuestro, dicha colaboración es un deber de prestación al interior del

contrato, de aquellos que se califican como deberes secundarios o funcionales de conducta, pues permite al deudor cumplir con sus prestaciones primordiales o principales.

Una advertencia previa, tal como dejamos asentado en el capítulo anterior, el fenómeno prestacional en el contrato bilateral, en la estructura que hemos adoptado para efectos de esta tesis, supone reconocer que habida consideración de la existencia de tanto de obligaciones principales o primordiales, como de deberes secundarios de conducta, las calidades de deudor y acreedor contractual se difuminan. Por tanto, utilizaremos las denominaciones de acreedor y deudor, teniendo presente que se trata de posiciones contractuales relativas, que se determinan en atención a la particular obligación que se examine.

2. La colaboración del acreedor en la dogmática jurídica.

2.1 La colaboración del acreedor en el derecho chileno.

A diferencia del derecho extranjero, la literatura chilena no se ha preocupado mayormente de la colaboración del acreedor. Desde la entrada en vigencia del código civil, se advierte que los autores nacionales han abordado la temática de la colaboración de las partes principalmente desde dos perspectivas: o a propósito de la mora del acreedor, que se suele ubicar luego de la mora del deudor- y ambas con ocasión del estudio de la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual-; en este caso, se citan como

normas fundamentales los artículos 1548,²²¹ 1680²²² y 1827 del código civil;^{223 224} también se la ha tratado como una consecuencia que emana de la buena fe contractual; o bien se la menciona en forma tangencial a propósito de otros tópicos. En estos esquemas se echa de menos un análisis teórico y práctico de mayor profundidad, pues las más de las veces sólo hay meras menciones a la colaboración del acreedor. Para corroborar estas afirmaciones, demos un breve vistazo a algunas de las opiniones vertidas, teniendo presente que con ello intentamos demostrar, además, que esta investigación se justifica, debido a las falencias de la doctrina chilena en este aspecto.

i. Un primer grupo de opiniones, decíamos, son aquellas que tienden a situar la colaboración del acreedor a propósito de la mora del acreedor y que, en general, le dan un tratamiento extremadamente restrictivo, como aquella que refiere a una de sus más típicas manifestaciones, cual es el caso en que el acreedor no recibe el pago ofrecido por el deudor, como ocurre si el acreedor no concurre al lugar acordado en que el pago se llevaría a cabo;²²⁵ o en el contrato de promesa, cuyo pago está constituido por la celebración del contrato definitivo, para lo cual se necesita la cooperación de ambos contratantes. Algún autor lo ilustra refiriéndose a una promesa bilateral, para luego concluir que en esta situación lo que finalmente sucede es que ambas partes son deudoras y acreedoras a la

²²¹ El art. 1548 establece “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”.

²²² El art. 1680, dispone “La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino de culpa grave o dolo”.

²²³ Art. 1827, ubicada en el contrato de compraventa establece: “Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable de dolo o culpa grave”.

²²⁴ Sin perjuicio de las normas indicadas, también debe agregarse lo dispuesto en el artículo 1996 inciso segundo, ubicado en el contrato de confección de obra material, y que en línea con lo establecido en el artículo 1827, dispone que si es el artífice el que proporciona la materia para la confección de la obra material, el contrato es de compraventa, de manera tal que “el peligro de la cosa no pertenece al que encargó la obra sino desde su aprobación, salvo que se constituya en mora de declarar si la aprueba o no.”

²²⁵ ABELIUK, René, *Las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 153.

vez, por lo que aquella parte que no concurre a la celebración, se constituye en mora, pero en tanto deudora de la promesa.^{226 227}

Igual línea, aunque en forma un poco más minuciosa, se advierte en el análisis de Rodríguez Grez, que sitúa a la colaboración del acreedor en las que denomina “causales de eliminación del factor de imputación”,²²⁸ entre las que menciona a la fuerza mayor, el hecho del tercero y el hecho y la culpa del acreedor.²²⁹ Liga la culpa del acreedor con la mora del acreedor, tornándolas prácticamente sinónimas, destacando que ella se configura cuando el acreedor pone obstáculos al deudor para que cumpla, por lo que se debería admitir que hay “un deber de no enervar u obstruir la ejecución de la conducta debida por el deudor”.²³⁰ De manera tal que si el acreedor ha creado algún obstáculo que dificulte al deudor en el cumplimiento, se configura mora del acreedor, para lo que necesariamente debería obrar con culpa. Como se ve, nuevamente el análisis es estrecho, pues ni siquiera explicita la necesidad de cooperación o colaboración del acreedor, circunscribiéndola sólo a no poner obstáculos en el cumplimiento del deudor. No obstante, el autor da ejemplos de los que se puede inferir que le conferiría un alcance más amplio al rol del acreedor en el cumplimiento, aunque sin explicitarlo; así, señala que para cumplir una obligación “es necesaria, generalmente, una serie de gestiones de muy diverso carácter (administrativo, bancario, transporte, desplazamiento, actos, material, etc.), muchas de las cuales puede facilitar o entorpecer el acreedor (a quien no se encontró oportunamente, o no proporcionó la correcta ubicación de su domicilio, o no suscribió los documentos y guías necesarios, etc.)”.²³¹

En línea similar, Fernando Fueyo se refiere explícitamente a la cooperación del acreedor, también situándola en la mora del acreedor, la que define como: “el retraso del

²²⁶ El caso sería más interesante si se refiriera a una promesa unilateral, pues ahí efectivamente para que el deudor de la misma pudiese cumplir, se requeriría de la cooperación del acreedor, en tanto tendría que prestar su consentimiento para la celebración del contrato prometido. No obstante lo cual, igualmente se situaría en aquellas situaciones en que el deudor ofrece el pago y el acreedor no lo acepta, pago que tendría que haberse materializado en la celebración del contrato definitivo.

²²⁷ Análisis similar se encuentra en la obra de René Ramos, quien también alude a la no concurrencia del acreedor a recibir el pago a propósito de la *mora accipiendi*, pero sin mencionar otros casos fuera de aquel, ni tampoco utiliza expresiones tales como colaboración o cooperación del acreedor. RAMOS, René, *De las obligaciones*. Santiago, Lexis Nexis, 2004. p. 287.

²²⁸ Para efectos de esta tesis, preferimos utilizar la nomenclatura de “causales de exoneración de responsabilidad”, como veremos en el próximo capítulo.

²²⁹ RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 199.

²³⁰ RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, op. cit., p. 203.

²³¹ *Ibidem*, p. 206.

cumplimiento motivado por la falta de cooperación indispensable del acreedor, o bien su negativa a la aceptación de la prestación que le ofrece el deudor”.²³² Como se ve, de la definición se colige que para el autor una cosa es que el acreedor deba aceptar la prestación ofrecida, y otra diversa es la necesidad de que éste coopere, planteamiento distinto al que se sostiene en este trabajo, en lo que respecta a la nomenclatura utilizada, pues en nuestra opinión la colaboración del acreedor también abarca la aceptación de la prestación ofrecida por el deudor, aunque reconocemos que los casos más interesantes de análisis son aquellos que se manifiestan de manera más compleja que la sola admisión del pago, como veremos en este mismo capítulo. Más adelante, Fueyo corrobora este distingo, pues al referir al primer caso en que el acreedor puede caer en mora, debido a la ausencia de la cooperación indispensable, señala que en muchas oportunidades el acreedor no es un elemento pasivo que sólo se limita a recibir el pago pues debe llevar a cabo actos materiales para posibilitar el cumplimiento, como “abrir sus bodega aun a horas no laborales o en días feriados, proporcionando una cuadrilla de hombres para descargar, disponiendo de una grúa-horquilla, o herramientas o iluminación, etc.”²³³ Agrega que a veces los actos pueden traducirse en actos jurídicos o administrativos, todos los cuales son “conducente a la misma idea de colaboración indispensable”.²³⁴

Desde otra perspectiva, Carlos Ducci parece referirse a la falta de colaboración del acreedor, en su estudio sobre la culpa del acreedor en la responsabilidad contractual.²³⁵ Propone elaborar esta causal de exoneración a partir de lo que se establece en el artículo 2330, ubicada en sede de ilícitos civiles, pero que es de aplicación general, más otras normas diseminadas en el Libro IV, como los artículos 1590, 1600, 1827, 1859, 1860, 1861, 1925, 1926, 1927, 1928, 1933, 1938, 1959, 1961, 1975, etc.²³⁶ De todas ellas, infiere Ducci que el criterio del código civil es exonerar al deudor si su cumplimiento se debe total o parcialmente a causa extraña, lo que incluye la culpa del acreedor, pues en la

²³² FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 453.

²³³ *Ibidem*, p. 454.

²³⁴ *Ibidem*, p. 454.

²³⁵ DUCCI, Carlos, *La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual*, op. cit., p. 485 ss.

²³⁶ Veamos un par de las normas citadas por Ducci. Por ejemplo, el artículo 1928 sobre contrato de arrendamiento establece que se autoriza al arrendatario para que se le abonen los perjuicios que le ocasionen las reparaciones de la cosa arrendada y que tenían una causa anterior al contrato, esto es, que eran culpa del arrendador; argumentación similar, en lo que dispone el artículo 2188 en el comodato, que preceptúa que si el verdadero dueño de la cosa la reclama antes de terminar el contrato, el comodatario sólo tiene acción de indemnización de perjuicios en contra del comodante si sabía que la cosa era ajena, es decir, se configuraría culpa del acreedor.

responsabilidad contractual debe tomarse en cuenta la culpa de ambas partes, lo que sería aplicación de la ejecución de buena fe que se impone a los contratantes de acuerdo al artículo 1546. Esta postura, sin embargo se aparta bastante de nuestra exposición, no sólo por contener, igual que en los casos anteriores, una concepción reduccionista sobre el comportamiento que debe desplegar el acreedor durante el contrato, sino, además, porque exige la configuración de culpa en éste para que se generen consecuencias jurídicas para el deudor; y luego, porque en nuestra opinión esas consecuencias no sólo dicen relación con la configuración de una causal de exoneración total o parcial de responsabilidad del deudor.

Hay que hacer presente, por lo demás, que en los autores que hemos citado aún se percibe este esquema que supone que en una relación contractual, las calidades de deudor y acreedor son fácilmente identificables, pues sólo se miran las prestaciones primordiales, haciendo caso omiso de que en sede contractual lo habitual es la existencia de deberes u obligaciones secundarios de conducta.

ii. En algunos estudios nacionales más recientes, también se ha aludido a la colaboración del acreedor a propósito de una multiplicidad de materias, la mayoría de las cuales están referidas a la necesidad de modernizar nuestro derecho de las obligaciones y de los contratos. Así, por ejemplo, sobre incumplimiento contractual y remedios contractuales en el ámbito de la CISG,²³⁷ y con ocasión de la carga de mitigar las pérdidas.²³⁸ Desde otra perspectiva, pero también considerándola una carga, se ha tratado a la colaboración del acreedor en algún estudio sobre las cargas que pesan sobre el acreedor en el marco del contrato de seguro de responsabilidad civil. En él se cita como ejemplo el caso de las obligaciones de dar, para cuyo cumplimiento es necesario que el acreedor reciba la cosa; se agrega que, en ese sentido, se trataría de una carga pues su cumplimiento sólo interesa al acreedor, pues no se concuerda con el hecho de que el

²³⁷ VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional*, op. cit., p. 454 s. La Convención, señala Vidal, contempla cargas para el acreedor, tales como la de comunicación y de conducta material que debe ejecutar, lo que constituye una manifestación de que en el marco de la CISG, ambas partes deben someter su conducta a las exigencias del estándar de lo razonable; agrega que el acreedor debe contribuir con su conducta a que los efectos del incumplimiento sean lo menos gravosos para el deudor incumplidor

²³⁸ VIDAL, Álvaro, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*. En Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, op. cit., p. 436 s.

cumplimiento pueda interesar también al deudor, de manera que si no puede cumplir por causa ajena, quedaría liberado de la misma.²³⁹

iii. Finalmente, hay un par de análisis más específicos sobre la colaboración del acreedor recientemente publicados; en uno de ellos, más que estudiarlo desde la perspectiva del derecho nacional que sólo toca tangencialmente, se exponen las diversas teorías que sobre la naturaleza jurídica ha elaborado la doctrina extranjera, para concluir que de acuerdo a las circunstancias la cooperación del acreedor a veces es carga, y a veces deber, posición que expondremos más adelante. Este estudio añade interesantes referencias a los posibles orígenes de la figura en el derecho romano.²⁴⁰ El segundo trabajo, se trata de una reflexión inicial referida a la colaboración del acreedor con énfasis en la constitución en mora del acreedor, y aún cuando acepta que en algunos casos la inobservancia de la misma puede dar lugar a responsabilidad contractual por parte del acreedor – cercano a nuestra opinión-, sólo sustenta sus conclusiones en la buena fe, sin agregar una argumentación más robusta,²⁴¹ como tampoco identifica con claridad los grupos de casos en que dicha colaboración es necesaria.

²³⁹ LAGOS, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*. Madrid, Editorial MAPFRE S.A., 2006. p. 34.

²⁴⁰ SAN MARTÍN, Lilian, *Sobre la naturaleza jurídica de la “cooperación” del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes*. Revista de derecho Universidad de Concepción, Concepción, nºs 225-226, año LXXVII, enero-junio, julio-diciembre 2009, pp. 135-196. El mismo trabajo se encuentra publicado en Revista de derecho privado, Universidad de Externado, Bogotá, nº21, 2011. La tesis que defiende la autora respecto de la naturaleza jurídica de la colaboración del acreedor será expuesta algunas líneas más adelante, a propósito de la naturaleza que le ha asignado a la misma.

²⁴¹ AEDO, Cristián, *Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor, con especial referencia a su mora de recibir*. En Colección Estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008. pp. 281- 303.

2.2 La colaboración del acreedor en la dogmática extranjera.

2.2.1 El derecho positivo.

En los códigos decimonónicos no hay mayor referencia a la colaboración del acreedor, a diferencia de los códigos más recientes. En el marco de la legislación europea, la colaboración del acreedor no está directamente establecida en el código suizo de derecho de las obligaciones, sin perjuicio de la referencia a la necesidad de que el acreedor realice actos preparatorios necesarios para que el deudor pague, según dispone el artículo 91.²⁴²

Sí se aprecia la importancia de la colaboración del acreedor en el código civil italiano de 1942, la que se encuentra tratada a propósito de la mora del acreedor en el artículo 1206, en tanto que en la norma siguiente se regulan los efectos de la mora.²⁴³

El código civil portugués de 1966, sigue esta misma tendencia de positivar a la colaboración dentro de la regulación de la *mora creditoris*.²⁴⁴

En lo que respecta al BGB, no hay norma expresa referida a la colaboración del acreedor; de hecho, con la reforma al derecho de obligaciones de 2001 las normas sobre

²⁴² Artículo 91. Mora del acreedor. “el acreedor está en mora cuando sin una buena razón se niega aceptar la entrega que se le ofrece regularmente, o en realizar los actos preparatorios sin los cuales el deudor no puede cumplir con sus obligaciones”.

²⁴³ Artículo 1206. Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione (att. 160). Artículo 1207. Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (1256 e seguenti, 1673). Non sono più dovuti gli interessi né i frutti (820) della cosa che non siano stati percepiti dal debitore. Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora (1224) e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta. Gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa è successivamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato (Cod. Proc. Civ. 324) o se è accettata dal creditore.

²⁴⁴ Artículo 813, “O credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação. Artículo 816. O credor em mora indemnizará o devedor das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto”.

mora del acreedor, fueron mínimamente alteradas,²⁴⁵ lo que ha llevado a afirmar que ella sólo da lugar a que el deudor se libere de la obligación.²⁴⁶ En ese orden, se aprecia que al regular la mora del acreedor, el BGB sólo hace expresa referencia a uno de los casos en que ella se manifiesta, cual es la no aceptación de la prestación ofrecida por el deudor, pero no incluiría a las demás situaciones en que se requiere de la cooperación del acreedor. Sobre la negativa del acreedor a aceptar la prestación, se ha expresado que no se la consideraría una verdadera infracción contractual de parte del acreedor, de modo que no daría derecho a resolver el contrato, como tampoco permitiría reclamar daños.²⁴⁷ Sin embargo, como destacaremos más adelante, hay que recordar que la reforma también modificó el §241, incorporando un párrafo (2), que agrega a la relación obligatoria el respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte, de manera que la noción amplia de colaboración del acreedor, que se manifiesta en una gran variedad de comportamientos que éste debe desplegar, se erige como un deber dentro de la relación contractual,²⁴⁸ lo que queda corroborado por la también amplísima norma contenida en el § 280, sobre resarcimiento de daños por incumplimiento de un deber.²⁴⁹

En el ámbito latinoamericano, el código civil de Bolivia de 1975 regula la colaboración a propósito de la mora del acreedor, estableciendo además el derecho del deudor a obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de ella.²⁵⁰

²⁴⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, op. cit., p. 83.

²⁴⁶ *Ibídem*, p. 84. El § 293 establece: "Mora del acreedor. El acreedor incurre en mora si no acepta la prestación que se le ofrece". Luego, en el § 300 se regulan los efectos de la mora del acreedor: (1) Durante la mora del acreedor el deudor sólo debe responder por dolo y negligencia grave. (2) Si se debe una cosa sólo determinada mediante el género, el riesgo pasa al acreedor en el momento en que incurre en mora, esto es, cuando él no acepta la cosa ofrecida."

²⁴⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, op. cit., p. 83. El § 304, contempla, sin embargo, el resarcimiento de gastos adicionales, en los siguientes términos: "Con ocasión de la mora del acreedor, el deudor puede solicitar el resarcimiento de los gastos adicionales en que debe incurrir por el ofrecimiento infructuoso y la custodia y conservación del bien debido."

²⁴⁸ MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JONHSTON, Angus, *The german law of contract. A comparative treatise*. Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006. p. 128.

²⁴⁹ Aunque algunos autores, al analizar la incorporación del § 241 (2), hablan de deberes de protección, en oposición a los deberes de prestación, incluyen tanto deberes de acción como de omisión, todos los cuales permiten el cumplimiento de los deberes principales, así, quedarían incorporados deberes tales como los de información, de denuncia, de orientación, de asesoramiento, de advertencia, de revisión, etc. EHMANN, Horst y SUTSCHET, Holger, *Modernización del derecho alemán de obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado, 2006. p. 107.

²⁵⁰ Artículo 327 "El acreedor se constituye en mora cuando sin que haya motivo legítimo rehúsa recibir el pago que se le ha ofrecido o se abstiene de prestar la colaboración que es necesaria para que el deudor pueda cumplir la obligación". El artículo siguiente, regula los efectos de la mora del acreedor, en los siguientes términos: "Cuando el acreedor está en mora, se producen los efectos siguientes: 1) Pasan a su cargo los riesgos de la cosa debida. 2) No tiene derecho a los intereses ni

El código civil peruano de 1984 trata en forma expresa a la colaboración, según se establece en el artículo 1155 referido a las obligaciones de hacer, en que se regula la imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor;²⁵¹ aunque también se le aprecia respecto de las obligaciones de dar a propósito de la teoría del riesgo en las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto, en el artículo 1138, regla tercera, pues de esa norma se infiere la necesidad de que el acreedor concurra a la entrega de la cosa que le ofrece su deudor;²⁵² a la vez, que el artículo 1338 regula la mora del acreedor.²⁵³ Hay que destacar que la norma que sigue, artículo 1339, establece la indemnización que debe el acreedor a su deudor, debido a los daños que ocasione a éste el retraso del acreedor.

El código civil de Paraguay de 1985, en cambio, no reglamenta en forma explícita a la colaboración del acreedor, salvo lo referido a la necesidad de recibir el pago con ocasión del tratamiento de la mora del acreedor en el artículo 428. Sin perjuicio de ello, el artículo siguiente reconoce el derecho del deudor a obtener la indemnización derivada de los gastos de conservación y guarda de la cosa, como asimismo, los originados por los requerimientos al acreedor.

2.2.2 La doctrina extranjera: las opciones.

Desde una perspectiva sistemática, la doctrina extranjera, especialmente la europea, ha abordado la cooperación o colaboración del acreedor de dos formas: a propósito de temáticas generales, como al analizar la mora del acreedor; o bien, en estudios

a los frutos que no hayan sido percibidos por el deudor. 3) Debe resarcir los daños provenientes de la mora. 4) Soporta los gastos de conservación y custodia de la cosa debida.”

²⁵¹ Artículo 1155 que establece: “Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.”

²⁵² Artículo 1138 “Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto. N°3 Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.”

²⁵³ Artículo 1338 “El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.”

de carácter específicos. A la vez, en lo que toca a su naturaleza, se le ha asignado el carácter de carga contractual, de deber, o como una manifestación de la buena fe.

i. Un primer grupo de doctrinas son aquellas en que la colaboración del acreedor se estudia con ocasión de temáticas de índole general, como la mora del acreedor.

La doctrina alemana es fiel exponente de esta tendencia, lo que es concordante con la regulación de la *mora creditoris* contenida en el BGB²⁵⁴. Así se advierte en Von Thur, quien a propósito del cumplimiento de la obligación, expresa que algunas veces la prestación requiere de la cooperación del acreedor, lo que estará supeditado a su naturaleza, por ejemplo, si la prestación del deudor consiste en el traspaso de un derecho, pues allí se necesita de un contrato real, igual cosa ocurre con el cumplimiento de contratos de servicios y algunos de obra. En caso que el acreedor no coopere, agrega, incurre en mora creditoria,²⁵⁵ ya sea porque se niega a recibir la prestación, o porque no lleva a cabo los actos preparatorios que corran a cargo suyo y sin los cuales el deudor no puede cumplir la prestación.²⁵⁶ En línea similar Medicus, que a propósito de los presupuestos de la mora del acreedor, refiere a la necesidad de colaboración del acreedor, tanto en el cumplimiento de obligaciones de dar una cosa, como para cumplir con ciertas prestaciones de servicios, aunque no lleva a cabo la calificación jurídica en torno a la naturaleza que se asigna a dicha colaboración.²⁵⁷ Larenz, por su parte, reconoce que desde la buena fe el acreedor está obligado a no impedir la prestación del deudor y, aún, a hacerla posible,²⁵⁸ y más adelante trata en forma precisa a la colaboración del acreedor, también en la *mora accipiendi*.²⁵⁹

También coherente con la legislación positiva, los juristas italianos tratan con diversos grados de profundidad la cooperación del acreedor. Betti es especialmente

²⁵⁴ Título 2, entre los §293 y §304.

²⁵⁵ VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 265.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 310 s.

²⁵⁷ MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona, Bosch, 1995. p.198 ss.

²⁵⁸ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1958. p. 155.

²⁵⁹ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 383. El tratamiento que le brindan Ennecerus, Kipp y Wolff, es también similar, pero con una precisión que conviene destacar: que aunque por regla general, observan que para la constitución del acreedor en mora no se requiere de su culpa, toda vez que no habría un deber de aceptar, en algunos casos sí que puede llegar a adquirir tal carácter, en cuyo caso el acreedor tendría que indemnizar la totalidad de los daños que se le produzcan a la otra parte por no recibir la prestación. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 294 s. Análogo, HEDEMANN, J.W, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 187 s.

ilustrativo, al estudiar el problema de si es posible sustentar la existencia de un derecho del deudor a ser liberado, concluyendo que más que una posición de sujeción del acreedor, en verdad lo que se reconoce es que sobre tal acreedor pesa una carga de aceptar la prestación ofrecida por el deudor, y sin perjuicio de la obligación recíproca de las partes de actuar de buena fe, que permite reconocer un deber de colaborar al cumplimiento de la prestación.²⁶⁰ Parecido se aprecia en Trabucchi y Barbero.²⁶¹

Tratamiento similar se evidencia en mucha de la doctrina española, a pesar de que el código civil no tiene positivada la *mora creditoris*,²⁶² aunque con algunos matices. Así se aprecia en el análisis de Díez Picazo y Gullón, que derechamente tratan a la colaboración del acreedor en tanto carga de este último, siguiendo los postulados de Cabanillas Sánchez, distinguiendo entre la carga de facilitación de la liberación del deudor y la carga de colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación, respecto de ambas situaciones consideran que no tienen el carácter de deber, sino efectivamente de cargas contractuales.²⁶³

²⁶⁰ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 66 y 118.

²⁶¹ Trabucchi señala que el acreedor está en mora cuando se niega a recibir el pago o bien, no realiza lo necesario para que el deudor pueda cumplir su obligación. Sin embargo, tiene un matiz similar a Ennecerus, y es que reconoce que en algunos casos el interés del deudor al cumplimiento hace surgir un derecho contra el acreedor. Un ejemplo de las fuentes romanas, después de la venta de un material resultante de la destrucción de un edificio, el deudor puede tener interés en que el acreedor lo retire, dejando así libre el solar para una futura utilización del mismo. El otro ejemplo, es el de un artista de teatro que tiene interés en que el empresario acreedor no se limite a pagarle el sueldo, sino también a hacerle representar el papel en la obra por la publicidad en el mundo del teatro. Agrega que tanto en uno como en otro caso, las relaciones son complejas; se encuentran conexos en ellas derechos y obligaciones y, por tanto, a los efectos del descombro de los materiales o de la representación del papel, el acreedor de la prestación principal es al tiempo deudor, por lo que si bien el acreedor no se encuentra obligado a recibir el cumplimiento de la prestación es justo que el deudor no sufra los daños derivados de los obstáculos puestos por la otra parte cuando dependa de ésta la posibilidad de la prestación. TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil II*, op. cit., p. 67. BARBERO, Domenico, *Sistema de derecho privado III. Obligaciones*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1967.

²⁶² Así, Lacruz Berdejo, no refiere en forma expresa a la colaboración del acreedor, sino únicamente a la necesidad del concurso del acreedor en muchas ocasiones, a falta de él reconoce la configuración de la mora del acreedor, con los efectos que tradicionalmente se le reconoce. LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, Madrid, Dykinson, 2007. p. 182 s. Similar tratamiento el de Albaladejo y Puig Peña, aunque este último aclara que si el acreedor se niega a cooperar con su actividad al cumplimiento, el deudor tiene a su favor la pretensión a la indemnización de daños y perjuicios. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 159 ss. PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, Pamplona, Aranzadi, 1972. p. 185.

²⁶³ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Pamplona, Thomson Civitas, 2008. p. 136 s.

Desde otra óptica, la colaboración del acreedor ha sido abordada a partir de proposiciones de derecho más contemporáneo, en que, como dejamos presentado en el capítulo anterior, una noción amplia de incumplimiento contractual, acorde a la concepción de contrato que adopta el nuevo derecho, permite también sustentar que debido a que la colaboración forma parte del contenido del contrato, su infracción constituye un incumplimiento contractual, con todas las consecuencias que de esa calificación se siguen.²⁶⁴

ii. En segundo lugar, hay aquellos autores que proporcionan un análisis de mayor profundidad; entre ellos no existe consenso sobre la naturaleza que tiene la colaboración del acreedor. De una parte, algunos sustentan que la cooperación del acreedor constituye una verdadera obligación, es el caso de Falzea, para quien, en tal carácter, además de los efectos propios de la mora del acreedor, se permite al deudor incluso exigir el acreedor su cumplimiento, y si el acreedor no cumple, se genera un caso de incumplimiento contractual.²⁶⁵

Para otros, en cambio, constituye siempre una carga contractual, como es la opinión de Cattaneo, que aunque reconoce que es un fenómeno muy frecuente, su inobservancia sólo generaría mora del acreedor.²⁶⁶ También de carga la califica Cabanillas Sánchez.²⁶⁷

²⁶⁴ MORALES, Antonio, *Incumplimiento y culpa del deudor*, op. cit., p. 8; FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*. ADC, Madrid, n° LXIII, fasc. I, 2010. p. 93. En este caso, la autora destaca que, la regla que introduce la Propuesta civil de modificación al código civil español, en su artículo 1188, inciso segundo, que establece que “Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”, adquirirá especial relevancia en los contratos en que efectivamente se necesite de la colaboración del acreedor.

²⁶⁵ FALZEA, Angelo. *L’offerta reales e la liberazione coattiva del debitore*. Milán, Giuffré, 1947. p. 77 ss.

²⁶⁶ CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all’adempimento*. Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1964. p. 27 s y 47.

²⁶⁷ Para Cabanillas, la colaboración del acreedor constituye una carga contractual de aquellas que denomina heterónomas, distinguiendo – a propósito de los casos que hemos identificado en esta tesis- entre la carga de facilitación de la liberación del deudor, y la de colaborar para que el deudor pueda ejecutar la prestación. CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1988. p. 72 ss. y 204 ss.

En un tercer grupo, se sitúan aquellos autores que tienen una opinión matizada, esto es, que atendida las circunstancias, a veces tiene la naturaleza de carga y otras de deber al interior de la relación obligatoria, como Caballero Lozano²⁶⁸ y Lamarca.²⁶⁹

2.2.3 El reconocimiento al deber de cooperación entre las partes en el derecho uniforme.

La colaboración que debe prestarse entre las partes del contrato, se encuentra expresamente reconocida en algunos instrumentos normativos del derecho uniforme de contratos. Destacaremos algunas de esas manifestaciones explícitas.

El artículo 5.1.3 de los Principios de UNIDROIT, establece: “cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.²⁷⁰ Los comentarios a los Principios expresan que hay dos manifestaciones de la cooperación: la primera se refiere al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte; y la segunda, una cooperación activa entre las partes.²⁷¹ Sobre el alcance de esta disposición, algunos han planteado que la norma

²⁶⁸ “lo que no nos parece tan seguro que, a tenor de lo expuesto, es que la cooperación del acreedor al cumplimiento sea una auténtica carga que acompañe al derecho al crédito. A nuestro entender, calificar de *carga* la conducta del acreedor antes citada supone un olvido del interés del deudor en la obligación, que no por ser de menos rango queda desprotegido. La cooperación del acreedor al cumplimiento es una conducta también en interés del deudor, ya que a éste no le es indiferente cumplir o no su obligación. En este sentido, la falta de cooperación no queda sin sanción como sucedería de ser una carga en sentido técnico; antes bien, el ordenamiento prevé la *mora creditoris* y la consignación judicial- figura de la que no está del todo ausente la idea de ejecución coactiva- como medidas tendientes a neutralizar los efectos negativos de la inobservancia de dicha carga. Si el acreedor no coopera, no sólo no deja ocioso su crédito sino que también perjudica los justos derechos y expectativas del deudor. La libertad que tiene el acreedor de verificar la carga sólo se entiende en el caso que nos ocupa si consideramos que el deudor es también libre de cumplir su obligación CABALLERO, José, *La mora del acreedor*. Barcelona, Bosh Editor S.A., 1992. p. 127

²⁶⁹ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001. p. 64.

²⁷⁰ *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma, Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), op. cit., p. 136.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 136. Los comentarios ilustran con los siguientes ejemplos: 1. A, después de haber celebrado con B un contrato para la entrega inmediata de cierta cantidad de petróleo, compra de otra fuente todo el petróleo disponible en el mercado. De esta forma, A obstaculiza el cumplimiento de la obligación de B, lo que es contrario al deber de cooperar entre las partes. El segundo ejemplo es que A, galería de arte del país X, compra una pintura del siglo XVI a B, que es un coleccionista privado del país Y. El cuadro no puede ser exportado del país Y, sino a través de una autorización especial y el contrato establece que es obligación de B obtenerla. Sin embargo, B carece de experiencia en la realización de estos trámites, por lo que se ve en serias dificultades para obtener

consagra la carga de cooperar de la forma que razonablemente se pueda esperar en el contrato,²⁷² que es precisamente una de las naturalezas jurídicas que se ha predicado sobre la colaboración del acreedor, según ya hemos visto. Es decir, si la falta de colaboración del acreedor sólo engendra consecuencias perjudiciales para éste, no habría inconveniente de calificar a la cooperación como carga; aunque en nuestra opinión, no constituye técnicamente la figura de deber de colaboración del acreedor, pues cuando ella falta es posible configurar un verdadero incumplimiento contractual, por lo que, a pesar de que también se producirán consecuencias referidas a la propia obligación del acreedor - que termina siendo inejecutada debido a su propio comportamiento al no colaborar-, se permitirá al deudor ejercer los remedios o acciones contractuales derivados del incumplimiento del acreedor, según veremos más adelante.

Es este alcance que venimos predicando sobre la colaboración del acreedor, es el que se recoge en los PECL,²⁷³ según se lee en los Comentarios a los mismos. En efecto, el artículo 1:202 consagra el deber de colaboración, en los siguientes términos: “Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos”. A diferencia de los Principios de UNIDROIT, aquí derechamente se califica a la colaboración como un deber que emana del contrato.²⁷⁴ En los Comentarios se destaca que este deber incluye el de permitir que la otra parte cumpla con sus obligaciones para así obtener los frutos de la prestación pactada en el contrato, lo que explica especialmente a través del siguiente ejemplo: “*Ejemplo 1*: S, que se encuentra en Hamburgo, acuerda vender mercancías a B, que se encuentra en Londres, a un precio pactado en Hamburgo. B no designa qué buque deberá transportar las mercancías. Ello constituye un incumplimiento de las obligaciones de B derivadas del contrato de compraventa y también infringe este artículo, porque impide que S cumpla su obligación de embarcar las mercancías y que obtenga el precio pactado en el contrato. S queda liberado de su cumplimiento conforme al

la autorización, mientras que A tiene amplia experiencia es este tipo de solicitudes; en este caso, y a pesar de lo que establece el contrato, es razonable esperar que A brinde alguna cooperación a B.

²⁷² PULIDO, Juan Luis, *COMENTARIOS a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*. David Morán Bovio (Coordinador), op. cit., p. 260.

²⁷³ FAJARDO, Javier, *Cumplimiento u extinción del contrato*. En CÀMARA, Sergio, *Derecho privado europeo*, op. cit., p. 504.

²⁷⁴ Aunque hay aún doctrina que también la califica de carga. DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 159.

artículo 8:101 (3) y puede poner fin al contrato y obtener una indemnización por daños y perjuicios.”²⁷⁵

Es decir, debido a las circunstancias del caso que se exponen, es posible visualizar dos grupos de efectos derivados de su infracción: el primero, que no se cumplirá la obligación por S, pues no ha podido hacerlo debido a la inobservancia de la colaboración debida por parte de B, por lo que S queda liberado del cumplimiento de su propia obligación para con B; pero además, como se ha incumplido el deber de colaboración, S podrá poner fin al contrato y demandar la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento de B. En suma, la inobservancia del deber de colaboración constituye un incumplimiento contractual que debe permitir a la contraparte valerse de los remedios que el ordenamiento jurídico le proporciona, lo que estará supeditado a que se reúnan los requisitos que establece la ley en cada caso. En el ejemplo, debido a que se cumplen las condiciones, es posible que S resuelva el contrato, pero que, además, atendido los daños que le fueron provocados, obtenga el resarcimiento de los mismos.

Un tratamiento análogo, pero referido a los contratos de servicios, en los Principios of european law on services contracts – PELSC-, artículo 1:104, sobre deber de cooperación.²⁷⁶ Es interesante destacar que en esta norma encontramos una mayor

²⁷⁵ LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. Trabajos de la Comisión de derecho contractual europeo*, op. cit., p. 158.

²⁷⁶ (1) The duty under Article 1:202 PECL (Duty to Co-operate) requires in particular:

- (a) (a) the client to answer reasonable requests by the service provider for information in so far as this is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;
- (b) (b) the client to give directions regarding the performance of the service in so far as this is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;
- (c) (c) the client, in so far as the client is to obtain permits or licenses, to obtain these at such time as is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;
- (d) (d) the service provider to give the client a reasonable opportunity to determine whether the service provider is performing the obligations under the contract; and
- (e) (e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this is reasonably necessary to perform the contract.

(2) (2) If the client fails to perform the duties under subparagraph (1)(a) or (b), the service provider may either withhold performance under Article 9:201 PECL (Right to Withhold Performance), or base performance upon the expectations, preferences and priorities a person in the same situation as the client may reasonably be considered to have, given the information and directions that have been gathered, provided that the client is warned in accordance with Article 1:110.

(3) (3) If the client fails to perform the duties under paragraph (1) causing the service to become more expensive or to take more time than agreed upon in the contract, the service provider is entitled to:

- (a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the nonperformance; and
- (b) an adjustment of the time of performance that is required for the service”. Este mismo deber se desarrolla luego, en los artículos 2:102, 3:102 y 5:103, aunque en verdad el deber de colaboración se encuentra ínsito en prácticamente la totalidad de las disposiciones de los PELSC.

variedad de manifestaciones del deber de cooperación, acorde con la naturaleza de los contratos que se regulan, como por ejemplo, que el cliente debe proporcionar la información que ha sido solicitada por el proveedor para que éste pueda cumplir; dar las instrucciones que el proveedor requiera para proporcionar el servicio; obtener los permisos y licencias necesarias para que el proveedor pueda ejecutar el contrato. Se resalta, además, que en caso de que el cliente no cumpla con este deber de cooperación, y ello provoca daños al proveedor, éste puede obtener el resarcimiento de los perjuicios.

En forma consecencial, el artículo 1:104 del Libro III del MCR, sobre obligaciones y derechos contractuales, igualmente recoge el deber de cooperación, en términos análogos a los PECL.²⁷⁷ Hay, sin embargo, alguna crítica al establecimiento de esta norma en el MCR,²⁷⁸ pues se afirma que la amplitud de este deber general de cooperación oscurecería la primacía que indudablemente aún se le reconoce a la autonomía privada, agregado al hecho de que a lo largo del mismo MCR hay otras manifestaciones de dicho deber de cooperación, como lo dispuesto en el artículo III 1:103 sobre deberes derivados de la buena fe, o los que emanan de un cambio de circunstancias, artículo III 1:110. Efectivamente, hay que admitir que la amplitud de las normas anotadas, especialmente la primera de ellas, conlleva el peligro de conferirle al deber de cooperación un alcance extensísimo, tal como a la buena fe, oscureciendo con ello su sentido y alcance, de ahí la necesidad de perfilar al deber de colaboración en términos más concretos, como es el planteamiento en esta investigación.

Por su parte, también los “Acquis principles” establecen en el Capítulo 7 sobre Cumplimiento, el deber de cooperación.²⁷⁹

²⁷⁷ “III.- 1:104: Co-operation. The debtor and creditor are obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor’s obligation.”

²⁷⁸ Así, EIDENMULLER, Horst, FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans, JANSEN, Nils, WAGNER, Gerhard, ZIMMERMANN, Reinhard, *El marco común de referencia para el derecho privado europeo*, op. cit., p. 1488 s.

²⁷⁹ Artículo 7:104 Deber de cooperación. Deudor y acreedor deben cooperar entre sí con el alcance que quepa razonablemente esperar en el cumplimiento de una obligación”. Se agrega, además, en la definición del incumplimiento del artículo 8:101, que hay incumplimiento “en la infracción del deber de cooperar con el fin de procurar la plena eficacia de una obligación”.

3. **Ámbito de análisis de la colaboración del acreedor.**

Justificaremos el ámbito al que circunscribiremos la colaboración del acreedor, que está constituido por los contratos bilaterales durante su etapa de cumplimiento.

3.1 **La colaboración del acreedor en el íter contractual.**

Una dificultad a la que nos enfrentamos en el análisis de la colaboración del acreedor, dice relación con el contexto en que ella se sitúa al interior del contrato. Y es que la noción que se adopte de colaboración del acreedor, tendrá directa incidencia en la o las fases del íter contractual en que se puedan identificar sus diversas manifestaciones, y, por tanto, en su mayor o menor amplitud.

Quienes optan por una noción amplia de colaboración del acreedor, la conciben prácticamente como sinónima de la buena fe con que las partes deben ejecutar el contrato, lo que implicará, entonces, que se hable de colaboración del acreedor tanto en la fase de tratativas preliminares, como durante la celebración y ejecución del contrato, e incluso, en los posibles efectos que se generen después de extinguido el acuerdo, quedando incorporados bajo dicha noción todos los deberes secundarios de conducta. Esta es, por ejemplo, la postura de Esteban de la Rosa, que hace emanar del principio de buena fe un “principio de cooperación” entre las partes. Principio de cooperación que trasuntaría en un deber de cooperar, que deviene en un principio general de cooperación.²⁸⁰ Este principio

²⁸⁰ Es tal la amplitud de este deber, que, según señala, incluso encontraría su fundamento el deber de cooperación internacional entre los pueblos de acuerdo a la normativa recogida en la Carta de las Naciones Unidas, que se proyecta en todos los ámbitos. ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *El principio de cooperación en la contratación*. En Derecho contractual comparado. Nueva perspectiva europea y transnacional. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2009. p. 413. También la concibe en términos amplios Félix Chamíé, quien señala que la vinculación entre la buena fe y la cooperación entre las partes proviene del hecho que la relación obligatoria es en sí una relación de colaboración de las partes, que debe estar presidida por la buena fe. FÉLIX, José, *Equilibrio contractual y*

de cooperación, tendría diversas funciones: interpretativa, integradora – por ejemplo, para acoger la necesidad de revisar el contrato ante un cambio de circunstancias sobreviniente-, y normativa. De esta última función, nacerían deberes concretos como el de mitigación del daño, y el de renegociar el contrato para volver a un equilibrio prestacional ante el cambio de circunstancias.

La otra alternativa es asignarle un contenido más preciso y técnico, lo que implica, además, reconocer que junto a este deber secundario de conducta, confluyen otros, cada uno con sus propia fisonomía, y que se manifiestan a lo largo del camino que recorre el contrato; deberes de la más variada índole, como el de información, de mitigación de pérdidas, de conservación, entre otros.

Para efectos de nuestro análisis, optamos por un alcance restrictivo de la colaboración del acreedor, circunscribiéndola sólo a la etapa de efectos del contrato, que va desde la celebración hasta su extinción. Nuestra intención es, entonces, probar que un análisis técnico adecuado de dicha colaboración, es aquel en que debido a la naturaleza jurídica que postulamos, se manifiesta sólo bajo el paraguas de lo contractual. Como la colaboración del acreedor se limita a la etapa de ejecución del contrato, ello supone que las consecuencias del mismo son todas de índole contractual, tanto en caso que se cumpla con este deber de comportamiento, como las que se puedan generar si se infringe la colaboración debida.

La opción de limitar la colaboración del acreedor a la etapa de ejecución del contrato, no sólo tiene como fundamento la naturaleza jurídica que sustentamos, y que supone reconocerle el carácter de deber secundario de conducta; sino que se justifica por los grupos de casos relevantes que constituyen clara manifestación de colaboración del acreedor, todos los cuales se producen durante la etapa de efectos del contrato. Por tanto, la sistematización de casos que exponemos a continuación, tiene como ambiente la etapa o fase de ejecución del negocio.

cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato. Revista de derecho privado, Universidad del Externado. Bogotá, nº14, 2008. p. 114.

3.2 La colaboración del acreedor en los contratos unilaterales, bilaterales y de colaboración.

El fenómeno contractual requiere, la mayoría de las veces, que las partes colaboren o cooperen en el cumplimiento. En algunos casos, esa colaboración se manifiesta durante la ejecución del contrato a través de una conducta aislada, como la del acreedor de obligación de dar que ha de recibir la cosa debida; y en otras ocasiones, se necesita de una suma de comportamientos que los contratantes deben desplegar, atendida la naturaleza y necesidades del negocio celebrado, como el caso de un contrato de construcción de una obra por etapas, en que la comitente o mandante debe proporcionar el terreno para que se lleve a cabo, las especificaciones técnicas de la obra encargada, supervigilar el avance de las mismas, manifestando su conformidad con cada una de las etapas que se concluyan, hasta manifestar su conformidad con la recepción definitiva de las obras realizadas.

Tal colaboración del acreedor puede presentarse en toda clase de contratos, unilaterales y bilaterales, no obstante lo cual, nuestra opción es situarnos en el plano de los contratos bilaterales.

i. Es posible identificar manifestaciones de colaboración del acreedor en los contratos unilaterales. Así, de un somero recorrido a los contratos unilaterales típicos, como el depósito, el comodato, el mutuo, la prenda, la donación sin cargas, la hipoteca y la fianza,²⁸¹ resulta factible reconocer una serie de casos en que esa colaboración puede llegar a ser necesaria. Un primer grupo de situaciones son aquellas en que el acreedor no coopera con el deudor para que éste restituya la cosa debida; como, el comodante, depositante o mutuante que no recibe del comodatario, depositario o mutuario, el bien que ha sido objeto del contrato; o el caso de la prenda con desplazamiento si el constituyente no permite que el acreedor le restituya el bien dado en prenda, una vez que la obligación principal ha sido cumplida.²⁸² Un segundo grupo, son aquellas en que el acreedor no permite

²⁸¹ LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Quinta Ed., op. cit., p. 79 s.

²⁸² Como previene Von Thur, el crédito o derecho personal consiste, en algunos casos, en la restitución de un objeto que ha sido confiado al deudor, como en el contrato de arrendamiento, de comodato, de depósito, y a veces en ciertos mandatos; agrega que en el campo de los derechos reales ello también se presenta en la prenda pignoratícia y en el usufructo. No obstante la variedad de casos, señala, en general de trata de un deber de contenido análogo en todas las situaciones mencionadas. VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 75 s. En nuestro

que se cumpla con la obligación de dar, por ejemplo, en la donación entre vivos si el donatario no recibe el bien donado, infringe su obligación de colaborar con éste en el cumplimiento de dicha obligación primordial. Algo similar se puede predicar de aquel mutuante que no permite que el mutuario restituya la suma debida, obligación que también se traduce en un dar. En un tercer grupo estarían todas las situaciones en que el acreedor no proporciona al deudor lo necesario para que cumpla; por ejemplo, pensemos en un contrato de depósito de un animal, en que el depositante no le comunica cuáles son los cuidados que dicho animal requiere.

ii. El ámbito de los contratos bilaterales es,²⁸³ sin duda, el más prolífico para que se requiera de la colaboración del acreedor, no sólo porque son los más numerosos del tráfico jurídico, sino también por la forma en que se configuran las relaciones entre las partes. Para efectos de este estudio, adoptaremos una concepción amplia de contrato bilateral, pues incluiremos a los que se suelen denominar contratos plurilaterales o asociativos, es decir, aquellos en que los intereses de las partes no son contrapuestos, sino concordantes, como queda en evidencia en el contrato de sociedad.²⁸⁴ Respecto de estos contratos, la doctrina ha debatido si efectivamente tienen la naturaleza de contrato; y de tener tal carácter, si es posible que se califiquen de bilaterales.²⁸⁵ En nuestro derecho, la discusión sobre la naturaleza jurídica de los contratos en que las partes tienen intereses coincidentes, no ha sido especialmente intensa, sin perjuicio de lo cual, se ha transitado por determinar si estos son o no contratos, encontrándose opiniones que efectivamente le reconocen tal naturaleza, y otras que prefieren asignarle un carácter de negocio jurídico colectivo.²⁸⁶ Toda

derecho, René Abeliuk observa que la obligación de restituir corresponde a una especial obligación de entrega, que surge para aquel que ha recibido una cosa a título de mera tenencia, que por el agotamiento del contrato debe restituirla al legítimo dueño, al poseedor, e incluso al mero tenedor, dependiendo de quién le haya traspasado la mera tenencia. ABELIUK, René, *Las obligaciones*, op. cit., p. 285.

²⁸³ PLANIOL, Merce, y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*. La Habana, Cultural S.A., 1946. p. 45; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 163; LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 266. Según Larenz “entre los contratos obligacionales ocupan un lugar especial aquellos en los que cada una de las partes asume un deber de prestación precisamente para recibir mediante él la contraprestación de la otra parte”.

²⁸⁴ Jorge López señala que estos contratos son “aquellos que provienen de la manifestación de voluntad de más de dos partes, todas las cuales resultan obligadas en vistas de un objetivo común”. LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Quinta Ed., op. cit., p. 82.

²⁸⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, op. cit., p. 96 s.

²⁸⁶ CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p. 21 Esa es también la opinión de Álvaro Puelma, al referirse a la relevancia de este tópico a propósito de la sociedad, no obstante

vez que nos interesa perfilar de la forma más precisa posible los casos de colaboración del acreedor, preferimos obviar la discusión, e incorporar en nuestro estudio tanto a contratos en que las partes tienen intereses contrapuestos, como aquellos en que los intereses son concordantes, lo que supone asignar a los contratos plurilaterales el carácter de contratos bilaterales o, al menos, de asimilarlos a éstos,²⁸⁷ con la finalidad instrumental de abarcar el mayor número de manifestaciones de colaboración del acreedor.

iii. No obstante lo señalado respecto de los contratos plurilaterales o asociativos, debemos aclarar que hay autores que identifican un especial grupo de contratos, a los que se les califica de colaboración; y que refiere a aquellos en que las partes se vinculan para desarrollar una actividad que les permita obtener lucro,²⁸⁸ de manera tal que no sólo incluye a las diversas modalidades de sociedad, sino también a otras formas de organización de la actividad contractual empresarial, como la franquicia comercial, la licencia, el joint venture, entre otras.²⁸⁹ Así como las sociedades, estas otras modalidades de contratación comercial son, en su mayoría, contratos bilaterales, y ciertamente que la colaboración del acreedor puede llegar a ser necesaria. Sin embargo, tal como ocurre con cualquier otro contrato bilateral, no debemos confundir las distintas expresiones que puede asumir en estos contratos el deber de colaboración del acreedor, con las obligaciones primordiales que cada una de las partes de un contrato de colaboración deben cumplir. Un ejemplo ayudará a distinguir ambas situaciones: en un contrato de franquicia comercial, tanto franquiciante como franquiciado deben ejecutar una serie de obligaciones durante la vigencia del contrato: el franquiciante se obliga a permitir al franquiciado que use su nombre comercial,

lo cual, le asigna a las sociedades el carácter de contrato. PUELMA, Álvaro, *Sociedades*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 59 s.

²⁸⁷ LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Quinta Ed., op. cit., p. 82 s.

²⁸⁸ MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 76. Nuestra jurisprudencia reciente también reconoce esta categoría de contratos, como se evidencia en causa caratulada "Indistrias Lifelon S.A. con Sara Lee Corporation y otro", N° de descriptor vlex 3333060510, en que la Corte Suprema, en fallo de fecha 11 de mayo de 2011, califica expresamente a la asociación como un contrato de colaboración, en el considerando octavo de la sentencia de casación.

²⁸⁹ Puelma destaca que tanto en el derecho nacional como extranjero, no sólo el joint venture ha sido utilizado por las empresas, sino que han acudido a uniones permanentes o transitorias de grupos económicos en forma de acuerdos de colaboración empresarial, materia que en Chile no está expresamente legislada, pero que la Ley 18.045 reconoce en el artículo 98, como "acuerdos de actuación conjunta", para efectos de la información de los inversionistas. PUELMA, Álvaro, *Sociedades*, op. cit., p. 133 s. Esta misma colaboración se reconoce en el contrato de licencia o de franchising. Cfr. SANDOVAL, Ricardo, *Derecho comercial*. T. III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 333 s.

su marca, sus signos distintivos; a proporcionarle el conocimiento y la asistencia técnica en la comercialización del producto o servicio; en general, a prestar durante todo el contrato, su cooperación para que el franquiciado pueda obtener el beneficio que espera del negocio.²⁹⁰ Estas obligaciones no constituyen deber de colaboración del acreedor, pues no tienen por finalidad que el franquiciado cumpla con sus obligaciones con el franquiciante. Por el contrario, el franquiciante sí debe cumplir con su deber de colaborar al recibir el pago del derecho de entrada y las rentas periódicas pactadas. Asimismo, el franquiciado, en tanto acreedor de las anteriores obligaciones del franquiciante, debe colaborar para que este pueda cumplir, de manera tal, que debe poner los medios humanos y materiales necesarios para que el franquiciante le proporcione la asistencia técnica durante la vigencia del contrato; debe efectivamente utilizar las marcas y signos que el franquiciante le ha permitido utilizar, entre otras.

3.3 La opción por los contratos bilaterales.

Los contratos unilaterales no serán de especial estudio en este trabajo, pues para el análisis de la colaboración del acreedor tomaremos como modelo al contrato bilateral, sin perjuicio de que algunas de nuestras conclusiones pueden alcanzar a los primeros. Hay varias razones para obviarlos; la primera de ellas, dice relación con el tratamiento que tradicionalmente se ha dado al contrato unilateral, al menos en nuestro derecho, el que se ha caracterizado por carecer de una teoría general, nutriéndose de la teoría general del contrato, que ha tenido como modelo al contrato bilateral. De ello se sigue, que para efectos de analizar en profundidad las manifestaciones y consecuencias de la colaboración del acreedor en estos contratos, sería necesario realizar un estudio contrato por contrato, que es, por lo demás, la fórmula que utilizan los autores al referirse a los contratos

²⁹⁰ SANDOVAL, Ricardo, *Derecho comercial*, op. cit., p. 88 s. CIEZA, Carmen y REDONDO, Isaac, *Aproximación al régimen jurídico y práctico del contrato de franquicia (primera parte)*. Revista de derecho vlex [en línea] <<http://vlex.com/vid/aproximación-practico-franquicia-primera-163363>> [consulta: enero 2013].

unilaterales.²⁹¹ Agregado a lo anterior, ya hemos visto que los casos de infracción a la colaboración del acreedor en los contratos unilaterales están constiuidos, en gran medida, por aquellos en que el acreedor se niega a recibir el pago de la o las obligaciones del único obligado, situación que también serán objeto de nuestro estudio.

Optamos por los contratos bilaterales, porque como ya mencionamos en el capítulo anterior, es este tipo de convención la que se ha utilizado como instrumento regulatorio primordial entre los privados. En seguida, por cuanto el contrato bilateral es el que ha servido como arquetipo para la construcción de la teoría general del contrato;²⁹² y porque en lo que respecta a la colaboración del acreedor, es en estos contratos en que ella se presenta en gran medida; en que la colaboración del acreedor asume una amplia variedad de manifestaciones y, por ende, genera los mayores problemas, de modo tal que uno de los propósitos primordiales de esta tesis es identificar y estudiar los efectos que trae aparejado para el contrato el incumplimiento por parte del acreedor de la colaboración que debía brindar al deudor, y no cabe duda que estas consecuencias son, por mucho, más interesantes y complejas si estamos en presencia de un contrato bilateral. En consonancia con lo anterior, al sustentar que el acreedor que infringe el deber de colaboración se sitúa en una hipótesis de incumplimiento contractual, cuenta con un mayor número de acciones o remedios contractuales ante tal incumplimiento, que si estuviéramos ante un contrato unilateral.

4 Los casos y los problemas.

En las siguientes líneas procuraremos ensayar una sistematización de casos de colaboración del acreedor durante la vigencia del contrato. Hay que aclarar que no se trata,

²⁹¹ Así, MEZA, Ramón, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. T. II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006; SOMARRIVA, *Tratado de las cauciones*. Santiago, Editorial Ediar-Conosur Ltda., s/f. En este texto el autor estudia en forma particular las cauciones, algunas de las cuales se contienen en contratos unilaterales; VODANOVIC, *La fianza*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1999; LECAROS, José, *La prenda civil y las prendas especiales*. Santiago, Sociedad Editora Metropolitana, 1995; entre otros.

²⁹² LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos. Parte general*, op. cit., p. 69.

ni con mucho, de una enumeración exhaustiva de las situaciones susceptibles de ser identificadas como tales, pues en sede contractual es imposible pretender enumerar la totalidad de situaciones de relevancia jurídica que se pueden presentar. Desde esa perspectiva, la calificación de si se está o no en presencia de un caso en que se configura para el acreedor un deber de colaboración, es eminentemente casuística.

Sin embargo, hay varias razones que justifican enunciar un esquema básico de casos: primero, porque permite ilustrar en forma concreta la figura en análisis; en seguida, porque posibilita una mayor comprensión de lo que la doctrina y la jurisprudencia han planteado sobre esta colaboración, especialmente para efectos de determinar su naturaleza, lo que también facilitará explicar y argumentar sobre nuestra posición; pero muy especialmente, porque a partir de estos grupos de casos, identificaremos la gran variedad de problemas que se produce si el acreedor no colabora con el deudor en la ejecución del contrato bilateral y, finalmente, por cuanto utilizaremos esta ordenación básica en el acápite siguiente, en que estudiaremos las consecuencias que se siguen de la colaboración del acreedor, especialmente de su incumplimiento. Para esta ordenación de grupos de casos y de los problemas, tendremos presente los siguientes aspectos:

i. Coherente con la naturaleza jurídica que sustentamos, tiene la colaboración del acreedor, esto es, un deber secundario o funcional de conducta de las partes contratantes, los casos que se identificarán supone reconocer que efectivamente hemos configurado el deber de colaboración del acreedor a partir del estudio de la situación que se genera si el acreedor no colabora. Es decir, si ante la infracción del acreedor a la colaboración, se producen secuelas jurídicamente relevantes para el deudor, y tal relevancia se manifiesta en el hecho de que padecerá consecuencias nocivas en sus intereses, efectivamente se puede afirmar que estamos en presencia del deber de colaboración del acreedor, como comentaremos más adelante; por el contrario, si la colaboración del acreedor no tiene incidencia en el cumplimiento del deudor, ese caso no tendrá relevancia para efectos de esta tesis.

ii. La doctrina tiende a diferenciar los casos, según se trate de la colaboración que se requiere para que el deudor cumpla obligaciones de dar, por un lado, y de hacer y no hacer, por otra. Ello es así, según veremos, porque usualmente se distingue entre las situaciones en que el deudor debe cumplir con una obligación de dar y el acreedor no recibe

el pago; y aquellas en que el acreedor no colabora en el cumplimiento de obligaciones que consisten en la ejecución de un hecho, lo que tendría manifestaciones de la más variada índole, desde no concurrir a la cita con el médico que ya estaba agendada; a otras más sofisticadas, como, por ejemplo, no entregar las especificaciones técnicas para que el deudor ejecute una compleja obra de construcción.

iii. Hay, ciertamente, otras formas de organizar las manifestaciones de colaboración del acreedor, como aquella que distingue según el momento jurídico en que se requiera de ella. En esa línea, Cabellero Lozano, por ejemplo, distingue entre cooperación inicial, concurso preventivo o actos preparatorios; concurso coetáneo; y las situaciones más típicas, en que la cooperación se manifiesta en los momentos finales. En la cooperación inicial, se sitúan casos tales como la elección en las obligaciones alternativas; en las obligaciones genéricas, si el acreedor debe aportar documentos para la determinación del número de individuos; o si el dueño de un terreno debe permitir la entrada al contratista para la ejecución de una determinada construcción que le ha sido encargada. Respecto de actos coetáneos, cita a modo de ejemplo la presentación del documento al deudor para que este pague, como ocurre con los créditos documentarios; o el caso de contratos de tracto sucesivo en que se debe entregar los materiales para una construcción por partes. En último término, los casos más numerosos son aquellos que cubren los momentos finales del cumplimiento, referidos a la simple recepción o toma de posesión de un bien por parte del acreedor. Se agrega, además, que la colaboración puede ser expresa o tácita; y también distingue de acuerdo a si con ella se puede liberar o no al deudor del vínculo obligacional.²⁹³ Cabanillas Sánchez, en su conocida obra sobre las cargas del acreedor, distingue entre cargas heterónomas y cargas negociales, en las primeras ubica a la carga de facilitación de la liberación del deudor y de colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación.²⁹⁴

iv. En este estudio hemos optado por un parámetro diferenciador distinto a la sola naturaleza de la obligación, pues tiene como punto de partida la mayor o menor complejidad en que se desenvuelven las relaciones entre las partes, durante la fase de ejecución del

²⁹³ CABALLERO, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 107 s.

²⁹⁴ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 72.

contrato, por lo que se trata de un criterio que mira a la convención como un todo unitario, más que a las obligaciones que de ella surgen en forma aislada.²⁹⁵ Así, por un lado se distinguirá entre aquellos contratos de menor complejidad, en que la colaboración sólo consiste en que el acreedor reciba el pago a través de una única intervención, independiente de si la obligación del deudor es de dar o hacer, de modo que usualmente dicha colaboración se presentará en la fase final de la ejecución de la convención. Y de otra parte, aquellos contratos en que las relaciones son de mayor complejidad, por lo que la colaboración no sólo supone la recepción del pago ofrecido por el deudor, sino que está constituida por los más diversos comportamientos que debe adoptar el acreedor durante el desarrollo del negocio, para que el deudor cumpla a la vez, y que aunque también se sitúan en la etapa de ejecución, serán anteriores cronológicamente al pago que realice el deudor; colaboración que, por lo demás, puede ser necesaria una sola vez, o en varias oportunidades, dependiendo del contrato de que se trate.

Como se ve, hablamos de contratos de menor complejidad y de mayor complejidad, atendiendo especialmente en qué ha de consistir la colaboración que debe prestar el acreedor contractual. Por lo mismo es que, insistimos, este distingo sólo tiene como propósito ilustrar la colaboración, por lo que su finalidad es meramente instrumental, y no se trata, en modo alguno, de una clasificación cerrada.

v. Hacemos la prevención de que, aunque no hemos elegido centrar este estudio en torno a la naturaleza de cada obligación, se aprecia en los casos en que se exponen que, en gran medida, son referidos a obligaciones de dar y de hacer que ha de ejecutar el deudor

²⁹⁵ Por ello, es que tampoco este criterio es necesariamente coincidente con aquel que clasifica a los contratos de acuerdo a la forma en que se cumplen las obligaciones, y que distingue entre contratos de ejecución instantánea, de ejecución diferida y de tracto sucesivo. Como se sabe, en esta clasificación hay también distintas opiniones. Así, la del profesor Jorge López, para quien un contrato de ejecución instantánea es aquel que se cumple pasando y pasando, de modo que las obligaciones se cumplen inmediatamente una vez que el contrato se ha perfeccionado; los de ejecución diferida o a plazo, son aquellos en que alguna o todas las obligaciones se cumplen dentro de un plazo, independiente de si ellas se cumplen en forma total después de dicho plazo, o si la obligación se cumple en forma parcializada; y los de tracto sucesivo, son en los que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Quinta Ed., op. cit., p. 112 s. Distinto el criterio de Alessandri, en que la diferencia es justamente en el alcance que asigna al contrato de ejecución diferida, que sólo sería aquel en que la obligación se parcializa, como el pago de un precio en cuotas periódicas. En ese sentido, para este autor, el contrato es de ejecución instantánea si las obligaciones se cumplen en un mismo momento, coincida o no con la época de celebración del contrato. ALESSANDRI, Arturo, *De los contratos*, op. cit., p. 41. Este criterio, en opinión nuestra, más que mirar al contrato, apunta a una clasificación de las obligaciones que surgen del contrato, criterio de carácter jurídico.

contractual, aunque alguna doctrina extranjera admite que también hay casos en que la cooperación del acreedor se pueda requerir para el cumplimiento de obligaciones de no hacer.²⁹⁶

4.1 La no recepción del pago por el acreedor: la necesidad de colaboración del acreedor en el pago de la obligación.

Comenzaremos revisando los casos constituidos por aquellos contratos en que la relación contractual es de menor complejidad, razón por la cual la colaboración del acreedor se limita a recibir el pago que el deudor ofrece, de modo tal, que de no aceptar dicho pago se configura una infracción a la colaboración debida, toda vez que no posibilita que el primero cumpla con su prestación y, por ende, se libere de ese vínculo obligacional concreto.²⁹⁷

Para perfilar adecuadamente esta primera manifestación de la colaboración del acreedor, es necesario explicitar la concepción de pago que se sigue en esta investigación, lo que haremos atendiendo al derecho chileno. Nuestra intención es precisar que la determinación de los casos en que se requiere que el acreedor colabore para que el deudor

²⁹⁶ CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, op. cit., p. 17; FALZEA, Angelo, *La offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, op. cit., p. 76. Afirman que no es concebible la cooperación del acreedor en el caso de obligaciones negativas, en contra, LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 49.

²⁹⁷ Así, en una primera aproximación, se refiere a ello Díez Picazo al analizar la relación jurídica obligatoria, dentro de la cual incluye una carga o un deber de colaboración del acreedor en la prestación, e incluso de facilitación del íter que conduce a la prestación. DÍEZ-PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*, op.cit., p. 358. Luego, en forma más precisa, agrega que toda vez que el deudor tiene la facultad de liberarse de la deuda, "el acreedor no sólo no puede lícitamente impedir esta liberación, sino que pesa sobre él, como ya hemos visto, la carga de colaborar para esta liberación", p. 365. Por su parte, recordemos que Cabanillas Sánchez analiza en, primer lugar, la carga de facilitación de la liberación del deudor y, luego, la de colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación. Sobre la carga de facilitación de la liberación del deudor, señala que el acreedor debe realizar todo lo que esté en sus manos para que el deudor pueda cumplir y, consecuentemente, liberarse de la deuda, lo que tiene un aspecto positivo, que es justamente facilitar el cumplimiento; y uno negativo, no agravar el esfuerzo que debe hacer el deudor en la realización de la prestación. CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 72.

pague, depende especialmente de dos elementos: del alcance que se asigna al pago en tanto modo de extinguir de las obligaciones; y de la especial naturaleza de las prestaciones que surgen con ocasión del contrato en cada caso.

4.1.1 El pago como cumplimiento de las obligaciones.

En el derecho chileno el pago está definido en el artículo 1568, en relación al artículo 1567 N°1; según la primera norma citada, el pago es la prestación de lo que se debe,²⁹⁸ en tanto que la segunda le reconoce la naturaleza de modo de extinguir. A su turno, el artículo 1569 dispone, en su primera parte, que el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación. Fueyo, recuerda que la voz “pago” tiene diversas acepciones: primero, como sinónimo de cualquier medio por el cual las obligaciones se extinguen; segundo, como medio de cumplir la prestación atendida su naturaleza; tercero, como pago de obligación de dar una cosa; y finalmente, como pago de una cantidad de dinero; nuestro código se enmarcaría en la segunda acepción, es decir, como sinónima de cumplimiento de la obligación, aunque propone una definición más completa: “es el total cumplimiento de la prestación debida, llevado a cabo por un agente legítimo con ánimo de extinguir el vínculo obligatorio y con la aquiescencia del acreedor”.^{299 300} Claro Solar, por su

²⁹⁸ En el derecho romano, el pago es un hecho y consiste en “la efectiva, íntegra y oportuna realización de la prestación o *debitum* que es objeto del aquella”. GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2010. p. 291. En sus Instituciones de derecho romano, Bello señala que “la solución es la prestación de aquello a que somos obligados”. BELLO, Andrés, *Instituciones de derecho romano*. En Obras completas, T. XIV. Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1959. p. 165.

²⁹⁹ FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 54 s.

³⁰⁰ Evidentemente que el sentido que se le asigne a lo dispuesto en el art. 1568 dependerá en gran medida de la concepción que se adopte respecto de la estructura de la obligación. Así, no obstante es posible concluir que la mayoría de la doctrina nacional se ha inclinado por una concepción que involucra con igual relevancia tanto al débito como a la responsabilidad, como se visualiza en las recientes opiniones de los profesores Daniel Peñailillo y Enrique Barros, aún quedan posturas muy minoritarias que identifican a la obligación con el débito, como es el caso del profesor Pablo Rodríguez Grez, para quien la obligación constituye un deber de conducta, de manera tal que para él, el artículo en comento aludiría a la “realización del deber de conducta asumido por el deudor y no necesariamente a la ejecución de la “prestación” o proyecto elaborado por las partes”. RODRÍGUEZ, Pablo, *Extinción convencional de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 123. Sobre los alcances de la obligación en la postura nacional, PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, op. cit., p. 82 s. BARROS, Enrique, *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*. En Estudios de derecho civil II. Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué, 2006. Santiago, Lexis Nexis, 2007. p. 721.

parte, señala que “en la acepción en que el código define el pago efectivo o real, cuando la obligación es de dar el dominio de alguna cosa, el pago es la dación y traslación de la propiedad de esta cosa; cuando la obligación es de hacer algo, el pago de esta obligación consiste en hacer aquello que el deudor se obliga a ejecutar; y cuando la obligación es de no hacer, el pago de la obligación consiste en la abstención de hacer aquello que el deudor se obligó a no hacer”.³⁰¹ De conformidad a ello, nuestra jurisprudencia también le reconoce al pago este alcance de cumplimiento de la prestación debida, que en sede contractual refiere a aquellas prestaciones que efectivamente emanan del contrato,³⁰² coherente con lo dispuesto en el artículo 1569, ya mencionado.

i. Por consiguiente una primera cuestión a resaltar, es que aquí nuevamente se puede predicar la actualidad del código civil, pues identifica al pago con el cumplimiento de la o las prestaciones debidas, las que pueden ser de la más diversa naturaleza, acorde a la concepción de contrato que se acoge en este trabajo. A pesar de ello, hay que reconocer que debido a la época de elaboración del código, las normas a continuación contenidas en el Título XIV del Libro IV, ponen especial énfasis en el pago de obligaciones de dar, sobre todo de especie o cuerpo cierto, como se visualiza en las disposiciones acerca de cómo debe hacerse el pago del párrafo 5, aunque con algunas excepciones, ciertamente, como aquella del artículo 1572 inciso segundo que alude a la obligación de hacer.³⁰³

Con todo, la identificación del pago con el hecho del cumplimiento que propone el legislador, es un aspecto sumamente positivo, en tanto permite adecuar el sistema del

³⁰¹ CLARO, Luis, *Explicaciones de derecho civil y comparado. De las obligaciones.*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1939. p. 45.

³⁰² Así se evidencia, por ejemplo, en sentencia pronunciada por la Corte Suprema en fallo de casación de fecha 20 de abril de 2011, causa rol N° 8229-2009, N° descriptor Westlaw Chile CL//JUR/3418/2011. En el considerando undécimo, la Corte señala que “Sin desconocer que el primitivo se refiere a una promesa de hacer, el contrato definitivo debe concretar en los hechos ese quehacer dando así cumplimiento íntegro y oportuno al pago, pues la obligación existe desde su nacimiento en la promesa, de manera que su análisis y estudio debe hacerse en forma complementaria para resolver si se ha dado en pago, precisamente, lo prometido vender”; en sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010, causa rol N°6134-2010, N° descriptor Westlaw Chile CL//JUR/10106/2010, respecto de la obligación del demandado de entregar un número determinado de pasajes en avión a la actora, la Corte Suprema declara que “al resolver como lo hicieron, los jueces del grado infringieron, además, los artículos 1568 y 1569 del código civil, normas legales que disponen que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe y que éste debe hacerse de conformidad al tenor de la obligación. En efecto, se condenó a la demandada a pagar algo distinto de lo que en su oportunidad se había obligado”.

³⁰³ La norma en cuestión establece: “Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”.

código a las nuevas concepciones sobre el derecho de obligaciones, especialmente en materia de cumplimiento e incumplimiento, como anteriormente planteamos. Sólo para demostrar que la norma contenida en el artículo 1568, que venimos comentando, no se encuentra tan alejada de la forma como el derecho uniforme concibe al pago, esto es, como el cumplimiento de las obligaciones, basta dar una mirada a algunos de sus instrumentos regulatorios. Así, aunque la CISG ciertamente no contempla normas generales sobre pago, lo que es obvio atendido la materia que regula, no cabe duda la influencia por ella desplegada en la reconfiguración de las nociones de cumplimiento e incumplimiento obligacional. Los Principios UNIDROIT, no aluden al pago, sino al cumplimiento e incumplimiento en general, como se observa en los Capítulos 6 y 7; el Contract Code, por su parte, trata primero la ejecución o cumplimiento de las promesas, y luego el incumplimiento;³⁰⁴ los PECL, derechamente hacen sinónimos los términos “pago” y “cumplimiento”, en el Capítulo 7; el Anteproyecto de Código de Pavía, trata en el Título VII el “Cumplimiento del contrato”; en tanto que el MCR refiere al “cumplimiento” y no al pago;³⁰⁵ similar ocurre en los “Acquis principles”, artículo 7:101.³⁰⁶

ii. Un segundo aspecto a tomar en cuenta, y que tiene directa incidencia con los problemas a que da lugar la inobservancia de la colaboración debida, tiene que ver con la naturaleza que en el derecho nacional clásicamente se ha asignado al pago. En efecto, recordemos que si hay una cuestión intensamente debatida en el derecho extranjero, en sede obligacional, es acerca de la naturaleza jurídica que se debe asignar al pago, debate que tiene como uno de sus elementos centrales, precisar la relevancia del rol que juega la voluntad del que recibe el pago o *accipiens*.

Algunos distinguen entre aquellas teorías que lo conciben como un simple hecho, pues su realización supone la extinción de la obligación, y las teorías que lo conciben como un negocio jurídico.³⁰⁷ Estudios más completos diferencian cuatro posturas, aquellas que sustentan que es un mero hecho jurídico; otras que lo califican como un negocio jurídico;

³⁰⁴MAC GREGOR, HARVEY, Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, op. cit., p. 67 ss.

³⁰⁵ El MCR, Libro III, 1:102 (2) define cumplimiento como: “Is the doing by the debtor of what is to be done under the obligation or the not doing by the debtor of what is not to be done”.

³⁰⁶ En códigos más modernos, se ha seguido esta amplitud de la voz “pago”, como queda en evidencia en el artículo 1220 del código civil peruano, que dispone: “Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la obligación”.

³⁰⁷ En Chile, TOPASIO, Aldo, *La tradición. Su función de pago en el código civil*. Valparaíso, EDEVAL, 2007. p. 155 ss.

las que le asignan una naturaleza de acto jurídico; y finalmente las que consideran que el pago es un acto debido.³⁰⁸

En doctrina alemana, por ejemplo, la determinación de la naturaleza del pago ha enfrentado a diversos juristas, como grafica Larenz. El conflicto se centra en definir si basta la sola ejecución de la prestación por parte del deudor para dar lugar al cumplimiento, quedando con ello liberado; o si, por el contrario, se requiere de un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor. Así, una posición considera que se requiere acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor – denominada también teoría del contrato- debido a que sería necesaria la aceptación del acreedor, lo que, además, supone que hay implícito un acto de disposición del crédito por el acreedor, razón por la cual requiere de capacidad negocial.³⁰⁹ La otra posición, que se la ha calificado como teoría de la ejecución real de la prestación, implica que “el cumplimiento encaminada a obtenerlo exige siempre la producción del resultado de la prestación mediante una actuación encaminada a obtenerlo y que en forma reconocible corresponde al obrar debido”,³¹⁰ así, no habría un negocio jurídico en el cumplimiento del deudor, sino que no sería más que una actuación que hace realidad la prestación debida, y en aquellos casos en que efectivamente se requiere un negocio jurídico para cumplir, como es el caso en que el deudor debe transferir una cosa, ese negocio es sólo parte de la actuación del deudor, y no constituye “un especial contrato de cumplimiento tendente a ella”.³¹¹ ³¹² Otros autores, en cambio, consideran que la naturaleza del pago depende de la naturaleza de la obligación que se cumple.³¹³

La doctrina española también se ha ocupado profusamente de este tópico; Hernández Gil, por ejemplo arguye que no es posible sustentar la postura que concibe al cumplimiento siempre como un negocio jurídico, pues incluso hay prestaciones que pugnan con esa tesis: “Raya en lo absurdo pensar que está realizando un negocio jurídico el albañil que construye la pared, el obrero que labra la tierra, etc., y sin embargo, es lo cierto que

³⁰⁸ LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, op. cit., p. 128 s.

³⁰⁹ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 409 s. Agrega también una teoría limitada del contrato, que requeriría un acuerdo entre acreedor y deudor, sólo en aquellos casos en que la prestación consista en una obligación que importe una transferencia del dominio, más no en caso que se trate de obligaciones de hacer, como en las prestaciones de servicios o de obra; y mucho menos en las obligaciones de no hacer.

³¹⁰ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 410 s.

³¹¹ *Ibidem*, p. 411.

³¹² VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 265.

³¹³ ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 304 s.

cumplen una obligación”.³¹⁴ Otros, por el contrario, no adoptan una posición única, sino que distinguen en atención a la naturaleza de la obligación; así, en ciertos casos el pago es un simple hecho, como en una prestación de servicios; y a veces será un negocio jurídico, como en el de transferencia de un derecho real.^{315 316}

En Chile, se ha analizado el problema teniendo presente que, aunque no hay norma de carácter general que exija la concurrencia de la voluntad del acreedor o del *accipiens*, habría dos fuertes argumentos de texto que conducirían a postular la necesidad de que se requiera el consentimiento del acreedor, no sólo en las obligaciones de dar - en que atendido lo establecido en el artículo 670 del código éste sería indispensable-. El primer argumento es el artículo 1599, en que a propósito del pago por consignación, se exige como requisito previo que el acreedor o no haya comparecido, o que haya rechazado el pago, de manera que, *a contrario sensu*, el pago necesitaría normalmente de la aceptación voluntaria del acreedor, o la comparecencia a recibir la prestación, para aprobar, objetar o rechazar el pago.³¹⁷ El segundo argumento es el artículo 1578, toda vez que exige capacidad en el acreedor que recibe, so pena de nulidad del pago.³¹⁸ A ello se agrega lo dispuesto por el artículo 1575.³¹⁹

No obstante, es necesario recordar que esta regulación es coherente con el sistema de nuestro código que apunta fundamentalmente a las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto que implican, por lo demás, una tradición, en que atendido a lo dispuesto en el artículo

³¹⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*. Madrid, Suc. de Rivadeneyra, S.A., 1976 op. cit., p. 282. MONTÉS, Cristóbal, *El pago: el papel de la voluntad del acreedor y del deudor*. ADC, Madrid, n° XXXIX, fasc. II, 1986, p.537- 570. El autor no concuerda con la calificación del pago como negocio jurídico, ni siquiera cuando el pago deba materializarse a través de un negocio jurídico, pues una cosa es el cumplimiento en sí (noción abstracta) y otra es la forma como este debe realizarse (aspectos concretos). De ahí que concluye que no se requiere de la voluntad del acreedor de aceptar, ni siquiera de una especial voluntad de cumplir por parte del deudor, inclinándose más bien por calificarlo de acto jurídico, en tanto se trata de un acto voluntario que genera consecuencias jurídicas, “de lo que se trata es de que “el programa de prestación” previsto en la relación obligatoria tenga realización cabal y esta consideración se superpone y prevalece sobre cualquier otra”. p. 568.

³¹⁵ PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1951. p. 161.

³¹⁶ ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 304 s.

³¹⁷ FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 125.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 125. De la misma opinión es el profesor Abeliuk. ABELIUK, René, *Las obligaciones*. Santiago, op. cit., p. 356

³¹⁹ Para exposición resumida de las distintas posturas sobre la naturaleza del pago en el derecho extranjero, *Cfr.* SERRANO, Claudia, *El pago: función de la voluntad del acreedor y su naturaleza jurídica*. En Estudios de derecho civil VI, Jornadas nacionales de derecho civil Olmué, 2010, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011. p. 425 ss.

670, se infiere que ella constituye una convención translaticia.^{320 321} Siendo así, es natural que gran parte de nuestra doctrina no haya debatido mayormente sobre la naturaleza que tiene el pago en Chile.^{322 323} En forma consecuencial, no ha sido objeto de mayor discusión la naturaleza que tiene el pago de obligaciones de hacer y no hacer, en muchas de las cuales puede parecer forzado asignarle un carácter negocial,^{324 325} teniendo además

³²⁰ PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p.214 s. VIAL, Víctor, *La tradición y la prescripción extintiva como modo de adquirir el dominio*. Santiago, Editorial P. Universidad Católica de Chile, 2003. p. 13.

³²¹ Con todo, algunos debaten sobre el sistema del código, en orden a la exigencia de acuerdo de transferir y adquirir a que refiere el artículo 670, atendido que en nuestro derecho se requiere además de un título translaticio de dominio, de modo que no se divisaría la función de aquel otro acuerdo exigido para la tradición, como dice el profesor Guzmán, a menos, como él señala, que se entienda que “intención de transferir y adquirir” no sea sino “intención de entregar y recibir la cosa”, pues evidentemente que se trata de actos voluntarios. GUZMÁN, Alejandro, *Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos*, En Estudios dogmáticos de derecho civil, op. cit., p. 203 s.

³²² El profesor Guzmán, en otro de sus trabajos, apunta a que si bien es posible hablar de pago respecto de todas las obligaciones, como hace el código, es necesario reconocer la radical diferencia del pago de una obligación de dar, y del pago en obligaciones de hacer y no hacer. Así, sería posible diferenciar dos especies de pago: el pago de las obligaciones de dar, por un lado; y de otro, el pago de obligaciones de hacer y no hacer, entre las cuales estarían las obligaciones de simple entrega. GUZMÁN, Alejandro, *El justo título translaticio del dominio de la tradición en el pago y en las operaciones crediticias*. En Estudios de derecho civil II, Jornadas nacionales de derecho civil Olmué, 2006, op. cit., p. 699.

³²³ Habría que destacar, empero, que aunque generalmente se califica a la tradición de convención, razón por la cual se le ha asignado un rol a la voluntad del adquirente en la recepción del pago, se puede colegir que en determinadas circunstancias concretas dicha voluntad del acreedor juega un rol más preponderante que en otros. Así queda demostrado, si se analiza los diversos alcances que se le ha asignado por parte de la doctrina nacional, a las formas de realizar la entrega de cosa corporal mueble, contenidas en el artículo 684 del código civil. Por ejemplo, el numeral 4º que establece “encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido”. Sobre esta forma de tradición, algunos consideran que se trata de un verdadero mandato, en que el adquirente encarga al tradente que ejecute el encargo de poner la cosa a su disposición en el lugar acordado, de modo tal que la tradición se entendería realizada desde el momento del encargo, independientemente de si dicho encargo efectivamente le llevó a cabo o no. PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, op. cit., p. p. 234. En contra, Vial del Río, que considera que para que la tradición se entienda realizada es indispensable que la cosa haya sido efectivamente puesta a disposición del adquirente. VIAL, Víctor, *La tradición y la prescripción extintiva como modo de adquirir el dominio*, op. cit., p. 27.

³²⁴ Estamos dejando de lado, ciertamente, aquella clásica discusión sobre si la simple entrega es obligación de dar o de hacer, aunque para efectos de estos comentarios la calificaremos de hacer.

³²⁵ Una opinión análoga es la del profesor Vial del Río, quien considera que en el caso de las obligaciones de hacer y no hacer no habría una convención, pues no estaríamos en presencia de una transferencia del dominio. VIAL, Víctor, *Manual del derecho de obligaciones en el código civil chileno*. Santiago, Universidad Andrés Bello, 2003. p. 377. Rodríguez Grez, en cambio, citando igualmente a Vial, lo contradice, pues considera que en estos casos habría una verdadera presunción simplemente legal de cumplimiento, pues si se hace o no hace el hecho prometido, la calificación corresponde al acreedor, quien de considerar que hay incumplimiento, podrá reclamar de ello. RODRÍGUEZ, Pablo, *Extinción convencional de las obligaciones*, op. cit., p. 127 y 177.

presente que de la interpretación de otras disposiciones del código civil, puede ser dudoso aseverar que el pago siempre tiene naturaleza convencional.³²⁶

4.1.2 La necesidad efectiva de que el acreedor colabore recibiendo el pago ofrecido por el deudor.

Los casos en que se requiere que el acreedor colabore para que el deudor pueda cumplir, ya sea recibiendo efectivamente el pago, o no obstaculizándolo, es un ámbito que debe ser analizado con una mirada eminentemente práctica, toda vez que hay situaciones en que naturalmente se requiere de la concurrencia del acreedor para que el deudor pague, y en otras no.

Empero, este tópico ha sido tratado por nuestra doctrina en forma sintética, aunque con algún grado de consenso pues, por lo general, se lo sitúa en el pago por consignación, lo que es de toda lógica atendido que el artículo 1599 del código, que regula los casos en que procede, se refiere precisamente a la repugnancia del acreedor a recibir la cosa, o a su no comparecencia al efecto.³²⁷ Este tratamiento, entonces, es consistente con esa normativa. Pero, además, es congruente que el caso de no recepción de pago se tienda a identificar con el pago de las obligaciones de dar, pues este es el énfasis de la regulación del código en materia obligacional, coincidiendo en ello con los demás códigos decimonónicos.³²⁸ Es el caso de Claro Solar, por ejemplo, que a diferencia de otros autores

³²⁶ Así, el artículo 1598, que si bien se sitúa en el pago por consignación, puede servir como una argumento dogmático para afirmar que la determinación de si el pago es o no convención se encuentra supeditada al caso de que se trate.

³²⁷ Artículo 1599 “La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.”

³²⁸ Así, el artículo 1257 del código civil francés, ubicado en el párrafo cuarto “De los ofrecimientos de pago y la consignación”, dispone: “Cuando el acreedor rehúse recibir su pago, el deudor podrá hacerle ofertas reales y, si el acreedor rehusara aceptarlas, podrá consignar la suma o cosa ofertada.

Las ofertas reales seguidas de una consignación, liberarán al deudor; tendrán lugar con relación al pago, cuando sena válidamente constituidas, y la cosa así quedará bajo el riesgo del acreedor”.

Por su parte, el artículo 1176, inciso primero del código civil español establece: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago, se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación debida.” A su turno, el artículo 1177 se refiere a la consignación de la “cosa debida”, en términos análogos a nuestro código. Más cerca, el código civil argentino, establece en el art. 756: “Págase por consignación, haciéndose depósito judicial de a suma que se debe”; y luego, el art. 757 “La consignación puede tener lugar: 1° Cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor.”

nacionales, ni siquiera se refiere a la colaboración o cooperación del acreedor para el cumplimiento, sino que sólo indica que el deudor tiene un interés en cumplir – argumento, en todo caso, muy relevante para sustentar nuestra tesis, como veremos- pues “tiene interés en pagar para liberrar sus bienes y aumentar su crédito. Se dice, por esto, que quien paga sus deudas se enriquece”.³²⁹ Algún otro autor nacional también reconoce la necesidad de que el acreedor reciba el pago, circunscribiéndolo fundamentalmente a las obligaciones de dar.³³⁰

Similar cuestión ocurre en el derecho extranjero en tanto la tendencia en su tratamiento también ha sido a propósito de la mora del acreedor y del pago por consignación,³³¹ aunque con algunas excepciones.

Así, una opinión que se destaca es aquella que sustenta que más allá de la naturaleza que se le asigne al hecho de que al deudor le sea posible pagar y, por ende, a la recepción de pago por el acreedor, el punto es que al deudor le interesa liberarse de la obligación a través del pago, porque “nadie puede lesionar la esfera jurídica ajena”-³³² y

³²⁹ Agrega que “Puede tener, además, motivos particulares para pagar, detener el curso de los intereses de deudas onerosas; recuperar los bienes dados en prenda; liberar un inmueble que desea vender, de las hipotecas que lo gravan; liberrar a un fiador que garantiza una de sus deudas; evitar incurrir en una cláusula penal; substraerse a los riesgos que están a su cargo por haberse constituido en mora; evitar la resolución de un contrato de compraventa de bien raíz en que está pactada la resolución por falta de pago de la parte de precio que adeuda, etc. En todos estos casos y otros análogos, es indispensable que el pago sea para él un derecho y que lo pueda ejecutar aún contra la voluntad del acreedor que rechaza el pago que el deudor le ofrece, o que no se presenta a recibir el pago por negligencia, por ausencia del lugar, por prolongar el mayor tiempo posible una posición ventajosa de su capital por hacer incurrir al deudor en la causal de resolución de su contrato o en la pena estipulada. Hay así un conflicto entre el deudor que quiere pagar y ofrece el pago, y el acreedor, que lo resiste sea abiertamente, sea por medios indirectos. Si el deudor ofrece lo que debe, el rechazo del acreedor no tiene fundamento”. CLARO, Luis, *Explicaciones de derecho civil y comparado. De las obligaciones*, op. cit., p. 177.

³³⁰ FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 456 s.

³³¹ BORREL, Antonio, *Derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Barcelona, Bosch, 1955. p. 78, en que a propósito de la mora del acreedor, señala que si la oferta es correcta y adecuada al contrato, el acreedor por su causa hace imposible que el deudor cumpla. PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Pamplona, Aranzadi, 1972. p. 185. LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, op. cit., p. 183. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 158. ESPÍN, Diego, *Manual de derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Madrid, Revista de derecho privado, 1983. p. 211. En línea similar, LETE DEL RÍO, José M., *Derecho de obligaciones*. Madrid, Tecnos, 2000. p. 159. TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil II*, op. cit., p. 67. ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 293. Con ocasión de los requisitos para que la *mora accipiendi* se configure, señalan que es necesario que el acreedor no haya aceptado la prestación o bien, que se haya omitido la cooperación de otra índole indispensable por su parte. En la misma línea, LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 375.

³³² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 473.

ciertamente, no el acreedor-. De modo que la protección jurídica se dirige a ambos intereses en juego, el del acreedor y el del deudor.³³³ En términos similares, se ha afirmado que los intereses del deudor están en juego porque el acreedor que en forma dolosa o negligente impida el pago, podría provocar la destrucción o pérdida de la cosa que debía ser objeto de la entrega o su deterioro, o se hace imposible la prestación de hacer del deudor.^{334 335}

De otra parte, según decíamos, hay autores que analizando de forma específica la figura de la cooperación del acreedor, y no con ocasión de otros tópicos, igualmente reconocen que la actividad de recepción del pago es el caso más paradigmático de cooperación, especialmente en el caso de obligaciones de dar; como Cattaneo,³³⁶ y Lamarca.³³⁷ Este último, a propósito no sólo de este caso, sino que de una variedad de situaciones en que se requiere de la cooperación del acreedor, agrega que en verdad, “son muy pocas las obligaciones en las cuales no será necesaria ninguna actividad del acreedor para que puedan cumplirse”.³³⁸ En términos análogos, Caballero Lozano al analizar la jurisprudencia española, advierte que la mayoría de los casos que se conocen son aquellos en que el acreedor no recibe el pago de obligaciones de dar, especialmente de sumas de dinero, lo que, por lo demás, es coincidente con los casos que la doctrina cita.³³⁹

En códigos más modernos hay normas que expresamente se pronuncian sobre la necesidad que el acreedor reciba el pago, como en el artículo 91 del Código suizo de las obligaciones;³⁴⁰ en código civil italiano de 1942, artículo 1206;³⁴¹ en el BGB, con ocasión de

³³³ Agrega que la protección para el acreedor se identifica con la institución de la mora del deudor; en tanto que la del deudor con la *mora accipiendi*, por lo que el ofrecimiento de pago y consignación es “el medio supletorio de realización del interés del deudor. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 474. A juicio nuestro, la mora del acreedor no es la única forma en que se protege al deudor del acreedor que no coopera, según trataremos en el capítulo siguiente.

³³⁴ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 72 s.

³³⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*, op.cit., p. 358. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. El contrato en general*. Madrid, Tecnos, 2003. p. 221.

³³⁶ CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, op. cit., p. 1.

³³⁷ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 48.

³³⁸ *Ibidem*, p. 49.

³³⁹ CABALLERO, José, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 54, 86, 95, 103, 104.

³⁴⁰ Artículo 91. Mora del acreedor. “el acreedor está en mora cuando sin una buena razón se niega aceptar la entrega que se le ofrece regularmente, o en realizar los actos preparatorios sin los cuales el deudor no puede cumplir con sus obligaciones”.

³⁴¹ Artículo 1206 establece “El acreedor está en mora, cuando sin una buena razón, no recibe el pago ofrecido en la forma indicada en los artículos siguientes, o deja de hacer lo necesario para que el deudor pague la obligación”.

la regulación de la mora del acreedor, § 293 y § 295;³⁴² similar situación se visualiza en el artículo 1251 del código civil peruano de 1984,³⁴³ y en el código civil de Brasil de 2002, artículo 335, ubicado a propósito del pago por consignación.³⁴⁴

En los instrumentos de derecho uniforme, sin considerar a la CISG - que evidentemente establece la obligación del comprador de recibir la mercadería atendida la naturaleza del contrato que regula-,³⁴⁵ la tendencia es a reconocer la cooperación del acreedor en términos mucho más amplios que para la sola recepción de pago, según ya hemos visto.

Ahora bien, en este análisis debemos tener presente las siguientes consideraciones:

i. La necesaria colaboración del acreedor en la recepción de lo que se paga por el deudor, está supeditada a que se le ofrezca lo debido. En nuestro derecho, ello emana de lo dispuesto en el artículo 1569 inciso segundo,³⁴⁶ en tanto establece que el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa de lo que se le deba, ni aún a pretexto de que la ofrecida sea de igual o mayor valor; norma que si bien refiere a las obligaciones de dar, es

³⁴² “§ 293 Mora en la aceptación. El acreedor incurre en mora si no acepta la prestación que se le ofrece”; “§ 295 Ofrecimiento verbal. Basta un ofrecimiento verbal del deudor si el acreedor le ha declarado que no aceptará la prestación o si para la ejecución de la prestación es necesaria una actuación del acreedor, especialmente si el acreedor debe recoger la cosa debida. El ofrecimiento de la prestación se equipara al requerimiento al acreedor para que lleve a cabo la actuación necesaria.”

³⁴³ Artículo 1251 “Requisitos para el pago por consignación. El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:

1.- Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiere puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación. 2.- Que, respecto del acreedor, concurren los supuestos del Artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas.

³⁴⁴ Artículo 335 “La consignación tiene lugar: I. Si el acreedor sin causa justificada se niega a recibir el pago en la forma debida. II. Si el acreedor no está, o no manda recibir la cosa en el lugar, tiempo o condiciones debidos. III. Si el acreedor es incapaz de recibir por ser desconocido, ha sido declarado ausente, o reside en lugar incierto o de acceso peligroso o difícil. IV. Si existe duda sobre quien deba legítimamente recibir el objeto del pago. V. Si existe litigio pendiente sobre el objeto del pago.”

³⁴⁵ Según dispone el artículo 53 de la CISG.

³⁴⁶ Norma concordante con lo que establece, por ejemplo, el artículo 1591, sobre el principio de indivisibilidad del pago; o el artículo 1497 en materia de renuncia al plazo. En efecto, en este segundo caso si el plazo se encuentra establecido también en beneficio del acreedor, el deudor no puede renunciar al mismo pues no se estaría cumpliendo con la prestación en la oportunidad debida, lo que atenta contra los intereses del acreedor. Semejante tratamiento se aprecia en el derecho uniforme, como en los artículos 6.1.3 y 6.1.5 de los Principios UNIDROIT y en los artículos 7:103 y 8:104 de los PECL.

posible conferirle un alcance más amplio. Esto es, que un acreedor no puede negarse al cumplimiento del deudor, si se le ofrece lo que se debe, y si lo hace, podría configurarse un caso de incumplimiento contractual, según tratamos de demostrar en este trabajo, con las consecuencias que de ello derivan.

ii. Como nuestro interés se centra especialmente en los casos en que efectivamente se requiere colaboración del acreedor en la recepción de pago, más allá de un enfoque estrictamente jurídico, como hemos señalado el análisis ha de ser esencialmente casuístico. Así, por ejemplo, es perfectamente posible que dicha recepción del pago no se requiera si se encuentran previamente establecidas en el contrato, las condiciones necesarias para que el deudor cumpla, sin requerirse de la intervención de la contraparte al momento del pago.

Un ejemplo de ello se ve a diario en aquellas obligaciones dinerarias en que se ha acordado que el pago se realice a través del depósito en una cuenta corriente, cuyos datos han sido proporcionados anticipadamente. Ciertamente que en este caso se necesita de la colaboración previa del acreedor para que proporcione los datos de la cuenta corriente en la cual realizar el o los depósitos respectivos, pero no es precisamente un caso de recepción de pago, sino que es una colaboración que se presta a través de otro tipo de comportamientos, según analizaremos a continuación. No obstante, también hay que admitir que en caso que el acreedor obstaculice el pago, por ejemplo, cerrando la cuenta corriente, se produciría una infracción al deber de colaboración por no permitir la recepción del pago. De ahí que los casos relevantes para efectos de este estudio, son aquellos en que, en los hechos, no hay forma en que el deudor pueda cumplir sin la aceptación de pago concreta del acreedor, generándose consecuencias perjudiciales para el primero, como ocurre con aquellas situaciones en que el acreedor debe necesariamente concurrir presencialmente y con su voluntad a recibir el pago, como generalmente ocurre con la entrega de una especie o cuerpo cierto.³⁴⁷

³⁴⁷ En este punto, es interesante recordar nuevamente lo establecido en el art. 684 del código civil. En él, se advierte que, coherente con lo dispuesto en el artículo 670, se requiere de la voluntad y, por ende, colaboración del acreedor-tradente. Así, por ejemplo, se visualiza en el numeral 1º, en que se establece que el tradente debe permitir la aprehensión material de la cosa presente. Sobre este caso, aunque se puede producir el debate en orden a si es efectivamente necesario que el adquirente aprehenda la cosa o no, para que la tradición se entienda realizada, la doctrina nacional ha entendido que, al menos, se requiere la presencia de ambas partes para que la tradición se produzca; por lo demás, en lo que toca a los efectos prácticos que persiguen las partes, es natural que para que

iii. Aunque se trata de un análisis casuístico, no podemos obviar la revisión de algunos casos típicos en que el código civil refiere a la recepción de pago, con la finalidad de evaluar en cada uno de ellos si estamos ante una situación en que se pueda configurar colaboración del acreedor.

El primero está constituido por las obligaciones alternativas en que la elección corresponda al acreedor, y que en nuestro código aparece tratado en el artículo 1500, inciso segundo; aquí, si el acreedor no elige la cosa con la que el deudor deba pagar, mal podría este último cumplir. Esta situación ha sido aludida por alguna doctrina foránea aunque, a renglón seguido, se señala que en verdad no sería un caso de falta de actividad de cooperación del acreedor, por dos razones: primero, porque no se trataría de contribuir a la ejecución material de la prestación y, segundo, porque la falta de elección por parte del acreedor puede ser suplida por el deudor, mediante la figura de la pérdida de la facultad de elección.³⁴⁸ En nuestro derecho, nada se señala si el acreedor no lleva a cabo la elección en forma oportuna, aunque el profesor Peñailillo citando a Jorge Giorgi, expone que “se ha propuesto que si se incurre en mora de elegir, el juez puede conferir la elección a la otra parte o elegir él.”³⁴⁹ A juicio nuestro, la elección que debe realizar el acreedor en las obligaciones alternativas, si a éste se le hubiere conferido dicha elección, es un caso de colaboración del acreedor en el cumplimiento expresamente tipificado por la normativa civil, cuyas consecuencias ante su inobservancia serán todas aquellas que son propias de la infracción a tal deber de colaboración.³⁵⁰ No obstante lo cual, no sería precisamente una hipótesis de no recepción del pago de la obligación, puesto que se presenta en un momento anterior al mismo.

efectivamente el adquirente pueda ejercer las atribuciones que le confiere sobre la cosa dicha tradición, se requerirá que éste adquirente – acreedor- la aprehenda. Algo similar se puede observar con respecto a la tradición contenida en el numeral 2º ó 3º, de la disposición. En el caso de la tradición que se efectúa por el tradente mostrando la cosa al adquirente, sin duda que se necesita de la presencia de ambas partes, por lo que el adquirente debe cooperar apersonándose al efecto; similar situación en el caso que la tradición se lleve a cabo a través de la entrega de las llaves del granero, almacén, cofre, u otro lugar en que esté guardada la cosa. Sobre el particular, PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, op. cit., p. 233 s.

³⁴⁸ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 51.

³⁴⁹ PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, op. cit., p. 217.

³⁵⁰ Cabanillas Sánchez, al comentar el caso de las obligaciones alternativas, señala que no constituye un caso de facilitación a la liberación del deudor, pues corresponde más bien a la noción de derecho potestativo o facultades de configuración jurídica. Sin embargo, se comprende la opinión de Cabanillas, pues para él, la facilitación en la liberación del deudor constituye una carga contractual, y no un deber secundario de conducta, como es nuestra opinión. CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 62.

El segundo caso está ubicado en el contrato de compraventa, artículo 1827 ya citado, norma de la cual se infiere la obligación del comprador de recibir la cosa. Respecto de la misma, la doctrina nacional la ha tratado tradicionalmente como una de las obligaciones contractuales del comprador.³⁵¹ En nuestra opinión, efectivamente se trata de otro caso de colaboración del acreedor tipificado por la ley. Su infracción, entonces, generará los efectos que trae aparejado el incumplimiento de este deber de colaboración, entre estos, la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios en contra del comprador, como ha sido desde hace tiempo acogido por la jurisprudencia.³⁵²

³⁵¹ En ese orden, también Díez Duarte que la señala como obligación del comprador y agrega que “consiste en tomar posesión de ella y la manera práctica de efectuarla, será distinta según la naturaleza mueble o inmueble de la cosa”. Adiciona una cuestión fundamental, y es que aunque el legislador ha sido muy escueto en la regulación de esta obligación, lo que se manifiesta en el hecho que sólo reconoce como efecto de su infracción la constitución del comprador en mora de recibir la cosa, no excluye los derechos del vendedor para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, conforme a la normativa general. DÍEZ, Raúl, *La compraventa en el código civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1988. p. 149 y 172. Barcia lo trata a propósito del pago por consignación que vincula a la mora del acreedor, y afirma que en nuestro derecho los efectos de la mora del acreedor es la posibilidad de demandar perjuicios, de conformidad a los artículos 1548, 1680 y 1827. BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno. De la teoría de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 1827. En el derecho extranjero, también se le considera como una de las obligaciones que emanan del contrato de compraventa, así, PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos. De los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones*, op. cit., p. 133. Refiere, en todo caso, no a una obligación del comprador de recibir la cosa, sino al caso de resistencia de éste a recibirla, en cuyo caso el comprador incurrirá en mora, con la subsecuente exoneración de responsabilidad del vendedor; en términos análogos, ESPÍN, Diego, *Manual de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 403, aunque derechamente la califica como obligación del comprador de recibir la cosa; Lacruz Berdejo, advierte que si bien la principal obligación del vendedor es de pagar el precio, también tiene que cumplir con otras prestaciones, entre ellas, la de recibir la cosa vendida, como una manifestación del deber de colaboración al cumplimiento de la correlativa obligación del vendedor, aunque luego precisa que más que una verdadera obligación, sería una carga. LACRUZ, José Luis, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*. Madrid, Dykinson, 2002. p. 53.

³⁵² Un fallo fundamental es el pronunciado por la Corte Suprema en causa “Peterson con Romero”, del año 1912. RDJ, T. X, secc. 1^a. El caso refiere a un contrato de compraventa de madera, en que demanda el comprador cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios, arguyendo que se ha vencido el plazo para que se le entregue la cantidad de madera objeto del contrato, en circunstancias que él por su parte ha procedido a llevar a cabo el pago acordado. La demandada vendedora solicita el rechazo de la demanda y entre las argumentaciones que hace valer es el hecho de que la compradora habría rechazado el ofrecimiento de pago de la madera, fundada en que ella no era de la calidad acordada; a la vez, demanda reconventionalmente solicitando indemnización de perjuicios en los que incluye la diferencia de valor de la madera que tiene hoy, con la que tenía a la fecha del contrato, y otros daños derivados de la mora de recibir por parte del comprador. La sentencia de primera instancia rechaza la demanda, entre otras razones porque la compradora no debió negarse a recibir la madera, toda vez que no se acreditó que la que se pretendía entregar por la vendedora no era de la calidad acordada. La sentencia de segunda instancia confirma el fallo de primera, pero interesa destacar el considerando 6^o que expresa que el vendedor practicó las diligencias necesarias para dar cumplimiento al contrato, y el comprador, por su parte, no practicó aquellas que manifestaran que se hallaba dispuesto a llevarlo a debido efecto. La sentencia de la Corte Suprema rechaza la casación interpuesta por la compradora, que la fundaba en que habría un

A mayor abundamiento, cabe recordar otras disposiciones diseminadas por el código, todas las cuales permiten reconocer a la no recepción de pago por parte del acreedor como un caso de infracción al deber de colaboración, entre ellos: el artículo 1569, inciso segundo ya señalado, pues si el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, en una interpretación *a contrario sensu* se entiende que si lo que se le ofrece es precisamente la cosa que se debe, tiene que aceptarla; el artículo 1590, inciso primero, que dispone que si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; el artículo 1591 - también mencionado-, en cuyo inciso primero se establece que “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria”, de modo que si se ha acordado que el pago se hará en forma fraccionada, debe el acreedor recibir cada parte que le sea pagada por el deudor; el artículo 1599, pues establece entre los casos de procedencia del pago por consignación “la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla”; y finalmente, el artículo 1680, que transcribimos a inicios de este acápite.

iv. Para efectos de esta sistematización, y coherente con la noción de pago que adopta nuestro derecho, incluimos en este grupo de casos a aquellos en que el deudor de obligación de hacer no puede cumplir, debido a que atendida la naturaleza de la prestación, se requiere de la comparecencia del acreedor, y ella no se produce. Aquí se halla una gran variedad de situaciones, así por ejemplo, si un cliente reserva una habitación en un hotel y no se presenta el día y hora de la reserva;³⁵³ o se contrata a un escultor o pintor para que esculpa o pinte la figura del acreedor, este deberá posar para él y luego no concurre a las citas fijadas al efecto;³⁵⁴ o se solicita una entrevista para ser atendido por un médico, abogado, arquitecto o, en general, de profesionales que presten servicios de la más diversa naturaleza, y luego el cliente no concurre a la reunión. Debemos advertir que, aunque en el

error de derecho, al asignarle a la necesidad de recibir la cosa contemplada en el artículo 1827, la calidad de obligación. Conviene transcribir el considerando 6º de la Corte: “Que el artículo 1827 del CCCH. regula una situación particular en que puede hallarse voluntariamente el vendedor que recurre al medio indicado en ese precepto legal cuando el comprador se constituye en mora de recibir la cosa vendida; pero de ahí no se deduce que el único derecho que corresponde ejercitar a aquel en caso de rehusar el comprador a recibir lo vendido sea el de exigir el abono de alquiler a que se refiere el mencionado precepto legal, desde que la compraventa está sujeta a las reglas generales de las convenciones, las que deben aplicarse en lo que no fuere contrario a las reglas especiales de ese contrato”.

³⁵³ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 376.

³⁵⁴ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 206.

punto inmediatamente posterior también se abordarán casos en que el deudor requerirá de la colaboración del acreedor para ejecutar obligaciones de hacer – aunque también de dar, la diferencia radica en que las hipótesis a que referimos en este momento, suponen que dicha colaboración se presenta a través de un comportamiento específico: recibir el pago que ofrece el deudor, recepción que puede requerirse una sola vez; o bien en varias oportunidades, como ocurrirá en contratos de tracto sucesivo y en algunos de ejecución diferida. Completamente distinto a las variadísimas formas en que puede manifestarse la colaboración del acreedor en los contratos de mayor complejidad, en que el o los comportamientos que el acreedor deba llevar a cabo, se configuran a partir de la, también, variada naturaleza que tenga la o las prestaciones del deudor.

A pesar de ello, si se observan los casos antes expuestos, se advierte que en prácticamente todos ellos la colaboración es necesaria para que el deudor cumpla obligaciones de dar, y en algunos para obligaciones de hacer; no han sido expuestos aquellos en que se requiera de la colaboración del acreedor para que el deudor pueda cumplir con una obligación de no hacer. Y es que en los hechos, por lo general, no es indispensable para que el deudor cumpla una obligación de este tipo que el acreedor le colabore. Sin embargo, no postulamos que no sería posible que se requiera de dicha colaboración en el cumplimiento de una obligación de no hacer. Por el contrario, ya hemos señalado que la calificación debe ser eminentemente casuística. Siendo así, no es descartable que para el cumplimiento de un contrato del cual surjan obligaciones de no hacer, pueda necesitarse de la colaboración del acreedor.

v. Este grupo de casos incluye a aquellos en que el acreedor no sólo no recibe el pago, sino que lo obstaculiza, lo que se manifestará especialmente a través de actos positivos. En este tipo coyunturas, se aplicarán todos los efectos que trae aparejada la infracción de este deber secundario de conducta de colaboración, aunque dependiendo de las circunstancias, dichas consecuencias pueden ser más gravosas para el acreedor si se acredita que obró dolosamente, de acuerdo a las reglas generales.

vi. Una precisión: no postulamos en esta tesis que es posible configurar para el acreedor una obligación de recibir el pago en sentido restringido,³⁵⁵ entendida como si el acreedor asumiera el rol de deudor de la obligación de recibirlo. Lo que ocurre es que en las situaciones en que es necesaria la colaboración del acreedor, atendida la naturaleza de la obligación, asumimos que ella se erige como un deber secundario de conducta al interior de la relación jurídica obligatoria, por lo que si tal cooperación no es observada, se atenta contra otros intereses del deudor. Ello quedará más claro al explicar nuestra posición en torno a la naturaleza que la cooperación asume, en los casos que nos ocupan.

4.1.3 Los concretos problemas que genera la no recepción de pago por el acreedor.

El supuesto común a todos los grupos de casos en que se requiere de la colaboración del acreedor y que, sin duda, es el primer escollo a que nos enfrentamos, es calificar la situación en que efectivamente se requiere de la misma, a lo que nos referiremos posteriormente; teniendo dicha calificación definida, hay que realzar que si el acreedor no recibe el pago, el contrato quedará en un *statu quo* que genera una serie de problemas a las partes, particularmente para el deudor contractual.

i. Una primera cuestión, en especial si lo que se debe es una especie o cuerpo cierto, dice relación con la determinación de cuál de las partes se hará cargo los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa, una vez que ella ha sido ofrecida al acreedor y este no la ha aceptado; es decir, surge el cuestionamiento sobre el alcance que ha de tener el deber de conservación de la cosa, frente al hecho de que el deudor no se ha liberado de la obligación.

ii. Una segunda cuestión, refiere a dilucidar si el acreedor que no ha recibido el pago ofrecido -de la obligación que se trate, dar, hacer o no hacer-, puede exigir posteriormente

³⁵⁵ Como explicitaremos más adelante, de acuerdo a aquella clásica distinción entre la obligación en sentido restringido y en sentido amplio, la concepción de obligación que se sigue en esta tesis es la de obligación en sentido amplio, es decir, que la concibe como una relación jurídica más o menos compleja constituida no sólo por el deber de prestación, sino también por otros deberes secundarios de conducta. En ese sentido, no se concibe en este trabajo que en los casos en que se requiere que el acreedor reciba el pago, se configure una obligación en sentido estricto, sino lo que ocurre es que en esas situaciones hay un deber secundario o funcional de conducta para éste.

el cumplimiento de la misma; o, por el contrario, ella se extingue. Pensemos en un pintor al que se le encargó una pintura, y luego el acreedor no recibe el pago de la misma en la oportunidad acordada: a pesar de transcurrido el tiempo – menor al de la prescripción extintiva de la acción de cumplimiento- ¿puede, luego, exigir al pintor que se la entregue?

iii. En seguida, atendida la concepción de contrato que se sigue en esta tesis, cabe preguntarse por las consecuencias que pudiere generar para las partes contratantes, el caso de un acreedor que no recibe el pago debido fundado en que ha perdido el interés en la prestación; así, resulta pertinente que nos cuestionemos si dicha pérdida de interés le permite, por ejemplo, intentar una demanda de resolución contractual.

iv. Es factible que debido a que el acreedor no recibe el pago de la obligación, se generen mayores costes en el contrato. Por ejemplo, atendido que no se ha entregado la especie debida, se deben seguir pagando las rentas de galpones o bodegas en que la cosa se guarda; si se debía recepcionar una obra material, se deberán mantener los guardias que la custodian, entre otras múltiples situaciones. El problema, entonces, es determinar quién asumirá estos mayores costes.

v. Si el acreedor no recibe el pago ofrecido por el deudor, hay que tener presente que esa deuda se verá reflejada en la situación contable del deudor como un rubro del pasivo, lo que puede perjudicar su situación patrimonial, especialmente para la realización de futuros negocios. Debemos, entonces, cuestionarnos, si es posible brindar alguna solución a dicho deudor que ve incrementado el pasivo debido a la inobservancia de la colaboración debida por parte del acreedor.

vi. Postular que la colaboración del acreedor constituye un deber secundario de conducta al interior del contrato, nos permite, a la vez, sustentar que si dicho acreedor no recibe el pago, podría situarse en un estado de incumplimiento contractual, abriéndosele al deudor el abanico de acciones o remedios contractuales; siendo así, debemos analizar qué ocurre, por ejemplo, si debido a esa situación se generan otros daños al deudor contractual.

Las respuestas a estas interrogantes, a nuestro parecer, están íntimamente vinculadas con la naturaleza que se asigne a la colaboración del acreedor, según analizaremos al final de este acápite y en el capítulo siguiente.

4.2. Colaboración del acreedor durante la ejecución del contrato, en contratos de mayor complejidad.

Hemos designado como contratos de mayor complejidad, a aquellos en que la colaboración del acreedor se presenta de forma diversa a la sola recepción del pago que se le ofrece, pues supone una variedad de comportamientos que el acreedor deberá desplegar durante el desarrollo del contrato, que permitan que la contraparte lo ejecute. Para graficar estas situaciones, distinguiremos según si dichos comportamientos se encuentran o no expresamente establecidos en el contrato. Hacemos esta división sólo por una cuestión didáctica pues, en los hechos, hay casos en que la necesaria colaboración del acreedor está plasmada en la convención, pero ello no significa que la naturaleza del deber de colaboración sea distinta; es decir, en ambos grupos de casos la colaboración del acreedor se erige como un deber secundario, instrumental o funcional de conducta del acreedor, de cuya inobservancia derivan iguales consecuencias jurídicas para las partes contratantes.

4.2.1 Casos en que la colaboración está expresamente establecida en las cláusulas del contrato.

Hay que aclarar que las situaciones a que aludimos no son todas aquellas en que el contrato contempla obligaciones explícitamente para ambas partes contratantes, pues ese factor no es el determinante en la calificación de un deber de colaboración. Por el contrario, los casos a que hacemos referencia son aquellos en que las partes han establecido en forma expresa la forma que tendrá que adoptar la colaboración del acreedor, por lo que será más sencillo determinar en qué consiste o consistirá aquella y, a la vez, calificar si ésta

se observó o no, por la parte que debía desplegar la conducta colaborativa. Esta incorporación de forma expresa al contrato, no implica que la colaboración del acreedor pierda su funcionalidad como tal, según hemos señalado, pues la colaboración tiene necesariamente una finalidad instrumental, en tanto permite que la contraparte pueda, a su vez, cumplir con su o sus prestaciones.

Así, en contratos que contemplan obligaciones primordiales de hacer, como el mandato, o el contrato de construcción, entre otros, es usual que atendida la duración de la convención, la naturaleza de las obligaciones involucradas o la entidad económica del contrato, las partes hayan incluido deberes de colaboración, tales como la necesidad de que el acreedor de una obligación de hacer deba proporcionar ciertas instrucciones al deudor para que la ejecute; o se indique que el acreedor proveerá al deudor del plan de trabajo que deba seguir; o que pondrá a disposición del deudor ciertos bienes, como maquinarias, espacios físicos, e incluso personal de su dependencia; o que el acreedor será quien provea de determinadas especificaciones técnicas; o que será el acreedor quien llevará a cabo ciertos trámites administrativos, etc. También se aprecia en contratos en que la o las obligaciones del deudor son de dar, como ocurre en el caso de algunos contratos de suministro de bienes.³⁵⁶

Ilustra lo que venimos diciendo, lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 21 de septiembre de 2009, causa “Cencosud con Proyectos y desarrollos médicos SA”.³⁵⁷ El caso versa sobre un contrato de arrendamiento de inmueble que se ubica en un centro comercial de propiedad del arrendador. El inmueble se arrienda para ser destinado a la instalación de una clínica, contrato que se suscribe durante la construcción del centro comercial. Demanda la arrendadora Cencosud por incumplimiento de contrato; a su turno, la arrendataria opone excepción de contrato no cumplido y demanda reconventionalmente resolución de contrato más indemnización de perjuicios. La arrendataria justifica la excepción de contrato no cumplido, alegando que nunca pudo

³⁵⁶ Hay infinidad de ejemplos que se pueden señalar, como el mismo contrato de know how, si las partes han establecido que el transmisor deberá entregar el conocimiento técnico a través de la capacitación del personal del receptor, para lo cual, este último debe poner a disposición del transmisor un espacio físico, medios tecnológicos, y ciertamente al personal que recibirá las capacitaciones. En todo caso, hay que precisar que la obligación de comunicar el conocimiento técnico por parte del transmisor al receptor es de difícil calificación jurídica, así, algunos se han inclinado por asignarle el carácter de obligación de dar. BENAVENTE, Hesvert, *El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: aspectos a ser considerados para su regulación normativa*. Revista *Ius et Praxis*, Talca, año 14, nº2, 2008, p. 418.

³⁵⁷ N° de descriptor MJJ 21690.

instalar la clínica pues la arrendadora no cumplió a su vez, al no entregarle un local apto para que el servicio médico pudiese funcionar, ya que en el contrato aquélla se comprometió a construir el local comercial de modo tal, que estructuralmente guardara conformidad con las exigencias prescritas en la normativa relativa a la salud pública, sanidad y seguridad; como se trataba de una obra en desarrollo, en ese mismo capítulo la arrendadora se obligó a ejecutar las modificaciones que fueren necesarias. La arrendadora se defiende arguyendo que no pudo llevar a cabo las refacciones necesarias, pues la clínica no le entregó un proyecto para la instalación de equipos, maquinarias y mobiliario, cuestión que se estableció expresamente en el contrato. La sentencia de segunda instancia, rechaza la demanda de la arrendadora, pues no consta en el proceso su propio cumplimiento, y acoge la excepción de contrato no cumplido.³⁵⁸

Este caso es interesante, pues es perfectamente posible identificar una cláusula del contrato de arrendamiento, que constituye una manifestación de colaboración del acreedor, toda vez que para que la parte arrendadora pudiese cumplir con su obligación de entregar un local apto para el funcionamiento de una clínica, era necesario que la arrendataria proporcionara un proyecto de instalación para ello, cuestión que no se hizo. En la especie, aunque la arrendadora demanda primeramente porque la arrendataria no cumplió con su obligación primordial de pagar la renta, también fundamenta el libelo, en que la no presentación oportuna del proyecto por parte de la arrendataria no le permitió a ésta entregar el local en forma adecuada, Es decir, la arrendataria en su calidad de acreedora de la obligación de entrega de un local apto para el funcionamiento de un establecimiento de salud, no cumplió con su deber contractual de colaborar para que la arrendadora cumpliera a la vez. Este caso es también útil para ser utilizado como matriz, sobre las

³⁵⁸ El fallo de segunda instancia tiene voto disidente del Ministro Carlos Cerda, quien considera que además de acogerse la excepción de contrato no cumplido, debió revocarse el fallo de primera instancia en la parte que rechazó la demanda reconvenzional de la arrendataria, pues la demandante reconvenzional acreditó sobradamente que la demandada reconvenzional no cumplió a su vez, en orden a que no proporcionó un lugar adecuado para que la clínica funcionara; señala que como el contrato se celebró estando el inmueble en obra gruesa, ni siquiera puso en conocimiento de la constructora que funcionaría una clínica en el piso del centro comercial que se construía. Agrega que no es excusa suficiente lo que señala la arrendadora Cencosud, en cuanto a que la arrendataria nunca le proporcionó el plano necesario para la adecuación del lugar, ya que para ello correspondía a Cencosud primero, poner a disposición de la demandada un edificio adecuado para el funcionamiento de una clínica, y sobre ello, se podía presentar los planos por parte de la arrendataria.

diversas posibilidades que pueden presentarse ante una inobservancia de la colaboración del acreedor, como veremos más adelante.³⁵⁹

Similar situación se extrae del fallo pronunciado en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 12 de noviembre de 2007, en causa “Inversiones y negocios S.A., Empresa administradora de créditos S.A. con Madison Inmobiliaria S.A.”, y conocido por la Corte Suprema en recurso de casación rechazado por adolecer de falta de fundamento, de fecha 3 de abril de 2008.³⁶⁰ En este caso, demanda la compradora de un edificio de departamentos, por incumplimiento de contrato a la empresa constructora de los mismos - vendedora del inmueble-, fundado en que la demandada habría ejecutado las obras con materiales e instalaciones, especialmente las interiores de suministro de gas, en condiciones deficientes, por lo que solicita se declare que la constructora reemplace las instalaciones existentes por otras de óptima calidad; y además se la condene al pago de los perjuicios que habría ocasionado dicho incumplimiento. La sentencia de primera instancia rechaza la demanda, fallo confirmado por Corte de Apelaciones, que hace suyas las argumentaciones de la sentencia recurrida, pues se habría acreditado en juicio, que el contrato establecía que la comitente compradora se reservaba la inspección técnica de la obra a través de los profesionales que ella designara, y que serían los encargados de la supervigilancia de la misma, quedando la constructora obligada a dar todas las facilidades necesarias para su desempeño y a dar satisfacción a los reparos formulados. En el juicio se logra acreditar que efectivamente la comitente compradora estuvo en posición de llevar a cabo la labor de supervigilancia, y no obstante nunca reclamó de los desperfectos que alega en la demanda, como lo señala el fallo de segunda instancia en su considerando octavo: “ 8º) Que es un hecho no discutido que la demandada, Inmobiliaria Madison S.A., encargó la construcción del edificio a Construcciones y Estructuras del Sol S.A., de acuerdo a las estipulaciones contenidas en el contrato agregado a fojas 23 y siguientes, entre las cuales destacan las cláusulas 12, 16 y 22, en que la comitente se reserva la inspección técnica de la obra a través de los profesionales que ella designe, encargados de la

³⁵⁹ Desde luego que el caso sería más atractivo si la arrendataria hubiera igualmente pagado la renta, pero atendido el retraso en la entrega del proyecto, la arrendadora hubiese demandado directamente por incumplimiento derivado de la falta de colaboración, solicitando además la indemnización de perjuicios derivados de la ella, los que implicarían, por ejemplo, la paralización de las obras de construcción del centro comercial. O bien, que ante el incumplimiento de la entrega del inmueble, hubiere interpuesto la demanda la arrendataria, y la arrendadora se defendiera mediante la excepción de incumplimiento de contrato por inobservancia de colaboración del arrendatario, más una demanda reconvenzional. Todas posibilidades que, atendidas las circunstancias, ofrece la inobservancia al deber de colaboración.

³⁶⁰ N° de descriptor Legal Publishing 38750.

supervigilancia de la misma, quedando la constructora obligada a dar todas las facilidades necesarias para su desempeño y a dar satisfacción a los reparos formulados. Una atenta lectura del contrato deja de manifiesto que las obligaciones asumidas por la constructora quedaron firmemente subordinadas a la satisfacción de los intereses y necesidades de su comitente, que se reservó amplias facultades para vigilar la correcta ejecución de la obra, calificar los materiales y exigir su reemplazo, o poner término al contrato, entre otros casos, según indica la cláusula 20° por “deficiencia en la calidad de la construcción o incumplimiento de lo indicado en los planos y especificaciones. Siendo así, resulta inaceptable la alegación de la demandada en cuanto pretende excusarse de responsabilidad frente a sus compradoras y actuales demandantes, a pretexto que los defectos serían únicamente imputables a la constructora, en circunstancias que estaba en situación de adoptar todas las medidas necesarias para cumplir debidamente su obligación de hacer entrega de los inmuebles en perfectas condiciones a sus compradores.”

En el fallo en comento, la inobservancia del deber de colaboración se utiliza como medio de defensa de la empresa constructora, por lo que hay dos cuestiones que destacar: la primera, que como consta de lo expuesto en los fallos de primera y segunda instancia, efectivamente se habrían producido algunos problemas de construcción, referidos especialmente a las instalaciones de gas realizadas, defectos que fueron corregidos por la constructora. Respecto de los otros defectos denunciados en la demanda, queda establecido en la causa que, de existir, ellos se debieron a que la comitente y compradora no supervisó como se había acordado en el contrato, de manera tal que si la constructora no concluyó la obra de la forma esperada, fue debido a la inobservancia a la colaboración debida, según se pactó en el mismo contrato; la segunda cuestión es que en este caso, a pesar del incumplimiento a la colaboración debida por parte de la comitente compradora, es posible conjeturar que ello no le significó otras consecuencias dañosas a la constructora, puesto que si las circunstancias hubieren sido diversas, y la inobservancia del deber de colaboración le hubiera generado daños, habría sido demandada la correspondiente indemnización por la vía reconvencional.

Como se ve, lo relevante de incluir en forma expresa la forma que ha de adoptar la colaboración del acreedor, es que facilita la calificación en orden a determinar en qué consiste y si se cumplió con ella o no. Pero fuera de eso, en tanto mantiene su estructura funcional, se aplican todas las consecuencias que derivan de la infracción al deber de colaboración del acreedor.

4.2.2 Casos en que la colaboración no está expresamente establecida en las cláusulas del contrato.

Probablemente este es el grupo más difícil de analizar, puesto que nada se señala en el contrato sobre si ha de ser necesaria la colaboración del acreedor, y en caso de que se requiera, tampoco se indica la forma que debe adoptar. Esto implica, entonces, incorporar todos aquellos contratos en que se hace indispensable la colaboración del acreedor para que el deudor pueda, a la vez, cumplir íntegramente con sus prestaciones primordiales durante el desarrollo del contrato, destacándose, así, el carácter de funcionalidad o instrumentalidad que presenta este deber secundario de conducta.

Como en el próximo apartado intentaremos proporcionar algunos parámetros que permitan identificar cada vez que se requiera de colaboración del acreedor, en este momento sólo nos limitaremos a ilustrar con algunos ejemplos, de los cuales, sin embargo, ya es posible advertir que la necesidad de colaboración se ve determinada, en gran medida, por la naturaleza del contrato y de las obligaciones primordiales que éste engendra.³⁶¹

La doctrina extranjera ha sido fértil a la hora de proporcionar estas manifestaciones de colaboración del acreedor: por ejemplo, un contratista que no puede realizar la edificación porque *el dominus* no realizó los trabajos preliminares; o aquel que encarga la confección de un traje debe luego presentarse para que se lo prueben; el porteador sólo debe trasladar las mercancías que le pongan a disposición; el autor debe corregir las pruebas que le ponga a disposición el editor; el anunciante -o publicista- solo puede realizar la campaña con los datos que le proporcione el cliente;³⁶² el dueño de un terreno que debe permitir al contratista la entrada al mismo, para la ejecución de una determinada construcción; un contrato de tracto sucesivo en que se debe entregar los materiales para una construcción que se llevará a cabo por parte.³⁶³ O bien, un artista de teatro que tiene interés en que el empresario acreedor no se limite sólo a pagarle el sueldo, sino también a hacerle representar el papel en la obra por la publicidad que ello le proporcionará en el

³⁶¹ Así también distingue, a propósito de la obligación del acreedor de colaborar, René Demogue, quien señala que la idea de colaboración entre los contratantes constituye un aspecto general de la ejecución del contrato, especialmente al momento de la redacción de la convención, y que puede resultar ya sea de la naturaleza del contrato, o de las cláusulas que lo integran. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général. Effets des obligations*. T. IV, París, Librairie Arthur Rousseau. p.18.

³⁶² CABALLERO, José, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 95.

³⁶³ *Ibidem*, p. 107.

mundo del teatro.³⁶⁴ Sobre este caso, hay que agregar que algún autor estima que el deudor obtiene un beneficio adicional a la sola liberación de la deuda o la contraprestación prevista, y en estos términos debe ser tutelado.³⁶⁵

En los ejemplos anteriores, a pesar que las partes nada han establecido en forma explícita, la necesidad de colaboración del acreedor es medianamente fácil de configurar. El problema se presenta cuando dicha colaboración se requiere no sólo una sola vez, sino que a lo largo de la ejecución del contrato, y con distintas manifestaciones, lo que es bastante usual en contratos de mayor duración; en todos ellos, la forma en que ha de prestarse dicha colaboración es mucho más difícil de determinar.

Un ejemplo nos ayudará en la explicación: una empresa, digamos la empresa A, encarga a otra, la empresa B, el montaje mecánico de una planta industrial, que comprendía una serie de obras de alta complejidad. En el contrato en cuestión los contratantes dejaron claramente establecido que el diseño de ingeniería del proyecto quedaba excluido de las obligaciones que debía cumplir la parte que ejecutaría las obras, pues de acuerdo a conversaciones, era posible concluir que éste sería aportado por la mandante. Por su lado, de conformidad al contrato, la empresa A se obligaba únicamente a pagar el precio. Para que la empresa B pudiera cumplir a cabalidad, se elaboró un cronograma de trabajo que debía seguirse rigurosamente, a efectos de que las obras culminaran en la fecha acordada. No obstante ello, producto de diversos retrasos de la empresa A, entre ellas, que no proporcionó oportunamente la ingeniería del proyecto, ni el terreno en que las obras debían realizarse, se produjo también un retraso en el montaje por parte de la empresa B. Como

³⁶⁴ TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, op. cit., p. 67.

³⁶⁵ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 72. Según Lamarca, este tipo de casos que agrupan a las obligaciones artísticas, en general, la cooperación del acreedor es una verdadera obligación. Así “al pintor que debe realizar un mural público no le es indiferente que se pueda alcanzar el resultado perseguido con su deber de prestación, al margen de la remuneración que pueda recibir obtiene también un beneficio por la realización de la obra, por lo que la tutela de su interés no se acaba con la liberación de la deuda y, en su caso, la obtención de la contraprestación prevista”. Habría que precisar, además, que ese interés no sólo está presente en los casos de contratos artísticos, sino que también de otra naturaleza, por ejemplo, una empresa constructora recién formada gana una licitación para la realización de una obra de gran importancia y connotación en la ciudad, y no puede cumplir por no contar con los terrenos para ello, o porque no le entregaron las especificaciones técnicas del proyecto en forma oportuna, etc.; es evidente que en este caso también le interesa a la empresa deudora cumplir, debido al reconocimiento que ello le puede proporcionar en el rubro. Y es que efectivamente hay un grupo de casos en que el cumplimiento le puede generar al deudor beneficios adicionales además de la sola liberación de la deuda, como veremos más adelante. Interés que, de verse menoscabado, se apreciará a la hora de demandar los perjuicios que le acarree la inobservancia de la colaboración por parte del acreedor, pudiendo, por ejemplo, demandar indemnización de lucro cesante, conforme a las reglas generales de esa partida.

se trataba de una obra de largo aliento, mediante conversaciones de naturaleza informal ambas partes readecuaron el plan de trabajo, de lo cual, sin embargo, no quedó constancia. Posteriormente, debido a que la empresa B no pudo cumplir con la fecha fijada inicialmente en el contrato, la empresa A notificó el término del negocio por el incumplimiento, y cobró las multas que se habían acordado ante posibles infracciones en que incurriera la empresa B. A su turno, la empresa B alegaba que la empresa A también había incurrido en incumplimientos, toda vez que el retraso en la ejecución de las obras se debió a no contar oportunamente con la ingeniería, ni con los terrenos en que se ejecutaría, lo que no sólo trajo como consecuencia un retardo, sino que además fue necesario incurrir en gastos extraordinarios, como la contratación de nueva mano de obra, la extensión de los contratos de trabajo que habían sido celebrados a plazo fijo, la extensión de contratos de arrendamiento de diversas maquinarias, etc., gastos adicionales que la empresa A se negaba a reembolsar, por lo que la empresa B pretendía también la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.³⁶⁶ Como se ve, estamos en presencia de un contrato de larga duración, en él, para que la empresa pudiese cumplir con las instalaciones encargadas era indispensable que colaborara a lo largo del desarrollo de la obra, colaboración que en la especie implicaba entregar la ingeniería acorde al proyecto y el terreno en términos idóneos para la instalación, cuestión que no se hizo.

Algo similar se aprecia en un caso resuelto por nuestros tribunales, referido a un incumplimiento de contrato de ejecución de obras celebrado entre una empresa y el Servicio de Vivienda y Urbanismo de la décima región. En este caso demandó la empresa constructora por incumplimiento de contrato, solicitando la indemnización de los daños que le produjo la no entrega de los terrenos en que se debían ejecutar las obras en condiciones idóneas, toda vez que los terrenos fueron entregados con escombros y sin contar con la factibilidad de los servicios básicos, todo lo cual le trajo aparejado un retraso en la ejecución de las obras y mayores costos que los que se habían previsto. No obstante, en este caso la demanda fue rechazada en primera instancia, fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, debido a la falta de pruebas suficientes que acreditaran que efectivamente el retraso en el cumplimiento se debió a la no entrega de los terrenos en

³⁶⁶ Los hechos descritos corresponden a un caso que nos tocó conocer por razones profesionales, citado además en PRADO, Pamela, *Sobre la posibilidad de admitir en Chile las nociones de contrato colaborativo y contrato adversarial: una mirada desde el "regulating law"*. En Estudios de derecho civil VI, Jornadas nacionales de derecho civil Olmué, 2010, op. cit., p. 239 s.

condiciones idóneas por parte del servicio. La Corte Suprema rechazó la casación en el fondo en fallo de fecha 29 de noviembre de 2004.³⁶⁷

4.2.3 Los concretos problemas que genera la inobservancia de la colaboración del acreedor en contratos de mayor complejidad.

Ya hemos señalado que el supuesto común a los grupos de casos, es la dificultad en la calificación del deber de colaboración del acreedor, tarea que se torna más ardua aún en aquellos contratos en que no se encuentra expresamente establecida. Teniendo aquello presente, resaltaremos algunos de los problemas que la inobservancia a la colaboración debida por parte del acreedor puede generar.

Debemos advertir que, salvas las particularidades que se generan por la no recepción de pago ofrecido, en general, los problemas ante la inobservancia del acreedor en contratos de mayor complejidad, son los mismos que ya hemos enunciado, de ahí los resolveremos en forma conjunta en el acápite que sigue. A juicio nuestro, las siguientes cuestiones constituirán los ejes de los conflictos entre los contratantes en esta clase de relaciones contractuales:

i. Un primer dilema a dilucidar, es determinar el destino de la o las obligaciones contractuales que el deudor no pudo ejecutar por no contar con la debida colaboración de la contraparte, esto es, si estas obligaciones se extinguen o permanecen vigentes. Como se ve, similar a lo que nos preguntamos en el anterior grupo de casos.

ii. Se generarán mayores costes para que el deudor pueda ejecutar íntegramente el contrato al no contar con la debida colaboración del acreedor, por lo que nuevamente surgirá la cuestión de determinar cuál de las partes contratantes se hará cargo de ellos.

iii. Ya hemos señalado que la calificación de colaboración del acreedor como deber secundario de conducta inserto al contrato, supone que en caso de infracción, pueda dejar

³⁶⁷ Causa rol 2773-04.

al acreedor en estado de incumplimiento contractual, por lo que cabe preguntarse sobre la procedencia del ejercicio de las acciones contractuales por parte del deudor.

5 La colaboración del acreedor y su naturaleza de deber secundario, funcional o instrumental en el contrato.

Como se evidencia de las opciones que ha adoptado la doctrina extranjera sobre la naturaleza de la colaboración del acreedor, se ha transitando fundamentalmente ya sea por considerarla carga contractual para el acreedor, o por situarla en el plano de los deberes, con diversas variantes. A juicio nuestro, la mejor forma de comprender la naturaleza de la colaboración del acreedor, como sus consecuencias y, asimismo, de justificar la existencia de esta noción, supone necesariamente reconocerle autonomía o independencia respecto de los demás efectos que emanan de una relación jurídico contractual, y esa autonomía encuentra su justificación en asignarle el carácter de deber secundario o funcional para el acreedor, particularmente a partir de los efectos que trae aparejado para el deudor que el acreedor no colabore.

En ese orden, parece esencial resolver la siguiente interrogante: ¿Por qué se debería descartar la naturaleza de carga contractual, pasando a tener un alcance más gravitante en el contrato, mediante el reconocimiento de deber secundario?

Resolver la problemática de la naturaleza jurídica de la colaboración del acreedor constituye un tema que no sólo reviste interés académico, sino que es una cuestión esencial para efectos de estudiar las consecuencias que de ella derivan.

5.1 La colaboración del acreedor no tiene el carácter de carga contractual.

Tal como veremos a propósito de la noción de deber jurídico, la expresión carga es de naturaleza compleja, como reconoce Carrió.³⁶⁸ En efecto, se trata de una de aquellas palabras usualmente utilizadas por los juristas de las más diversas disciplinas, que sirven para identificar situaciones de tipo general. El problema es que no hay consenso respecto de su alcance, como tampoco de la relación entre esta clase de expresiones con otras asociadas, por lo que no queda claro si son sustituibles unas con otras, o no.³⁶⁹ Ello es precisamente lo que acontecería con la palabra “carga”, que se la asocia con aquella familia de palabras emparentadas con la expresión “derecho”, a la que se la relaciona con inmunidad, libertad, privilegio, prerrogativa, facultad, potestad, poder, garantía, capacidad, y carga, evidentemente, entre otras.³⁷⁰

Desde la perspectiva de los juristas, sin embargo, la palabra carga tiene su origen en el derecho procesal; con ella se alude a ciertas actuaciones concretas de las partes en un proceso, cuya omisión provoca consecuencias negativas para aquel sujeto de la relación jurídica procesal que debía realizarla; se trata de situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal: así, serían imperativos del propio interés.³⁷¹ El derecho de los contratos ha tomado prestada esta noción del derecho procesal y la ha adaptado para aludir específicamente al acreedor, señalando que estamos en presencia de una carga si éste debe observar alguna conducta en virtud de la ley o de una convención, y cuya inobservancia le genera ciertas desventajas sólo a él. Es decir, la omisión en el comportamiento impuesto por la carga le produce consecuencias desfavorables. Esta es, como antes señalamos, la opinión de Cattaneo,³⁷² Cabanillas Sánchez,³⁷³ Lamarca³⁷⁴, y en Chile es sostenida por Osvaldo Lagos y, con matices, por

³⁶⁸ Carrió, en la nota preliminar al trabajo de Hohfeld, en HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina S.A., 1991.p. 8.

³⁶⁹ Carrió, en la nota preliminar al trabajo de Hohfeld, en HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, op. cit., p. 10.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

³⁷¹ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 22.

³⁷² CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all' adempimento*, op. cit., p. 47.

³⁷³ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 72 ss. y 204 ss.

³⁷⁴ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 68 s.

Lilian San Martín, recurriendo a idénticos argumentos que la doctrina extranjera que la sustenta.

Lagos sostiene que la colaboración del acreedor no constituye una verdadera obligación, sino que sólo tiene el carácter de carga contractual, que califica de estructural. Su posición se basa en dos argumentos fundamentales: primero, que a diferencia de las obligaciones que es posible que sean exigidas por otro, la carga de colaborar no lo permitiría: el deudor no tendría la posibilidad de obtener la ejecución forzada;³⁷⁵ en segundo lugar, porque si el acreedor no colabora, el deudor no podría obtener resarcimiento de los perjuicios que padece, sino únicamente podría cobrar los reembolsos de los gastos, lo que se fundaría en el hecho de que en este caso se configura mora del acreedor, la que no requiere de culpa de éste, de modo que la responsabilidad del acreedor por no colaborar es distinta de la responsabilidad en que incurre el deudor por incumplimiento de sus propias obligaciones. Es decir, el reembolso de gastos se funda en la necesidad de evitar un enriquecimiento injustificado, pero no da lugar a indemnización de perjuicios, toda vez que no existe un deber de colaborar.³⁷⁶ Los efectos que se generarían debido a la no colaboración del acreedor estarían, entonces, supeditados a la determinación de si debido a ella se produce la imposibilidad definitiva de la obligación del deudor, o si tal imposibilidad definitiva no se produce. En el primer caso, la consecuencia es la ineficacia del crédito que tiene el acreedor contra el deudor; en el segundo caso, no se produce tal ineficacia, sino sólo suspende temporalmente la exigibilidad del crédito por un hecho imputable al acreedor.³⁷⁷

San Martín, por el contrario, en un trabajo que sustenta especialmente en el derecho romano, formula una distinción, pues considera que la colaboración del acreedor no tiene una naturaleza unitaria, sino que dependerá de cada caso. Así, si la colaboración mira exclusivamente al beneficio del acreedor, de manera tal que en caso de que el acreedor no colabore no se generen daños al deudor, ella será carga contractual, también sería carga si no se encuentra expresamente establecida en el contrato. Por el contrario, pasaría a ser

³⁷⁵ LAGOS, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, op. cit., p. 45.

³⁷⁶ *Ibíd.*, p. 46 s.

³⁷⁷ *Ibíd.*, p. 48 s.

un deber si su ejecución está establecida en interés del deudor, y también en caso que su inejecución genere perjuicios al deudor.³⁷⁸

Para desvirtuar estas posiciones, es necesario recordar, nuevamente, que nuestro análisis tiene dos ejes centrales: el primero, que nos hemos situado en la concepción, estructura y efectos del contrato, a la luz del nuevo derecho de la contratación, que proporciona una mirada pragmática del contrato; el segundo, que el foco de atención de esta investigación es el grupo de casos que hemos descrito páginas atrás.

Teniendo esto presente, precisemos que no hay inconveniente en admitir que es posible asignar el carácter de carga contractual a la colaboración del acreedor, en aquellos casos en que su inobservancia sólo genere efectos perniciosos para él, casos que, a nuestro entender, no constituyen técnicamente deber de colaboración. En tal sentido, la denominación que se le dé, como asimismo, los efectos que traiga aparejado para el acreedor y deudor, no son objeto de nuestra atención. Sin perjuicio de lo cual, adelantemos que en lo que refiere a las consecuencias que se producen en el destino de la obligación del deudor, pueden ser prácticamente iguales a los que se generan en esa órbita de efectos, si no se cumple con el deber de colaborar en sentido técnico, en aquellos casos que son objeto de este estudio.

En seguida, y antes de explicar las razones por las cuales no nos parece acertada la calificación de carga contractual, debemos contradecir dos afirmaciones que se hacen en el trabajo de San Martín. Se afirma que el hecho de que la colaboración no se encuentre expresamente establecida en el contrato, conlleva a calificarla de carga contractual. Como hemos demostrado latamente al exponer los grupos de casos que son de nuestro interés, el hecho de que la colaboración se encuentre o no establecida expresamente en el contrato, no constituye un elemento determinante en la calificación jurídica a dicha colaboración. Por el contrario, ha quedado claro que el que la conducta que debe desplegar el acreedor para que el deudor pueda ejecutar sus prestaciones primordiales, esté o no explícitamente incorporada en cláusulas contractuales, en nada altera su naturaleza y los efectos que derivan de su inobservancia - que serán analizados en el acápite que sigue-. Ciertamente, ello no significa que el hecho de su inserción en el contrato en cláusulas expresas no facilite la configuración y el contenido de la conducta que se requiere del acreedor, como dejamos

³⁷⁸ SAN MARTÍN, Lilian, *Sobre la naturaleza jurídica de la "cooperación" del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes*, op. cit., p. 194 s.

antes asentado, por el contrario, evidentemente que simplificará la determinación de su contenido y, por ende, la evaluación de si ella se ejecutó en la forma debida o no, pero no hay una cuestión de esencialidad en su inclusión o no en el negocio. En segundo lugar, exigir que la colaboración deba ser incorporada al contrato por medio de cláusulas expresas para que se la califique de deber contractual, es una visión alejada de la realidad pues las más de las veces las partes no son lo suficientemente cuidadosas en la redacción del contrato –supuesto que conste por escrito–, una exigencia de esa naturaleza traería aparejado que sólo en caso de que la colaboración conste por escrito, ella generaría los efectos que postulamos, mas no en caso contrario, lo que no tiene ninguna justificación dogmática, especialmente atendido que el sistema del código adopta como regla general el consensualismo para efectos del perfeccionamiento de los negocios.

Luego, debemos también contradecir el distingo que hace la autora antes citada, según la colaboración interese sólo al acreedor o también esté en juego el interés del deudor. En rigor, toda vez que la colaboración debida es un deber secundario, funcional o instrumental, siempre está en juego el interés del deudor, como veremos un poco más adelante, en tanto tiene por finalidad permitir que este cumpla con su o sus obligaciones primordiales de conducta. Otra cosa es la necesidad de determinar los efectos derivados de su inobservancia - que pueden variar dependiendo del caso-, y que no estarán supeditados solamente al hecho de que el acreedor no podrá obtener el cumplimiento, como tampoco el deudor podrá desligarse del vínculo obligacional, sino que será determinante la constatación de que se verán afectados otros intereses del deudor contractual, afectación que no puede quedar sin solución.

Ahora bien, nos parece que hay fuertes argumentos para también desvirtuar la mentada naturaleza de carga que algunos han asignado a la colaboración debida. En ese orden, nos centraremos en los dos aspectos que son los que mayormente se repiten en doctrina extranjera y que también cita el profesor Lagos, antes referido.

El primero de ellos tiene que ver con exigibilidad o inexigibilidad de la colaboración al acreedor. Como se sabe, aquellos que postulan la naturaleza de carga, afirman que no es posible que el deudor exija la realización de la conducta,³⁷⁹ pues no hay un deber de

³⁷⁹ CABALLERO, José, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 129. CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p.43 s.; CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor*. En Libro homenaje al profesor Juan Roca Juan. Murcia, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989. p. 118; SAN MARTÍN, Lilian, *Sobre la naturaleza jurídica de la “cooperación” del acreedor al cumplimiento de la*

colaborar. Sobre esta inexigibilidad al deudor de la conducta que configura la colaboración debida, nos parece que hay que distinguir dos ámbitos. En primer lugar, en lo que respecta a la calificación que asignamos a la colaboración del acreedor en los casos que constituyen nuestro objeto de estudio, es evidente que desde la dogmática jurídica, nada obsta a que el deber pueda ser objeto de exigibilidad por parte del deudor, lo que se traducirá en el ejercicio de la acción de cumplimiento específico o en naturaleza. Ciertamente, el deber de colaboración es de carácter contractual y, por consiguiente, integra la relación jurídica que surge del negocio. Las normas contenidas en el código civil, que admiten la posibilidad de obtener el cumplimiento forzado pueden, en principio, parecer un tanto estrechas, al referirse especialmente a las obligaciones de dar especie o cuerpo, como las contenidas en los artículos 1548 y 1549, pero sin duda que disposiciones tales como el artículo 1545 que contempla el efecto vinculante del contrato, o el artículo 1553 que refiere en su numeral 1º al “hecho convenido”, son de la suficiente amplitud para permitir que, en la medida que sea posible que efectivamente esa colaboración se despliegue, ella sea exigible.

De otra parte, aún podría controvertirse la naturaleza de deber en el específico caso en que el acreedor debe recepcionar el pago de una cosa, en cumplimiento de una obligación de dar, pues para los casos en que el acreedor no colabore con la concreta recepción, se puede acudir al procedimiento contemplado en el pago por consignación. Sin embargo, hay que precisar que el pago por consignación lo que contempla son normas fundamentalmente procedimentales, que no constituyen impedimento para que, en caso de que la falta de dicha recepción atente contra otros intereses del deudor, no se pueda calificar a la colaboración de deber secundario de conducta desde un aspecto sustancial; en seguida, aunque existe la vía del pago por consignación, no se trata de un procedimiento que solucione los otros problemas que se generan para el deudor

Cuestión distinta es la de carácter práctico, en cuanto a si efectivamente será de gran ocurrencia que el deudor demande al acreedor que no lleve a cabo la conducta que constituye la colaboración debida. Ello, pues atendido que dicha colaboración es necesaria para que el deudor a su vez pueda cumplir, muy probablemente la inobservancia de la colaboración será conocida cuando el propio acreedor pretenda demandar por incumplimiento al deudor, y este se defienda fundado en que ni fue posible ejecutar el

obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes, op. cit., p.156 ss.; DIEZ PICAZO, Luis, La relación jurídica obligatoria, op. cit., p. 358; CATTANEO, Giovanni, La cooperazione del creditore all'adempimento, op. cit., p. 47.

contrato debido a la infracción del acreedor. Sin perjuicio de ello, recordemos que en algunos casos que hemos reseñado, el deudor ha demandado directamente al acreedor.

Una segunda cuestión, se relaciona con la posibilidad de demandar al acreedor de indemnización de perjuicios. Tal como analizaremos a continuación, y en el capítulo que sigue, en que nos centraremos en los criterios que han de tomarse en consideración para identificar cuándo la colaboración del acreedor adquiere el carácter de deber secundario o funcional de conducta, el hecho de que la inobservancia de dicha colaboración no sólo le genere efectos perjudiciales al acreedor, sino que también invada la esfera de los intereses del deudor, dista mucho de la calificación de la colaboración como de carga contractual, pues no satisface a la totalidad de consecuencias jurídicas que trae aparejado a las partes su inobservancia, particularmente en lo que respecta a los daños que padezca el deudor.

En aquellos casos que son objeto de nuestro estudio, ciertamente que no hay argumento alguno que impida el resarcimiento de los daños que la inobservancia de la colaboración debida produzca en el deudor. Como veremos más adelante, el hecho de que en el código civil se establezca que el acreedor deberá reembolsar los gastos en que incurra el deudor,³⁸⁰ no constituye obstáculo para obtener el resarcimiento de la totalidad de los daños que éste padezca, conforme a las reglas generales.

5.2 La colaboración del acreedor en tanto deber secundario, funcional o instrumental en el contrato.

5.2.1 Sobre el deber jurídico y la relación jurídica obligatoria.

Como hemos propuesto, no estamos en presencia de una carga contractual en los casos que se requiere efectivamente de la colaboración del acreedor, sino que más bien transitamos por la vía de los deberes jurídicos. Para probar esta afirmación, y, por ende, con una finalidad meramente instrumental, abordaremos los siguientes aspectos: alcance con que utilizamos la expresión deber jurídico en este trabajo; y luego, justificaremos que

³⁸⁰ Nos referimos al artículo 1827 del código civil, ya transcrito.

la colaboración del acreedor forma parte de la relación jurídica contractual, coherente con la concepción de relación jurídica obligatoria que se sigue en este trabajo.

5.2.1.1 Alcance de la expresión deber jurídico.

Como hemos aclarado en el capítulo anterior, aunque la nuestra es una investigación dogmática, específicamente perteneciente al derecho civil, optamos aquí por recurrir a algunas ideas fundamentales de la teoría, con el único propósito de mostrar el alcance primigenio de la expresión “deber jurídico”.³⁸¹

Kelsen, observa que el hecho de que una norma decreta cierta conducta equivale a que una norma obliga a cierta conducta, por lo que el hecho que una persona esté “obligado” a comportarse de cierta manera, equivale al hecho de la vigencia de una norma que decreta tal conducta.³⁸² Y luego agrega, que el “derecho *decreta* cierta conducta *de tal manera* (y la convierte en obligación jurídica) que dispone para la condición de una conducta contraria una sanción debida”.³⁸³

Carrió hace una primera aclaración:³⁸⁴ señala que es necesario distinguir entre la noción de deber jurídico -en italiano *obbligo*- que es la que se utiliza en la teoría general, y el concepto técnico de obligación que es el que se aplica en la dogmática jurídica – *obbligazione*-; la primera expresión fue creada por los teóricos y no es correspondiente a la de los juristas, pues estos últimos no han visto la necesidad de “aislar un elemento tal general”.³⁸⁵ Identifica, luego, diversos conceptos de deber jurídico. Es decir, habría más de un concepto de deber jurídico, conceptos que se elaboran por diversos propósitos, de ahí que Carrió enjuicia que se justifique seguir hablando de deber jurídico con tanta

³⁸¹ En efecto, la temática de los deberes jurídicos ha sido abordada desde la teoría del derecho, entre otras razones, porque se la inserta en la discusión de la validez del derecho, la que, a su turno, entronca con el extensísimo debate sobre la conexión entre derecho y moral. Sobre este punto, ROCA, Victoria, *¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial)*. DOXA 25, 2002. p. 471 [en línea] <<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>> [consulta agosto 2011]. HOCEVAR, Mayda, *Deber jurídico y deber moral en el pensamiento de John Finnis*. En Frónesis, diciembre 2005, vol. 5, nº3. p. 38-63. REDONDO, María Cristina, *El carácter práctico de los deberes jurídicos*. DOXA 21, 1998. [en línea] <<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>> [consulta agosto 2011]

³⁸² KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*. México D.F., Trillas, 1994. p. 140.

³⁸³ KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, op. cit., p. 140.

³⁸⁴ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1986.

³⁸⁵ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., p. 177.

generalidad, razón por la cual propone examinar los objetivos que se tuvieron en vista al definir “deber jurídico”, de acuerdo al modelo de Kelsen.³⁸⁶ Según Kelsen, como decíamos, existe un deber jurídico en tanto exista una norma de derecho que impute una sanción frente a un determinado comportamiento humano.³⁸⁷ Sin embargo, previene Carrió, el análisis se complejiza cuando se trata de distinguir entre “deber” y “responsabilidad”, y con la dificultad adicional de identificar qué tipo de actos de fuerza tienen el carácter de sanción.³⁸⁸ Añade que el concepto de deber jurídico pertenece al núcleo del aparato conceptual que elabora y analiza Kelsen, recordando que este autor relaciona estrechamente las nociones de deber jurídico con acto ilícito, y el de responsabilidad con sanción.³⁸⁹ Agrega que, según Kelsen, conceptos tales como sanción e imputación son centrales, y más los de acto ilícito, responsabilidad y deber jurídico, constituyen el núcleo del aparato conceptual kelseniano. Sin embargo, Carrió considera que aunque las diversas nociones de deber jurídico tienen importantes notas comunes, lo que permite que se siga hablando de “la” noción de deber jurídico, concluye que igualmente la teoría general del derecho debiese revisar todo su aparato conceptual.³⁹⁰

Hohfeld, por su parte, en un análisis que se califica como perteneciente a la jurisprudencia analítica, intenta poner algún orden a la confusión terminológica que existe en la utilización de determinadas palabras, y recoge el núcleo central de las expresiones vigentes. Para tal efecto aísla ocho conceptos jurídicos fundamentales y los agrupa en tablas de correlativos y opuestos. Así, el concepto “deber” lo ordena como correlativo a la situación activa de “derecho en sentido estricto”; y a su turno, lo sitúa como opuesto al “privilegio”.³⁹¹ Hohfeld, al intentar discernir qué indicio o pista se halla en el lenguaje jurídico ordinario para efectos de limitar el significado de la palabra “derecho” –atendido la utilización amplísima e indiscriminada que de ella se hace-, identifica que esa pista es precisamente la existencia correlativa de un “deber”, es decir, si se invade un derecho, se está violando un deber.³⁹²

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 181.

³⁸⁷ Los deberes jurídicos generan razones para la acción apoyándose en la coacción y en la aceptación prioritariamente institucional. REDONDO, María Cristina, *El carácter práctico de los deberes jurídicos*, op.cit., p. 366.

³⁸⁸ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., p. 181.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 192

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 192.

³⁹¹ Así, en las explicaciones de Carrió en su nota preliminar a la traducción de la obra de Hohfeld “Conceptos jurídicos fundamentales”. HOHFELD, Welsley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, op. cit., p. 13 s.

³⁹² HOHFELD, Welsley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, op. cit., p. 49 s.

Dos aspectos son los que nos interesa destacar de lo expuesto: primero, que a diferencia de la teoría del derecho que ha hecho denodados esfuerzos por elaborar una noción única de deber jurídico, ese fenómeno no ha estado presente en la dogmática jurídica, particularmente en el derecho civil. En el derecho civil se advierte la profusa utilización de la expresión “deber jurídico”, pero no hay mayor interés en la construcción de una noción de deber jurídico unívoca para esta área del derecho,³⁹³ incluso más, es bastante usual que se tienda a identificar la noción de deber jurídico con la de obligación en sentido técnico, lo que puede deberse a que se trata de aquellos conceptos que el derecho civil considera como supuestos, posiblemente porque han sido aportados por la misma teoría del derecho;³⁹⁴ una segunda cuestión, y sin perjuicio de lo anterior, es que sea cual fuere el alcance que la civilística asigne a la noción de “deber jurídico”, hay algún consenso en torno a una idea básica: que se trata de una norma jurídica que impone un determinado comportamiento a un sujeto de derecho, cuya inobservancia acarrea una sanción.³⁹⁵ Sin embargo, debido precisamente a que la doctrina civil no se ocupa mayormente de los alcances de la noción general de deber jurídico, es que es posible identificar dos líneas: la primera es la de aquellos tratadistas que postulan una relación de género a especie, siendo el deber el género y la obligación la especie, de modo que el deber jurídico se encuentra constituido por la necesidad de realizar un determinado comportamiento impuesto por el ordenamiento jurídico, cuya inobservancia acarrea

³⁹³ Salvo escasas referencias a la existencia de deberes jurídicos específicos, y algunos muy discutibles, como el deber de no causar daño a otro o *alterum non laedere*.

³⁹⁴ Como comenta el mismo Carrió, la noción de deber, como otras, ha sido creada estipulativamente por los teóricos del derecho y aceptada tácitamente por los juristas; y previene, por lo demás, que cuando los juristas intentan incursionar en este tipo de expresiones, con la finalidad de definir las o describirlas, “estas excursiones por el campo de la Teoría General del Derecho no suelen ser muy afortunadas”. Carrió en HOHFELD, Welsley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, op. cit., p. 8 s.

³⁹⁵ Así, HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *En torno al concepto de la obligación*, En Discurso de Don Antonio Hernández Gil, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 1981. p.23, agrega que “Mientras en la dogmática civilista la configuración de la obligación como deber ha servido para centrar el concepto de la misma en torno a lo que acontece cuando todo discurre normalmente y termina en el cumplimiento llamado voluntario, sin llegar a la coacción, no sucede lo mismo conforme a la doctrina normativista procedente de la teoría pura. En ella no se aprecia una antítesis entre deber y coacción. Esta es considerada indispensable para la existencia del deber, que consiste en conducirse de manera que se evite la sanción. Luego la sanción no está exclusivamente en el resultado final, sino también en el *íter*, y aún antes de éste porque a expensas de ella, la coacción, hay un deber jurídico. El deber, en tanto que expresión del deber ser normativo, no requiere indispensablemente la coacción, como lo prueban las normas morales. Otra cosa es, en cambio, cuando según el positivismo normativista pasamos a los dominios del derecho. Más aún, la coacción no es un requisito inseparable de todas las expresiones de la normatividad, como de demuestra la existencia de normas sin sanción; pero sí lo es para que haya un deber jurídico.”

sanciones de diversa naturaleza.³⁹⁶ La otra línea es aquella de la que se infiere que se utilizan las nociones “deber jurídico” y “obligación”, indistintamente.³⁹⁷

En este trabajo, utilizamos la expresión deber jurídico con alcance más amplio que el de obligación en sentido estricto, en la línea que le confiere Hernández Gil.³⁹⁸ Esto es, nos situamos en la idea de cooperación en el campo de los deberes y, más específicamente,

³⁹⁶ En esa línea, ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Parte general*. op. cit., p. 297. Agrega que “no es certera la afirmación de que todo deber jurídico corresponda necesariamente a un derecho subjetivo”. VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 3 s. y 5. Añade que el concepto de deber jurídico es común tanto al derecho, como a la moral, pues en ambos ámbitos esta idea supone que el hombre pueda y deba ajustar su conducta a determinados preceptos. Más precisamente, el deber jurídico es una orden, un imperativo que el ordenamiento jurídico le impone a un sujeto y que éste debe acatar; la diferencia con el deber moral es que, por lo general, el primero puede imponerse eficazmente a través de medios coactivos del Estado, como la ejecución forzosa, resarcimiento de daños, penas, etc. Agrega que hay muchos deberes jurídicos que no entrañan obligación alguna, como aquellos que se imponen al ciudadano en el interés colectivo, como el de abstenerse de la realización de actos punibles, o los que se imponen al tenedor de un animal, o el del dueño de una empresa peligrosa de adoptar ciertas precauciones, sin perjuicio de lo cual, en caso de que no se cumplan esos deberes se produce un daño, surge la obligación de indemnizar, lo que implica la existencia de un crédito a favor del lesionado. O bien, el deber de abstenerse de toda intromisión en la propiedad y demás derechos reales de otras personas, respecto de lo cual tampoco podría predicarse la existencia de una verdadera obligación, pues no hay un acreedor determinado; de igual forma, considera que tampoco hay verdadera obligación, en el caso de algunos deberes entre los cónyuges, o entre padres e hijos, debido al fundamento moral en que ellos descansan, como asimismo, atendido su contenido y las consecuencias que derivan de tales deberes. Cabe precisar, que lo referido a la naturaleza de los deberes entre cónyuges, y entre padres e hijos, ha estado en continua discusión, especialmente debido a que los últimos años se ha abierto la posibilidad de demandar indemnizaciones de perjuicios por el daño que trae aparejado el incumplimiento de estos deberes, especialmente el daño moral. En lo que respecta a la infracción de deberes entre los cónyuges, a veces se ha postulado que el estatuto aplicable es el de la responsabilidad extracontractual, atendido que no se trataría de verdaderas obligaciones contractuales; y otras se ha sostenido que el estatuto aplicable es el de la responsabilidad contractual, atendido que se ha incumplido el contrato matrimonial. No entraremos en esta discusión, pues escapa de los límites de esta investigación.

³⁹⁷ Así, lo advierte De Los Mozos, que expresa que en un alcance amplio del concepto “obligación” se confunde con el de “deber jurídico”, y que en variadas oportunidades se denomina “obligación” a comportamientos debidos que tiene diverso origen, pero que no constituyen “verdaderas y propias obligaciones en sentido estricto: entre unas y otras podemos citar las denominadas obligaciones del usufructuario, las del propietario del predio sirviente, las que se desenvuelven entre padres e hijos, las obligaciones testamentarias, etc. DE LOS MOZOS, José, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988. p. 306. El profesor Peñailillo, con ocasión de los diversos sentidos que se le confiere a la expresión “obligación”, identifica los siguientes: las obligaciones que tiene cada individuo que vive en sociedad, y que son de la más diversa naturaleza –religiosas, morales, jurídicas, etc.-; la obligación en el ámbito jurídico general, que consiste en el acatamiento a las normas, con las consecuencias que se siguen en caso de desacato, y que coincidiría con el alcance de los teóricos del derecho; la obligación u obligaciones particulares que se producen cuando debido a una determinada posición o relación de derecho preestablecida, el ordenamiento jurídico impone ciertos comportamientos que hay que observar para con otras personas, como el caso de los funcionarios públicos, entre cónyuges, o entre padres e hijos; y la obligación en sentido técnico, destacando las particularidades de esta última. PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, op. cit., p. 75.

³⁹⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *En torno al concepto de la obligación*, op. cit., p. 29.

en sede contractual, para estudiar la naturaleza de la colaboración requerida por parte del acreedor. Para la determinación de la naturaleza de la colaboración del acreedor, en aquel grupo de casos que a juicio nuestro presenta tal carácter, el elemento inicial de análisis es que estamos en presencia de un deber jurídico, con aquel alcance originario que le asigna la teoría del derecho y que constituye supuesto para la civilística, esto es, se trata de un comportamiento impuesto por el ordenamiento jurídico, cuya inobservancia genera, la mayor parte de las veces, la aplicación de sanción.

5.2.1.2 La colaboración del acreedor en la relación jurídica obligacional.

Queda por despejar si la colaboración del acreedor es sólo una manifestación de los deberes generales de cuidado que rigen las relaciones interpersonales, o si, por el contrario, se erige en forma más precisa como un específico deber contractual. Esta cuestión es relevante, atendida las consecuencias que su infracción pudieren generar para las partes.

i. La primera opción supone asignar a la colaboración del acreedor el carácter de deber jurídico con un contenido cercano a la situación que se genera con los deberes de cuidado de la responsabilidad extracontractual, no formando parte estrictamente de una relación obligatoria contractual. Es decir, el caso en que se encontraría el acreedor contractual que tiene que colaborar, sería análogo al de una persona que debido a determinadas circunstancias en un momento dado, debe cumplir con cierto deber general de prudencia.³⁹⁹ De ser así, si hay infracción del deber de colaboración por parte del acreedor y ello causa daño, reuniéndose los demás requisitos de los ilícitos civiles, surgiría la obligación de indemnizar al deudor, en tanto víctima del ilícito civil cometido por el acreedor. En tal caso, brota de inmediato la pregunta por la naturaleza de esa responsabilidad, esto es, si debido a que acreedor y deudor se encuentran vinculados contractualmente, la responsabilidad es contractual, o si por tratarse de la inobservancia de un deber general de cuidado, la responsabilidad es extracontractual. Típicamente en un análisis como este nos enfrentaríamos, por añadidura, ante el problema de concurrencia de responsabilidades.

³⁹⁹ TAMAYO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá, Legis, 2007. p. 6.

En efecto, haciendo caso omiso de aquella antigua discusión en torno a si existe o no una prohibición general de no causar daño,^{400 401} lo que excede con creces los márgenes de este trabajo, hay un grado de acuerdo en orden a que la responsabilidad extracontractual nos sitúa en la esfera de los deberes generales de cuidado.⁴⁰²

Siguiendo esa lógica, pudiere pensarse que atendida la especial relación entre deudor y acreedor contractual, pesa sobre el acreedor un deber de cuidado de naturaleza acotada – pues sólo se tiene respecto de su deudor- y que estaría constituido precisamente por la necesidad de colaboración. Recordemos que adoptar esta solución y, por ende, esta naturaleza jurídica, nos genera un problema adicional, cual es la determinación del estatuto de responsabilidad civil, pues víctima y causante del daño se encuentran unidos por un vínculo contractual.

⁴⁰⁰ BUERES, Alberto, *Derecho de daños*. Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2001. p. 476 ss.

⁴⁰¹ ROSENKRANTZ, Carlos, *En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del Tratado de responsabilidad extracontractual de Enrique Barros Bourie*. Revista Estudios Públicos, Santiago, nº 112, primavera 2008. p. 288. En este mismo artículo Rosenkrantz expone en términos generales la importancia de definir si en el campo de la responsabilidad extracontractual hay un deber de no dañar a otros, que podría configurarse como una obligación de resultado; en tanto que reconocer la sola existencia de deberes de cuidado, nos situaríamos en el orden de las obligaciones de medio. Sobre este punto, los comentarios del profesor Peñailillo en nota a pié de página, PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, op. cit., p. 223.

⁴⁰² BARROS, Enrique, *La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de responsabilidad extracontractual*. Revista Estudios Públicos, Santiago, nº 112, primavera 2008. p. 326. En ese sentido, como ilustra el profesor Barros, la diferencia entre el contrato y los deberes generales de cuidado, radican en que en el primero existe un vínculo previo, lo que determina la existencia de obligaciones de primer grado, que si se incumplen genera la obligación de segundo grado propia de la responsabilidad civil en sentido estricto; por el contrario, no habría tal obligación de primer grado en el ámbito de los ilícitos civiles, sino que “en materia extracontractual la obligación reparatoria tiene por antecedente el incumplimiento de *un deber general de cuidado* que ha causado daño al acreedor (de conformidad con el estatuto general de responsabilidad por negligencia) o excepcionalmente, la mera causalidad entre el hecho del deudor y el daño (en la responsabilidad estricta)”. BARROS, Enrique, *Diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*. En Estudios de derecho civil II, op. cit., p. 729; por esas diferencias es que, agrega el profesor Barros, que “puede decirse metafóricamente que en el ámbito extracontractual al principio está el daño, mientras en la responsabilidad contractual el punto focal reside en el beneficio que una parte se obliga a proporcionar a la otra”. BARROS, Enrique, *El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad*, En Estudios de derecho civil IV, op. cit., p. 304. Lo anterior, agrega el autor, no es sino el reconocimiento de que hay algunos requerimientos que conllevan nuestra actuación en sociedad, y que suponen algunos estándares que se deben observar en las diversas situaciones en que se interactúa. Sin perjuicio de lo cual, aclara, es perfectamente posible que el universo de personas en relación a quienes se tienen estos deberes de cuidado sea más o menos acotado, citando a modo de ejemplo, el caso de los deberes de vecindad entre quienes son vecinos. BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 78 y 95.

Y es que, como se sabe, la temática de la concurrencia de responsabilidades tiene *ab initio* una dificultad, cual es la determinación del problema.⁴⁰³ Sin perjuicio de ello, aunque nuestro propósito no es defender alguna de las doctrinas que sobre la problemática existen, en relación a los daños que pudieren surgir de no colaborar el acreedor - en caso que a esa necesidad de cooperar se le asigne la naturaleza de constituir una expresión de los deberes de cuidado-, tendríamos, en principio, dos posibles respuestas ante esta interrogante: una, concluir que dicha colaboración no tiene un carácter contractual, de modo que a la posterior causación de daños por parte del acreedor que no colabora, se le debiese aplicar el estatuto de la responsabilidad aquiliana; la otra, reconocer que la colaboración constituye un deber, pero que como entre aquellas partes que inciden en él hay un vínculo contractual, si en caso de inobservancia se produjeran daños al deudor, el estatuto aplicable es el de la responsabilidad contractual.

ii. La otra posibilidad, es calificar técnicamente a la colaboración del acreedor como un deber que se encuentra inserto en la relación contractual obligatoria y, más específicamente, que tiene la naturaleza de un deber secundario de conducta, como intentamos probar. En nuestra opinión, calificar al deber de colaboración del acreedor como una expresión de los denominados deberes de cuidado, es estrecha y técnicamente errónea.

⁴⁰³ Con la sola finalidad de ilustrar la cuestión, y de acuerdo a la lúcida presentación que hace de él María Teresa Alonso, es posible distinguir diversos alcances del mismo. Así, una posibilidad es adoptar una concepción amplia en cualquiera de sus dos variantes: la primera, determinar si ante la infracción del contrato sólo es posible invocar la responsabilidad contractual, o si también puede influir la extracontractual, lo que se traduce en resolver si la responsabilidad extracontractual es aplicable sólo entre personas que no se encuentran vinculadas contractualmente; la otra variante, supone reconocer que una violación al contrato configura a la vez un ilícito civil. Otra posibilidad es adoptar una concepción restrictiva del problema, que también admite dos direcciones: una, que considera que se genera el problema de la concurrencia si haciendo abstracción hipotética del contrato, la violación del mismo configuraría igualmente un ilícito civil; y la otra, que lo configura atendida la naturaleza del bien jurídico que se menoscaba, como en aquellos contratos en que el incumplimiento contractual agrede un derecho de la personalidad o los bienes de la contraparte. ALONSO, María, *El problema de la concurrencia de responsabilidades*. Santiago, Lexis Nexis, 2006. p.26 ss. Concluye la autora, que el denominado problema de concurrencia de responsabilidades no es más que una cuestión de calificación jurídica, toda vez que este se presenta cuando estamos en presencia de lo que se conoce como zonas fronterizas o grises, que es donde se daría una posible superposición de regímenes de responsabilidad, lo que se soluciona calificando correctamente la naturaleza del deber que se ha infringido, de manera tal que si lo que se infringe forma parte del contenido del contrato, el estatuto aplicable de responsabilidad civil es el contractual. En la misma línea, Cfr. BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 1058.

Dos son los ejes de reflexión, para negar que la colaboración del acreedor es una específica expresión de los deberes de cuidado: el primero, la determinación de si dicho deber subsiste en caso de que se realice un ejercicio de abstracción mental del contrato; y el segundo, refiere a la amplitud de la relación jurídico contractual.

En lo que toca al primer eje de reflexión, resulta fundamental llevar a cabo el ejercicio mental de suprimir el contrato a fin de comprobar si, a pesar de la supresión, subsiste un deber de colaboración al cumplimiento de una obligación emanada de un contrato, entre acreedor y deudor. Para que la figura tenga mayor claridad, podemos hacer un nuevo ejercicio mental: y es que esta supresión hipotética del contrato llevaría a una situación similar a aquel caso en que quien tuviera que cooperar no fuera el acreedor contractual, sino un tercero ajeno a la convención, sobre quien pesa el deber de colaboración con una persona que se encuentra vinculada contractualmente con otra, a fin de que éste último cumpla alguna obligación para con el primero – excluimos los casos en que el tercero debiera cooperar en el cumplimiento obligacional de otro, debido a que, a su turno, ha celebrado un contrato que lo obligue a ello.⁴⁰⁴

Si, a mayor abundamiento, resaltamos que nos referimos a los concretos casos de colaboración que hemos explicado en este capítulo, la situación resulta francamente absurda. Así, de no haber hipotéticamente un contrato, ¿se justifica jurídicamente que subsista el deber de cooperación en el cumplimiento que ha de realizar el deudor? Si no hubiere un contrato, ¿una persona cualquiera tiene que necesariamente recibir un pago que le realiza otra persona, en circunstancias que no hay obligación contractual que cumplir?⁴⁰⁵, ¿Sin un contrato, es necesario que un sujeto de derecho deba proporcionar a otro los medios necesarios para que este último cumpla una prestación de hacer, como la ejecución de una obra? De estos ejemplos se puede advertir que la colaboración al cumplimiento de una obligación concreta, sólo se subentiende al interior de un contrato, y

⁴⁰⁴ Así, excluimos del análisis un caso en que un acreedor contractual celebra un contrato de mandato con un tercero, para que el mandatario reciba el pago que el deudor contractual le debe realizar. En este caso, estamos ante un tercero respecto del contrato celebrado entre deudor y acreedor, pero en su calidad de mandatario del acreedor, que está obligado a recibir el pago, como lo reconoce expresamente el artículo 1576 del código. O bien, si se ha celebrado un contrato de ejecución de obra material, en que el mandante debe permitir que el artífice ingrese al lugar en que la obra se deba llevar a cabo, y ese ingreso tenga que ser permitido a través de un trabajador del mandante; similar situación si en el mismo contrato, el mandante debe proporcionar las especificaciones técnicas y para ello se recurre a un trabajador del mandante.

⁴⁰⁵ Dejamos de lado el vasto campo del pago de lo no debido, pues en estos casos precisamente éste se configura porque el que recibe el pago no debía hacerlo, de ahí la calificación del cuasicontrato que da lugar a la obligación cuasicontractual de restituir dicho pago.

es por eso, también, que si fuera un tercero quien debiera cooperar con un deudor contractual para que cumpla, ello se podría justificar en la medida que, a la vez, exista un contrato entre el deudor y este tercero, como el mandato - sin perjuicio de la posible configuración de una agencia oficiosa-. Entonces, resulta innecesario preguntarse por el estatuto de responsabilidad aplicable en caso de perjuicios al deudor ante la inobservancia de la necesidad de colaborar, pues no se presentaría un problema de concurrencia de responsabilidades, ya que la no configuración de un ilícito civil ante la supresión mental del contrato, no nos sitúa en el problema de la posible aplicación del estatuto de la responsabilidad extracontractual.

Siendo así, queda claro que la colaboración que tiene que prestar el acreedor al deudor para que este cumpla con sus prestaciones, se ubica necesariamente al interior del contrato, con lo cual, por mucho que pudiere aventurarse algún grado de similitud con los deberes de cuidado propios de la responsabilidad extracontractual – con lo que no concordamos, según dejaremos asentado a continuación- pierde fuerza cualquier teoría que intente sustentar que, a pesar que el deber de colaborar forma parte del contenido contractual, le pudiere ser aplicable la reglamentación de la responsabilidad civil extracontractual.

Si nos situamos, sobre todo, en aquellas teorías que exponen el problema de la concurrencia en términos restrictivos, resulta que ninguna de ellas permitiría la aplicación del estatuto extracontractual, ni aún en el caso que dentro de estas posturas se abogue por la posibilidad de libre elección del régimen de responsabilidad civil aplicable por parte de la víctima de los perjuicios. Así, en caso de aquella posición que pretende explicar la concurrencia como un caso en que, mediante la supresión mental del contrato, igualmente la infracción contractual sea a la vez configurativa de un ilícito civil,⁴⁰⁶ lo que podría dar pie para la aplicación de la normativa sobre ilícitos civiles, ésta resulta inaplicable en la especie, ya que si se lleva a cabo esta supresión hipotética del contrato, como decíamos, no se configuraría un ilícito civil, pues la colaboración que debe prestar el acreedor al cumplimiento del deudor no se entiende sino al interior del contrato, por lo que la ausencia

⁴⁰⁶ BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 1057. Ya que habría concurso de responsabilidades cuando un hecho constitutivo de un incumplimiento de contrato es también un ilícito extracontractual, porque prescindiendo del contrato “el hecho constituye una infracción a los deberes de generales de cuidado”.

de colaboración no configura un delito o cuasidelito civil, pues no corresponde a una manifestación de los típicos deberes de cuidado de la responsabilidad extracontractual.⁴⁰⁷

Sin embargo, aún podría ser discutible una posible aplicación del estatuto de la responsabilidad extracontractual, especialmente para los casos de colaboración del acreedor que no se encuentren establecidos por cláusulas expresas en el contrato, y más específicamente, en el grupo que hemos denominado “complejos”, en los que la colaboración se puede manifestar de las más diversas formas durante el desarrollo de la convención, atendida la naturaleza de la o las prestaciones principales o primordiales que debe cumplir el deudor. Sobre ello, recuerda el profesor Barros que “es usual que la convención entre las partes se concentre en lo esencial, dejando que el derecho dispositivo complete con los elementos de la naturaleza que emanan de la ley o de la naturaleza de la convención (artículos 1444, 1546 y 1563 I). Es lo que generalmente ocurre en un contrato médico o de transporte. Entonces, surge la pregunta de si en tales circunstancias debe también entenderse que las partes han querido someter su relación a un estatuto contractual *excluyente* de la opción por la responsabilidad extracontractual. En la lectura de esta *voluntad implícita* difiere sustantivamente la doctrina jurídica comparada.”⁴⁰⁸ En tal caso, agrega, se han dado dos opiniones, la primera que la voluntad implícita de las partes es que sea aplicable el estatuto de la responsabilidad contractual; y la segunda, que si las partes no han incorporado expresamente aquellas cláusulas ha sido justamente porque lo que pretenden es extraer esos deberes de los márgenes del contrato, razón por la cual se les debería permitir elegir por el estatuto aplicable.⁴⁰⁹

No obstante, esta línea de análisis tampoco parece adecuada para el caso de las manifestaciones de colaboración del acreedor que no aparecen en el contrato, derivadas de la naturaleza de las prestaciones primordiales o principales que debe ejecutar el deudor; y ello, atendida justamente la naturaleza que tiene esa colaboración, la que no es susceptible de ser calificada como una especial expresión de los deberes de cuidado. En ese sentido, a pesar de que la doctrina ha destacado que es común que se superpongan situaciones en que la misma conducta pueda ser tipificada como obligación contractual y,

⁴⁰⁷ Evidentemente que como circunscribimos el análisis a los casos en que, en opinión nuestra, efectivamente se requiere de la colaboración del acreedor, no consideramos aquel amplísimo conjunto de situaciones que se pudieren dar entre personas vinculadas contractualmente, en que durante el desenvolvimiento de la relación contractual, se causen daños a los bienes o a la persona del cocontratante, como si un acreedor contractual destruye dolosamente las obras iniciadas por el deudor en cumplimiento de un contrato de confección de obra material.

⁴⁰⁸ BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 1059.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 1059.

a la vez, como deber general de cuidado, lo que implica que no habría mayores diferencias entre algunas obligaciones contractuales y los deberes generales de cuidado, salvo que cuando se trata de una obligación contractual, la conducta se encuentra mejor precisada,⁴¹⁰ no se predicaría en estos casos de colaboración del acreedor. Ello, pues los comportamientos que constituyen colaboración del acreedor tienen un alcance mucho más preciso que la sola cautela de ciertos bienes jurídicos de las partes, como la integridad personal o patrimonial – como podría considerarse un deber de seguridad, por ejemplo-. Aquí, por el contrario, se trata de determinados comportamientos de acción u omisión que tiene que desplegar el acreedor, y que cumplen un rol específico y concreto: permitir que, a su vez, este deudor pueda cumplir.

Dicho de otra forma, es claro que la razón de ser de la colaboración del acreedor, es la de posibilitar la obtención de la o las prestaciones primordiales o principales que debe llevar a cabo el deudor, razón por la cual esta colaboración se configura como uno o más comportamientos precisos – poner a disposición los terrenos en que se llevará a cabo la obra; entregar las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución de las obras; poner a disposición de la deudora las maquinarias que deban ser reparados por ésta, etc.- que bien pudieren ser definidos a priori si se señaló explícitamente en el negocio, o bien, y como ocurre usualmente en la práctica, que tal definición no se lleve a cabo a través de cláusulas contractuales expresas. Esto es lo que justifica que forme parte como deber funcional o secundario de conducta dentro de la relación jurídica contractual y, por ende, que atienda a los intereses contractuales de los contratantes, como veremos más adelante.⁴¹¹ Ello es muy distinto de lo que ocurre si no se despliega el cuidado debido, y como consecuencia se vulnera algún bien jurídico de la contraparte, como su integridad física o sus bienes, pues estos casos son de naturaleza más amplia y, además, eventuales.

iii. Por similares razones a las señaladas en los párrafos anteriores, es que en nuestro segundo eje de reflexión dice relación con el alcance que se adopta de la relación jurídico-contractual.

⁴¹⁰ BARROS, Enrique, *Criterios de atribución de riesgos en materia contractual un contrapunto con la responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 145.

⁴¹¹ MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*, En derecho de daños, op. cit., p. 201.

Como se sabe, se suele distinguir entre obligación en sentido estricto y obligación en sentido amplio. Se habla de obligación en sentido estricto, para referirse a “la relación que media entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, el acreedor, puede exigir de la otra, el deudor, determinada prestación garantizada por todo el patrimonio de esta persona obligada”.⁴¹² De otra parte, la referencia a la obligación en sentido amplio, o más propiamente, a la relación obligatoria, supone una relación de naturaleza más compleja, que no se agota sólo con el deber de ejecutar la prestación, sino que es un “cauce o un instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social y, más concretamente, para que puedan intercambiar bienes y servicios. Por ello, puede definirse diciendo que es: la relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes y servicios a través de la cooperación de otra, o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación”.⁴¹³ Es en esta línea que nos situamos, toda vez que, como ya hemos señalado, ubicamos a la colaboración del acreedor en los deberes jurídicos, pero no como una obligación en sentido restringido.

A pesar de que el tratamiento de los efectos que puede traer aparejado para las partes del contrato la inobservancia de la colaboración del acreedor, serán analizados en el capítulo que sigue, anticiparemos algunas ideas generales para argumentar que la colaboración del acreedor es un deber jurídico que se sitúa al interior de la relación jurídica obligacional a que da lugar el contrato, que tiene un carácter autónomo y, por ende, diferenciado de las demás obligaciones que emanan de la relación convencional, pero que

⁴¹² PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil. Derecho general de las obligaciones*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 24. Bonnecase la define en este sentido como “una relación de derecho en virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observarse. BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones, de los contratos y del crédito*. Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945. p. 7. Colin y Capitant, definen obligación como “una necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta respecto de la otra a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir, a un hecho o una abstención. COLIN, Ambrosio, CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 5. Como dice Von Thur, se entiende, finalmente, por obligación en sentido estricto, un solo crédito. VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 2. LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit. p. 19 s.

⁴¹³ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, Tecnos, 2005, p. 119. LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 20 s. MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, op. cit. p. 7 s.

cumple un rol o papel instrumental, en función de esas mismas obligaciones primordiales del contrato.

Una observación preliminar: si se sustenta que la colaboración del acreedor aunque es un deber situado al interior del contrato, no forma parte de la relación jurídica obligacional a que da lugar el contrato, ello implicaría de inmediato negarle los efectos propios de todo deber que forma parte de ella, y que son, en primer término, la legítima expectativa que se cumpla; y en segundo lugar, que ante su inobservancia la contraparte pueda contar con el elenco completo de acciones o remedios contractuales. Es decir, de una parte habría obligaciones que permitirían al contratante valerse de la totalidad de los efectos que trae aparejada una relación obligacional; y de otra parte, habría deberes - o un deber, al menos -, que ante su inobservancia se podría, a lo más, demandar indemnización de perjuicios, pero sin contar con la totalidad de acciones que se le reconocen al acreedor en caso de incumplimiento contractual,⁴¹⁴ lo que no tiene justificación alguna.

En seguida, tal como se expuso en el primer acápite de este trabajo, la doctrina extranjera ha adoptado ya desde hace tiempo, la estructura contractual que permite distinguir entre obligaciones principales y deberes secundarios o accesorios de conducta, atendida la amplitud con que hoy se configura la relación obligatoria, particularmente la de naturaleza contractual. En esa línea, que es en que se ubica nuestro estudio, se hace necesario reconocer que la relación obligacional es de naturaleza compleja.⁴¹⁵

⁴¹⁴ Agregado a lo cual, habiendo ya probado que la colaboración del acreedor sólo se sitúa al interior del contrato, y no es comparable con los deberes de cuidado de carácter extracontractual, tampoco sería comprensible que se aplicara a su infracción el estatuto de la responsabilidad contractual, que es el mismo que se aplicaría para reparar los daños derivados de cualquier otra obligación derivada del contrato, y no le sean aplicables los demás efectos de las obligaciones que derivan del mismo contrato.

⁴¹⁵ Como comenta Medicus, es posible hablar de relación obligacional en sentido amplio y en sentido estricto; en sentido amplio, la relación obligatoria se integra “con todo un paquete de pretensiones o de obligaciones”, y adiciona “se manifiesta la relación obligacional en sentido amplio como un conjunto, producto compuesto por una multiplicidad de pretensiones u obligaciones (relaciones obligacionales en sentido estricto). Se ha designado por eso como “ensambladura”, como “organismo” o también como “proceso”. Con ello los dos nombres últimamente referidos al margen de la complejidad, deben significar todavía otra peculiaridad de la relación obligacional en sentido amplio: no persiste continuamente estática en el mismo estado, sino que puede cambiar variadamente en el curso del tiempo: la imagen del expresado “*organismus*” nace, puede crecer, envejecer y finalmente morir. MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, op. cit., p. 8. Recordemos, además, la postura de Díez Picazo expuesta en el acápite anterior, sobre la conformación de la relación jurídica obligatoria que según él es “la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económica o social en torno a un interés protegido por el ordenamiento jurídico”, que debido a su naturaleza orgánica, la explica como “un pedazo de o corte de vida social, que aparece perfectamente organizado dentro del ordenamiento jurídico por un especial principio jurídico y por una especial función económica o social, que está

De ahí, que el contrato se ha “ensanchado” en su contenido, a través de la incardinación de deberes secundarios de conducta, de obligaciones accesorias que se manifiestan durante todo el íter contractual, de garantías, y de cargas; que deben analizarse desde una perspectiva sistémica del contrato, influenciada por el análisis económico del derecho y la teoría de los juegos.⁴¹⁶ Así, se distingue entre las que denomina “obligaciones nucleares”, esto es aquellas vinculadas directamente al cumplimiento del objeto, de los deberes secundarios de conducta del deudor, de información, custodia, colaboración, que nacen con finalidad de ensanchar el plexo obligacional; de las garantías de evicción, vicios de seguridad y funcionalidad, que ha significado una prolongación de la expectativa de cumplimiento, y cargas.⁴¹⁷

La amplitud que alcanza la relación obligatoria,⁴¹⁸ acorde a las necesidades del tráfico, supone, en forma consecencial, el reconocimiento de que en ella no sólo se identifican la o las prestaciones principales, propio de la concepción más clásica de la noción de obligación, sino que en su seno hay una serie de deberes accesorios, por ello es que especialmente en el caso de la relación obligacional contractual, resulta muy adecuada la diferenciación entre obligaciones primordiales y deberes funcionales de conducta.

El derecho extranjero ha ido adoptando esta mayor amplitud con que se configuran las relaciones obligacionales, aunque evidentemente ello se ve mayormente reflejado en los códigos más modernos, fenómeno que también se aprecia en el derecho uniforme.

El BGB, especialmente después de la reforma al derecho de obligaciones introducida el año 2001, permite de forma clara adoptar esta noción amplia de la relación obligacional, como se denota del § 241 II, transcrito en el acápite anterior. Antes de la reforma, sólo se

llamado a realizar”. Por eso es que la concibe como dos posiciones jurídicas, la de la parte acreedora y la de la deudora; en que en la acreedora no sólo confluyen facultades, sino también deberes y cargas; en tanto que en la posición de la deudora se sitúan no sólo el o los deberes principales, sino también una serie de deberes accesorios, además de ciertas facultades, como la de liberarse de la deuda, como la de enervar toda pretensión extralimitada de la contraparte. DÍEZ-PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*, op.cit., p.350 y 361 s. En la misma línea, más recientemente Morales Moreno: “La relación obligatoria es, primariamente, un vínculo jurídico que impone deberes de conducta (deuda): el deber de prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa, art. 1088 CC) y, junto a él, otros deberes accesorios”. MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones*, op. cit. 19.

⁴¹⁶ LORENZETTI, Ricardo, *Esquema de una teoría sistémica del contrato, Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Lima- Bogotá, Palestra/Editorial Temis, 2000. p. 15 ss.

⁴¹⁷ LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*. Parte general, op. cit., p. 391 ss.

⁴¹⁸ Será la obligación en la que se deban diferentes prestaciones en virtud de un círculo obligatorio único, existiendo un nexo o ligamen entre todas ellas, ligamen de carácter funcional. TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil II*, op. cit., p. 21.

aludía a que el acreedor podía solicitar a su deudor lo que estaba contenido en la prestación, aunque en todo caso, ya involucraba deberes principales y accesorios; con la reforma se produjo un verdadero cambio de paradigma, en tanto el segundo párrafo incorpora a la relación obligatoria, considerada en sentido amplio, que cada parte debe tener en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra, con lo que entraron deberes que no forman parte de la prestación.⁴¹⁹ Por ello es que se dice que el BGB incorpora por primera vez, y en forma expresa, una obligación general abstracta, en que las partes deben mutuamente respetar los derechos e intereses de la otra parte, lo que dependerá en cada caso del contenido de la relación de obligación. Esta nueva sección valida la previa y bien establecida práctica de los tribunales de considerar que al interior del contrato existe una obligación que implica protección. Así, antes la buena fe fundaba esta práctica de los tribunales, ahora se le ha dado mejor forma, pero, se agrega, que probablemente la aplicación práctica será la misma.⁴²⁰ Por lo demás, se reconoce la existencia de numerosas obligaciones secundarias, todas las cuales tienen como común denominador que se relacionan con el desempeño de las principales obligaciones adeudadas por las partes. Las partes tienen bajo una obligación, la de ayudar a los demás con respecto a la ejecución del contrato. Cada una de las obligaciones pueden surgir donde es necesario asegurar la efectividad de la ejecución. Nuevamente, el alcance exacto de esta obligación sólo puede determinarse observando cada caso en forma individual.⁴²¹

De forma meramente referencial, es además posible advertir que en otros códigos más recientes se visualiza esta concepción más amplia del contenido de la relación

⁴¹⁹ EBERS, Martin, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002*, op. cit., p. 1589 s.

⁴²⁰ MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JONHSTON, Angus, *The german law of contract. A comparative treatise*, op. cit., p. 128.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 128.

obligatoria, a partir de una serie de normas, como en el código portugués de 1967;⁴²² de Bolivia de 1975;⁴²³ de Perú de 1984;⁴²⁴ de Paraguay de 1985;⁴²⁵ y Québec de 1994.⁴²⁶

Algo similar se percibe en las propuestas de modificaciones de derecho de obligaciones que están en actual discusión en el derecho continental europeo, como la Propuesta de reforma al código civil español, cuestión que se constata muy especialmente en el artículo 1188 de la Propuesta.⁴²⁷ Sobre esta norma, Fenoy apunta que según la norma en estudio, hay incumplimiento no sólo si lo que no se ejecuta son obligaciones contractuales o deberes de prestación, cuanto si no se logra el resultado fáctico de la existencia o inexistencia de ciertos estados de realidad incorporados al contrato y/o garantizados por el deudor al acreedor,⁴²⁸ por lo que hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente.⁴²⁹

A su turno, no cabe duda que esta noción amplia de la relación obligacional es la que aparece mayormente recogida en los instrumentos regulatorios del derecho uniforme. Como antecedente, el Contract Code, permite incorporar al contrato una amplia gama de estipulaciones.⁴³⁰ La CISG, por su parte, si bien regula un contrato en particular, la inclusión

⁴²² Que en su artículo 398, referido al contenido de la prestación, dispone que la prestación no necesariamente debe tener un contenido patrimonial, sino que basta que corresponda a un interés del acreedor digno de protección jurídica; y en forma mucho más concreta, el artículo 573 que regula la obligación de proporcionar información, y presentar documentos u otros objetos

⁴²³ Que, en general, contempla la patrimonialidad de la prestación, sin perjuicio que ha de corresponder a un interés del acreedor, aunque no sea de carácter patrimonial, artículo 292.

⁴²⁴ Así, el artículo 1354 establece que las partes determinan libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. A su turno, el artículo 1362 dispone que los contratos deben celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁴²⁵ El artículo 418 establece que la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aun cuando no sea patrimonial del acreedor.

⁴²⁶ Así, artículos 1375, referido al deber de las partes de comportarse de buena fe, tanto al momento en que nace la obligación, durante su ejecución o extinción; y 1434 que dispone que el contrato válidamente celebrado, obliga a las partes no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a lo que le pertenece de acuerdo a su naturaleza, a los usos, a la equidad o a la ley.

⁴²⁷ En el artículo 1088, inciso segundo propuesto, se establece que la prestación aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor. Pero muy especialmente se advierte en el artículo 1188: "Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten". MINISTERIO DE JUSTICIA, Boletín de información año LXIII, op. cit., p. 32.

⁴²⁸ FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*, op. cit., p. 70.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 72

⁴³⁰ 101 "Tipos de previsiones. 1) El contrato puede contener una o más de las siguientes obligaciones: a) promesas de la conducta futura de las partes contratantes, b) pactos sobre eventos futuros fuera del control de las partes contratantes, c) declaraciones de eventos presentes o saldos, de hecho o de Derecho, d) obligaciones impuestas por la ley o pro la costumbre, e) y puede contener previsiones que suspendan, resuelvan o afecten otra manera a la ejecución del contrato. 2) Cada una de las

de la no conformidad de la mercancía como presupuesto básico del surgimiento de la garantía legal del vendedor; y la obligación del comprador de examinarla tras la entrega, constituye un argumento relevante para sustentar esta tendencia al reconocimiento del amplio alcance de la relación obligatoria,⁴³¹ como asimismo, la doctrina a que ha dado lugar toda la temática del incumplimiento y los remedios en la Convención,⁴³² según se aprecia, por ejemplo, en el desarrollo del incumplimiento esencial en este contrato, pues se sustenta que cualquier incumplimiento puede dar lugar a un incumplimiento de este tipo, en la medida que la parte tenga interés en su ejecución.⁴³³

En el caso de los Principios UNIDROIT, esta mayor amplitud que se reconoce de la relación obligatoria es más patente aún, no sólo por la notable jerarquía que adquiere la buena fe, como se manifiesta en el artículo 1.7 que lo califica, además de deber,⁴³⁴ y a lo dispuesto a propósito de los usos y prácticas en el artículo 1.9; o en materia de interpretación del contrato, sino que también se percibe en el reconocimiento de deberes precisos que forman parte de la relación obligatoria, como el deber de confidencialidad contenido en el artículo 2.1.16;⁴³⁵ o el de cooperación, que ya mencionamos; sino porque más rotundamente se percibe esta noción en lo dispuesto en el artículo 5.1.1 sobre obligaciones expresas e implícitas, y 5.1.2 que desarrolla las últimas.⁴³⁶ No obstante, sobre

partes de un contrato está obligada a cumplir las previsiones impuestas por el contrato". MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, op.cit., p. 57.

⁴³¹ DE LA IGLESIA, María Isabel, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías. Conexiones con la obligación de saneamiento, y, con el deber legal de garantía tanto en nuestro ordenamiento como en los sistemas de nuestro entorno (Especial referencia al incumplimiento, a sus consecuencias, y, a sus remedios*. Madrid, Centro de estudios registrales, 2001. p. 54 ss y 244. GUARDIOLA, Enrique, *La compraventa internacional*. Barcelona, Bosch, 2001. p. 74 ss. MORALES, Antonio, *Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros*. En DIEZ PICAZO, Luis, *La compraventa internacional de mercaderías*. Navarra, Thomson Civitas, 2006, p. 290 ss.

⁴³² VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional*, op. cit., p. 450 s.

⁴³³ GOÑI, Natividad, *El incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa internacional de mercaderías*. En cuestiones actuales de derecho mercantil internacional. Madrid, Editorial Colex, 2005. p. 634 ss.

⁴³⁴ "Artículo 1.7 *Buena fe y lealtad negocial*. (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber."

⁴³⁵ "artículo 2.1.16 *Deber de confidencialidad*. Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte".

⁴³⁶ "Artículo 5.1.1 *Obligaciones expresas e implícitas*. Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas e implícitas". "Artículo 5.1.2 *Obligaciones implícitas*. Las obligaciones implícitas pueden derivarse de (a) la naturaleza y finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las

la terminología que utilizan las dos disposiciones, que en la traducción al español refieren a la expresión “obligación”, hay doctrina que precisamente por la mayor amplitud que tiene la relación obligatoria, en tanto la obligación constituye un fenómeno mucho más amplio pues de ella pueden derivar varios deberes jurídicos, es que, como señalábamos en el capítulo anterior, se ha propuesto por algunos traducir el término en inglés *obligation*, por deber (*duty*), sugiriéndose una enmienda formal en este sentido.⁴³⁷

En los PECL, ello también queda de manifiesto tanto en el artículo 1:106, sobre interpretación e integración del contrato; en el artículo 1:201 sobre buena fe contractual; artículo 1: 202 referido al deber de colaboración, que veremos en el punto siguiente; y 6:101, sobre declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales; 6: 102, sobre términos implícitos.⁴³⁸

Algo similar en los “Acquis principles”, como se aprecia en el Capítulo 7, Sección 1, sobre “Deberes generales”, artículos 7:101, 7:102 y 7:103, entre otros.

partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.” En los comentarios, a propósito de esta última norma, se señala como ejemplo, el caso de un contrato de arriendo de una red de computadores, en que el arrendador procede a instalarla, aunque el contrato nada exprese, se entiende que el arrendador, proveedor de bienes sofisticados, debe además proporcionar al arrendatario la información adecuada para que se cumpla la finalidad del contrato. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma, Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), op. cit., p. 135. CAMARA, Sergio (coordinador). *Derecho privado europeo*, op.cit, p. 440; Díez-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 271 ss.

⁴³⁷ *COMENTARIOS a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*. David Morán Bovio (Coordinador), op. cit., p. 255 s.

⁴³⁸ “Artículo 6:101: Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales. (1) Una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta: (a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte. (b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios. (c) Y la experiencia profesional de cada una de las partes. (2) Si una de las partes es un proveedor profesional e informa sobre la calidad o el uso de servicios, mercancías u otros bienes, ya sea al introducirlos en el mercado, ya sea al hacer publicidad de los mismos o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato, lo que declare al respecto será considerado fuente de una obligación contractual, a menos que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto. (3) Informaciones como las mencionadas u otros compromisos formulados por un representante, por una persona que hace publicidad de los servicios, mercancías u otros bienes del proveedor profesional o por una persona que se ocupa de los primeros contactos para llevar a cabo el negocio, serán consideradas fuente de obligaciones contractuales a cargo del proveedor profesional, a no ser que éste ignorara o no tuviera motivos para conocer la información o el compromiso adquirido”. “Artículo 6:102: Términos implícitos. Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) La intención de las partes. b) La naturaleza y el objeto del contrato.c) Y la buena fe. LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. Trabajos de la Comisión de derecho contractual europeo*, op. cit., p. 433 ss.

El Anteproyecto de código de Pavía o Código europeo de contratos sigue esa línea, por ejemplo, estableciendo expresamente deberes accesorios en la etapa de formación del contrato, como el de corrección, del artículo 6; el de información, consagrado en el artículo 7; el de reserva del artículo 8; a más del artículo 75, referido al cumplimiento del contrato, especialmente en el numeral 1;⁴³⁹ y artículo 89 sobre incumplimiento, que analizaremos más adelante.^{440 441}

En nuestro país, si bien no tenemos disposiciones semejantes, ya hemos dado cuenta en el capítulo precedente, que atendida la amplitud de las disposiciones contenidas en el código de Bello, es perfectamente posible admitir la estructura de contrato que distingue entre obligaciones primordiales y funcionales, entre las cuales se encuentra el deber de colaboración del acreedor, lo que se logra apelando a diversas normas, según daremos cuenta a continuación.

Por consiguiente, atendido este ensanchamiento de la relación obligacional, especialmente la de naturaleza contractual, es que la colaboración del acreedor tiene un carácter obligacional, en tanto deber accesorio o funcional, por lo que su inobservancia genera los efectos propios de todo incumplimiento contractual, como señala la doctrina contemporánea,⁴⁴² y sobre todo, en atención a la noción de incumplimiento contractual que se adopta en esta investigación, según se pasará a desarrollar. Es decir, aunque estamos

⁴³⁹ “Artículo 75 *Modalidades de cumplimiento*. 1. Cada una de las partes está obligada a cumplir, exacta e íntegramente, todas las obligaciones nacidas del contrato que le incumban, sin que sea necesario, a tal efecto, un requerimiento por parte de quien tenga derecho a ellas. En la ejecución de las prestaciones debidas, el deudor debe actuar conforme a lo convenido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigida en cada caso específico de acuerdo con lo pactado, con las circunstancias y con las prácticas habituales.” ROGEL, Carlos (coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa*, op. cit., p. 60.

⁴⁴⁰ DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, op. cit., p. 199,

⁴⁴¹Coherente con ello, el MCR establece en el Libro III, artículo 1:102: “Definitions:(1) An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor. (2) Performance of an obligation is the doing by the debtor of what is to be done under the obligation or the not doing by the debtor of what is not to be done. (3) Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation.” *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition. Munich, Sellier European Law Publishers, 2009. p. 229.

⁴⁴² MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 85; MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones*, op. cit., p. 30; FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*, op. cit., p. 69. Con matices, DÍEZ-PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*, op.cit., p. 364.

situados en el amplio campo de los deberes jurídicos, no es de aquellos homologables a los deberes de cuidado, sino que, ubicándose dentro de la relación obligacional contractual, tiene un contorno preciso, que se explica por la finalidad que persigue, cual es coadyuvar o permitir que el deudor cumpla con su o sus prestaciones primordiales o principales, De ahí que, dependiendo de cada contrato y, por ende, de la naturaleza de las prestaciones principales que surgen para las partes contratantes, la colaboración del acreedor se estructura como un comportamiento específico que debe llevar a cabo el acreedor, ya sea por acción o por omisión.

Ahora bien, es obvio que en el aquel grupo de casos en que la colaboración se ha incluido explícitamente por las partes en la convención, es mucho más sencillo delimitar el contenido de la colaboración del acreedor y, por tanto, evaluar la configuración de un posible incumplimiento de ella, a fin de poner en movimiento el sistema de acciones o remedios; en primer término, porque, en principio, el comportamiento en que ha de consistir la colaboración del acreedor está definido a priori; y además, porque debido a la inclusión en una o más cláusulas del contrato, facilita otorgarle un grado de autonomía respecto de las demás prestaciones y deberes entre las partes, lo que simplifica a los operadores jurídicos interpretar la voluntad de éstas, a fin de conferirle efectos obligacionales.

Pero, lo anterior no significa que en los casos en que la colaboración del acreedor no conste en forma expresa en el contrato, pierda su carácter de deber que forma parte de la compleja relación obligatoria del contrato, de manera tal que, atendida la naturaleza del mismo, será perfectamente posible mediante la construcción de la regla contractual, determinar el contenido y alcance que adopte la colaboración en cada caso, a fin de evaluar posibles incumplimientos, y sin perjuicio de los casos en que la colaboración se manifieste en la recepción de pago que ofrezca el deudor, cuando ella sea necesaria.

5.2.1.3 Los intereses de acreedor y deudor, en los casos de colaboración del acreedor.

Un aspecto relevante para efectos de sustentar nuestra postura - la que se enmarca, como veíamos, en postular que el deber de colaboración está comprendido en la relación obligatoria compleja a que da lugar el contrato-, dice relación con los intereses de los

contratantes involucrados en el deber funcional o accesorio de colaboración del acreedor, atendida la concepción de contrato que se aplica en este trabajo.

Sobre la temática de los intereses de las partes en el desenvolvimiento de la relación jurídico contractual, hay dos cuestiones previas que conviene precisar. La primera, es que con la relevancia que ha adquirido en doctrina, incluida la nuestra,⁴⁴³ el nuevo derecho de la contratación, ha tomado nuevo realce la alusión a los intereses en el contrato, y en particular, al interés del acreedor.⁴⁴⁴ El problema es que, especialmente en nuestro país, no se precisa en qué consiste ese interés, por lo que se podría deducir que, en principio, no es necesario analizar lo que teóricamente supone esta noción, pues se presupone en todo contrato; y es segundo lugar, tampoco se explicita que, no obstante se destaque al “interés del acreedor” como el centro de atención del actual derecho contractual, en verdad se está haciendo referencia a los intereses de las partes, atendido que las más de las veces estamos en presencia de contratos bilaterales, como se precisó en el capítulo precedente, de modo tal, que en el contrato bilateral debe existir una adecuada ponderación de los intereses de ambas partes contratantes.

La explicación de la puesta en boga de la expresión “interés del acreedor”, se encuentra en la alteración del eje definitorio en materia de derecho contractual, en especial en caso de incumplimiento y responsabilidad, desde la antigua idea de “infracción del deber del deudor”, a la satisfacción e insatisfacción del derecho de crédito,⁴⁴⁵ pero luego no se explicita por la doctrina contemporánea qué ha de entenderse por interés, y en especial del

⁴⁴³ Ello se aprecia, por ejemplo, en VIDAL, Álvaro, *La noción de incumplimiento esencial en el “código civil”*, op. cit., p. 226, ss.; VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional*, op. cit., p. 449; VIDAL, Álvaro, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista*. Revista chilena de derecho. Santiago, vol. 34, n°1, abril 2007. p. 41-59.

⁴⁴⁴ En todo caso, hay que observar que la idea de “interés del acreedor” no es nueva en lo absoluto. Tal como se señaló anteriormente, los alemanes desde hace tiempo han puesto el énfasis en la “expectativa del acreedor”, que ha sido concebida de diversas formas, por ejemplo, como expone Betti en un análisis resumido de las posturas de algunos autores alemanes, la expectativa del acreedor en una relación de obligación, puede consistir en la expectativa de un hecho determinado en que tiene interés tal acreedor, ya sea que se trate de la conducta de otro, de un resultado útil del obrar ajeno o de un estado de cosas objetivo. Incluso más, agrega Betti que a pesar que ante la no realización del hecho por parte del deudor, el acreedor tenga la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño, “no responde a la realidad de las cosas que sean objeto de la expectativa crediticia, como siempre, una prestación, es decir, el resarcimiento del daño por no haberse verificado el suceso esperado y garantizado; porque en la realidad, lo que el acreedor espera y para lo que ha sido constituida la garantía es aquél mismo suceso y no el resarcimiento del daño”. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 260 s.

⁴⁴⁵ LLAMAS, Eugenio, *cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1999. p. 190.

acreedor,⁴⁴⁶ por lo que es necesario dotar de algún contenido a esta noción, a lo que nos avocaremos en las líneas siguientes, delimitando, empero, este enfoque a los fines de esta tesis, por lo que intentaremos identificar en qué consiste el interés de las partes contratantes en los casos de colaboración del acreedor, teniendo como centro los problemas o dificultades que se producen si la colaboración es infringida.

Preliminarmente se puede constatar que hay una estrecha vinculación de los intereses contractuales con una serie de tópicos propios del derecho civil, lo que torna este análisis en una cuestión aún más compleja. Así, al menos, es factible relacionarla con la teoría de la causa y con el contenido de la prestación, y por ende, con la temática del objeto.⁴⁴⁷

i. En lo que respecta a la teoría de la causa, como es bien sabido, ha habido innumerables debates sobre sus aspectos fundamentales, a vía ejemplar, aquel que dice relación con si lo que requiere de causa es la convención o la obligación-⁴⁴⁸ en el caso chileno, a la luz de las normas contenidas en los artículos 1445 y 1467-; o bien, en la determinación de a qué causa aluden los códigos, si a la causa final, o a la causa ocasional.⁴⁴⁹

Si bien, no es tema de este estudio detenernos en la amplísima temática de la causa, hay que observar que se trata de una cuestión que aún remueve los ánimos en el derecho civil, y es que no existe claridad sobre el rol que ésta ha de tener en la contratación del siglo

⁴⁴⁶ La excepción, se encuentra en ALCALDE, Jaime, *La causa de la relación obligatoria*, op. cit., p. 363 s., quien pone de relieve la estrecha relación entre el interés del acreedor y la prestación que espera, de manera tal que el interés del acreedor en el cumplimiento supone simplemente conseguir la realización específica o concreta de la prestación en los términos que se estableció al momento de contraerse la relación obligatoria.

⁴⁴⁷ También vincula la temática de los intereses contractuales con el objeto y la causa, Jorge Baraona González. BARAONA, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Dykinson, 1998. p. 191-198.

⁴⁴⁸ Como recuerda el profesor Guzmán, o se exige indistintamente causa en la obligación y en la convención, porque ella es la misma para ambos casos, lo que la torna en uno de ellos superflua; o bien, se entiende que la noción de causa es distinta en la obligación y en la convención. GUZMÁN, Alejandro, *acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2005. p. 216. DE LOS MOZOS, José Luis, *El negocio jurídico. Estudios de derecho civil*. Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1987. p. 184 ss.

⁴⁴⁹ Sobre estas temáticas, probablemente el desarrollo más lúcido sobre la evolución que la experimentado la noción de causa desde el derecho romano hasta la codificación, en que se destaca muy especialmente la herencia dejada a nuestro derecho por Domat y Pothier, en GUZMÁN, Alejandro, *acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, op. cit., p. 197-406.

XXI, lo que se refleja en la ausencia de consenso sobre esta materia, como se observa en los proyectos de modificaciones de códigos civiles europeos.⁴⁵⁰

No obstante lo anterior, la causa aún es útil para efectos de proveer de contenido normativo a la noción de intereses contractuales, ligamen que no sólo ha permitido inyectar nuevos bríos a la causa, sino que además permitiría proporcionarle sustento teórico a la hora de precisarlos en cada caso particular. La estrecha conexión entre la causa y los intereses contractuales, ha llevado a decir que la investigación de la causa se desplaza desde la estructura del acto, al plano de los intereses perseguidos por las partes.⁴⁵¹ En Chile, esa es la postura de algún autor, a partir de la definición del artículo 1467 de causa,⁴⁵² lo que sería plenamente compatible con la historia fidedigna de las fuentes que tuvo a la vista en codificador nacional.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Así se visualiza, por ejemplo, en los distintos proyectos de modificación al código civil francés. De una parte, el proyecto Catala opta por mantener la causa como requisito del contrato en el artículo 1124, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*. Rapport à Monseigneur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 de septiembre, 2005. p. 26 ss.; El Proyecto Chancellerie, la sustituye por la de interés en el contrato. Así se lee en el §3 “L’intérêt au contrat. Article 85 Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement”. *Projet de réforme du droit des obligations*. Texte du projet de la Chancellerie. p. 11. Por su parte, la propuesta española de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos, también mantiene la causa como requisito del contrato, en el artículo 1238, en los siguientes términos: “1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. Ninguna de las partes a quien se impute el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo. 2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita. 3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordados por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado. 4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecue con la causa del contrato celebrado”. De otra parte, como se dijo en el acápite anterior, la tendencia en los instrumentos del derecho uniforme de los contratos es a eliminar la causa, como se aprecia en los Principios de UNIDROIT, en los PECL, y en el Anteproyecto de Código europeo de contratos, lo cual, sin embargo, no ha estado exento de críticas. Cfr. NAVARRETA, Emanuela, *Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo*, op. cit., p. 70 s. y 75 ss.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁵² En Chile, sustentan una postura dual de la causa, los profesores Avelino León Hurtado y Vial del Río. En el caso de este último, considera que para efectos de determinar la causa del acto contrato se debe acudir a la denominada causa ocasional o psicológica; por el contrario, la causa de la obligación estaría constituida por la causa final, por lo que se trata de un criterio objetivo que lleva a una concepción abstracta de causa. VIAL, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 204. LEÓN, Avelino. *La causa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961. Más recientemente, RIVERA, José, *Una mirada a la doctrina de la causa y sus distintas versiones en el código civil chileno*. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, Coquimbo, nº2, 2011. p. 311.

⁴⁵³ ALCALDE, Jaime, *La causa de la relación obligatoria*, op. cit., p.368 s.

Y es que en verdad, parece perfectamente posible brindar de una mayor objetividad a la noción de causa, a través del catálogo de los intereses de los contratantes, no entendiendo por tales a los particulares y especiales propósitos psicológicos que cada uno de ellos de forma individual persigue al momento de contratar, sino lo que han previsto en la consecución de ciertos fines, que son precisamente los intereses que pretenden que sean satisfechos, que se hallan en concordancia con la naturaleza del contrato, y que son objetivables por la vía de recurrir al catálogo de la economía del contrato.⁴⁵⁴

Esta postura reviste interés por varias razones: en primer lugar, permite acudir a un argumento de carácter normativo para efectos de poner el énfasis en los intereses contractuales, superando la sola referencia vacía a la expresión “interés del acreedor”; en seguida, sería coherente con las fuentes que habría tenido Bello en la redacción del artículo 1467 del código civil;⁴⁵⁵ y finalmente, posibilita reafirmar una noción práctica del contrato, al modo que lo conciben los operadores jurídicos.

ii. La temática de los intereses también se encuentra vinculada al objeto.⁴⁵⁶ La regulación sobre el objeto permite, al igual que la causa, sustentar normativamente a los intereses contractuales de las partes. A vía ejemplar, Fiori en el derecho italiano, relaciona el objeto del contrato con la idea de programa contractual,⁴⁵⁷ y resalta que la noción de

⁴⁵⁴ Ibídem, p, 370.

⁴⁵⁵ Ibídem, p, 371; GUZMÁN, Alejandro, *acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, op. cit., p. 401. GUZMÁN, *La doctrina de la “consideration” en Blackstone y sus relaciones con la “causa” en el “ius commune”*. En Valparaíso, Revista de estudios histórico jurídicos, N°25, 2003, p. 375-403.

⁴⁵⁶ De hecho, basta recordar la clásica discusión referida al contenido patrimonial o no patrimonial de la prestación, en que está presente la idea del interés, a partir de la diferenciación entre éste y la prestación misma. Ihering, desde esta discusión, enseñaba: “¿qué es el interés? Sin comprometerme, por el momento a dar una explicación detenida de esta noción, cosa que reservo para otro lugar, me limitaré a reproducir el resultado de mis investigaciones anteriores. El interés, en el sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida”. VON IHERING, Rudolf, *Del interés en los contratos*. Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947. p. 76. Barassi, por su parte, distinguió entre interés típico e interés subjetivo, al tratar la prestación, según ello, “interesse típico é quello cui oggettivamente é destinata la prestazione secondo la sua natura idonea a soddisfarlo. É per ciò quello che sogliono avere tutti coloro che se ne procurano contrattualmente l’attuazione mediante la relativa obbligazione accollata all’altra parte. Interesse soggettivo é lo scopo che realmente il singolo creditore cerca di soddisfare con la stipulazione del contratto.” BARASSI, Lodovico, *La teoría general de las obligaciones. Vol. I La estructura*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1948. p. 56 s.

⁴⁵⁷ FIORI, Roberto, *El problema del objeto del contrato en la tradición civil*. Revista de derecho privado Universidad de Externado, Bogotá, n° 12-13, 2007. p. 257. Interesa destacarlo, puesto que a pesar de que la regulación del objeto en el código civil italiano no es idéntica a la nuestra, se han presentado los mismos conflictos sobre su sentido y alcance, por ejemplo, si lo que se regula es el objeto de la obligación o el objeto del contrato.

objeto del contrato tiene un origen histórico, pero que hoy se puede asumir que tiene tres componentes fundamentales: el originario valor “cosal”, que aún persiste, la centralidad de la prestación propio de la tradición romana; y la aproximación subjetivista propia de la cultura moderna. El objeto sería lo propio del negocio distinto del sujeto, por lo que la noción de objeto sería coincidente con la de programa contractual.⁴⁵⁸

En el derecho nacional, tradicionalmente se ha afirmado que el objeto del acto, contrato está constituido por el conjunto de derechos y obligaciones que en virtud de éste se crean, modifican o extinguen.⁴⁵⁹ Empero, coherente con la concepción de contrato que se adopta en este trabajo, es factible interpretar las disposiciones sobre el objeto bajo dicha concepción, tal como hemos hecho en el capítulo que antecede, lo que, además, no se opone a la historia fidedigna de las misma⁴⁶⁰.

iii. De lo anterior, es posible concluir que a pesar de la dificultad de afinar un significado unívoco de la expresión “interés” o “intereses” contractuales, parece adecuado adoptar un significado amplio de ella, como hace alguna doctrina reciente, lo que permite incorporar la gran variedad de intereses que aparecen involucrados en la relación contractual.⁴⁶¹ Con todo, consideramos pertinente identificar a los intereses contractuales con los objetivos ventajosos que se persiguen por las partes al contratar, y por consiguiente, con el conjunto de recursos o activos de cualquier naturaleza que se pretenden obtener con la convención.⁴⁶²

⁴⁵⁸ FIORI, Roberto, *El problema del objeto del contrato en la tradición civil*, op. cit., p. 257.

⁴⁵⁹ LEÓN, Avelino, *El objeto en los actos jurídicos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983. p. 1; VIAL, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, op. cit., p. 155; DUCCI, Carlos, *Derecho civil. Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 287.

⁴⁶⁰ Cabe señalar que el artículo 1445 en el proyecto de 1853, tenía el siguiente tenor: “Todo contrato supone el consentimiento de las partes; y para que este consentimiento sea válido, es necesario: 3º Que recaiga sobre un objeto”. Repertorio del código civil, artículo 1445.

⁴⁶¹ DE LA MAZA, Íñigo, *La buena fe como dispositivo de ponderación*, En Principios jurídicos. Análisis y crítica. Santiago, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011. p. 248. El autor utiliza la expresión intereses en forma muy amplia, como él mismo precisa, para referirse a las “consideraciones, ya sea de carácter individual – es decir, que atienden predominantemente a la posición de las partes en la relación contractual-, o social – es decir, que predominantemente, atienden a objetivos sociales del derecho de contratos-, que procuran ser realizadas a través de las normas de derecho de contratos”.

⁴⁶² CANE, Peter, *Anatomía del derecho de daños*. Santiago, Flandes indiano, 2011. p. 105. Aunque hay que precisar que el autor refiere este alcance al término “intereses protegidos” en el derecho de daños, lo extiende a los intereses contractuales que son objeto de lesión, por ejemplo, en el incumplimiento, ya que considera que a pesar de que la protección a los intereses contractuales es asumida por el derecho de los contratos, hay algunas reglas del derecho de daños que igualmente les proporcionan tal protección. p. 129. Precisa, además, que la expresión intereses puede ser entendida en dos sentidos: primero, desde las perspectiva de los demandantes, que efectivamente

iv. En lo que toca a los intereses contractuales, nuevamente aparece la utilidad de la distinción entre las obligaciones primordiales derivadas del contrato, pues las ventajas o beneficios que las partes pretenden obtener se materializarán a través de la ejecución de esas obligaciones primordiales, en tanto que los intereses que aparecen involucrados en las obligaciones secundarias o instrumentales, como la colaboración del acreedor, tienen una naturaleza funcional a los primeros.

Es decir, en el caso de los intereses involucrados en el deber de colaboración del acreedor, evidentemente que los intereses de primer orden son aquellos que las partes buscan satisfacer con la celebración y ejecución del negocio, ya sea que se miren desde una perspectiva objetiva, en tanto sea posible tipificarlos en las relaciones contractuales de naturaleza análoga o, al menos, similar; o bien, se analicen desde una perspectiva subjetiva atendiendo la especial situación en que se encuentra tal o cual contratante en una relación contractual determinada. Lo relevante es que, siendo posible reconocer que los intereses contractuales pueden ser contruidos a propósito del programa contractual que las partes se hayan dado, el deber de colaboración forma parte de este programa contractual.

A su turno, aún cuando la relación contractual está teñida por los particulares y personales intereses que persiga cada parte, en el caso de la colaboración del acreedor, atendido su rol, su función, de constituirse como un instrumento que permite el cumplimiento de las prestaciones principales o primordiales, es posible arribar a algún grado de tipificación u objetivización de los intereses que tienen las partes en relación a dicha colaboración. En esa línea de razonamiento, es posible concebir objetivamente que el primer interés identificable es el del deudor que debe realizar la o las prestaciones primordiales, y que para ello, espera legítimamente que el acreedor contractual le colabore para efectos de cumplir íntegra y oportunamente; y en segundo lugar, está en juego el interés del propio acreedor que ha de colaborar, en tanto él también espera la satisfacción de sus intereses mediante la realización de las obligaciones primordiales que contrajo el

se erige como “un recurso o un activo; por ejemplo, un “derecho” derivado de un contrato, o una “demanda” sobre cierta cosa corporal como el propio cuerpo o una parcela de terreno, o sobre alguna cosa incorporeal como una marca”. Y en un segundo sentido, desde la perspectiva de los demandados y de la sociedad en general; este segundo sentido está íntimamente relacionado con el primero, pues “los intereses protegidos en el primer sentido son objeto de protección positiva, la que se brinda mediante la imposición de responsabilidad por daños, mientras que los intereses en el segundo sentido son el objeto de protección negativa, mediante la imposición de límites a la responsabilidad por daños”. p. 105 s.

deudor, para lo cual deberá, a su vez, cumplir con este o estos deberes secundarios de conducta.

Desde esta perspectiva, podemos afirmar que los intereses de las partes contratantes están configurados por el programa contractual que ellas mismas se han fijado, en que el énfasis está, más que en la obtención de las prestaciones, lo que constituye una visión estrictamente jurídica, en el propósito que dichas partes pretenden obtener, y ciertamente que el deber de colaboración del acreedor tiene esta naturaleza instrumental, en tanto coadyuva a la obtención del programa contractual.

5.2.2 Criterio determinante para que se configure el deber de colaboración del acreedor: la afectación de los intereses del deudor.

Parece redundante referirse a los intereses del deudor, y su subsecuente afectación debido a la inobservancia de la colaboración por parte del acreedor, en circunstancias que en punto inmediatamente anterior hicimos algunos alcances en relación a los intereses contractuales de las partes. Sin embargo, esta supuesta reiteración tiene explicación: la anterior alusión a los intereses de los contratantes tuvo por finalidad, primero, poner en evidencia que en el derecho actual la temática de los intereses contractuales viene a perfilar la interpretación y aplicación de las diversas instituciones contractuales, por lo que debido a que se trata de una noción bastante ambigua,⁴⁶³ era necesario acercarse a ella para efectos de esta investigación, que se sitúa precisamente en la concepción del nuevo derecho de la contratación; y en segundo lugar, pero directamente conectado con lo señalado, la calificación de la colaboración del acreedor como un deber secundario, funcional o instrumental, deriva justamente de los intereses que se conjugan en torno a dicha colaboración, tanto por parte del deudor – le permite cumplir con sus obligaciones primordiales y así desligarse de la relación obligatoria-, como del acreedor – le permite obtener el íntegro cumplimiento de parte de su deudor-.

Ahora, y sin que ello implique una modificación del alcance de la noción de intereses contractuales, haremos referencia a aquellos otros intereses de los contratantes que pueden verse comprometidos con la relación contractual, y que no son aquellos que las

⁴⁶³ COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, op. cit., p. 283.

partes pretenden obtener con la misma – que, citando a Cane, identificamos con las nociones de objetivos ventajosos-⁴⁶⁴. Aludimos, así, a la amplia gama de intereses de las partes, patrimoniales o extrapatrimoniales, que pueden resultar lesionados por la inobservancia de las obligaciones a que da lugar la convención. Evidentemente que atendido nuestro objeto de estudio, el énfasis estará en los intereses del deudor, los que, producto de la inobservancia de la colaboración debida por la contraparte, pueden verse menoscabados.

En una primera aproximación, reconocemos nuevamente la gran variedad de acepciones que tiene el término en cuestión,⁴⁶⁵ como asimismo su amplitud. Con todo, para efectos de identificar los intereses del deudor que pueden verse afectados por la inejecución del deber de colaboración, utilizaremos el significado que se le confiere al analizar el tópico del daño en sede de responsabilidad civil y que suele situársela en la vieja disputa sobre el alcance de esa noción, que discurre entre la vulneración a un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido; en este segundo sentido, el interés estaría constituido por “un *bien jurídico* digno de cautela”.⁴⁶⁶ Es, entonces, en este último alcance que utilizamos

⁴⁶⁴ CANE, Peter, *Anatomía del derecho de daños*, op. cit., p. 105. Sobre la variedad de intereses cfr. WEBB, Charlie, *Performance and compensation: an analysis of contract damages and contractual obligation*, Oxford Journal of Legal studies, Oxford, vol. 26, nº 1, 2006, p. 42 s.

⁴⁶⁵ En esa línea, tal como ya lo citamos en el acápite anterior, cabe recordar que ya Von Ihering identificaba a los derechos con los intereses jurídicamente protegidos. Agrega que “el derecho no aplica a esas ideas una medida exclusivamente económica, tal como el dinero o el valor pecuniario. Existen otros intereses además de la fortuna que deben garantizarse al hombre”. VON IHERING, Rudolph, *El espíritu del derecho romano*. Madrid, Casa editorial Bailly-Bailliere, s/f. p. 365. “Cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador que merece y reclama su protección. Los intereses se transforman a medida que cambian los intereses de la vida; así, intereses y derechos son en cierto modo históricamente paralelos. La correlación, sin embargo, no es absoluta.”, p. 368. VON IHERING, Rudolph, *La lucha por el derecho*. Buenos Aires, Editorial Araujo, s/f. p. 89. Con relación a la jurisprudencia de intereses “La meta final de la jurisprudencia de los tribunales y de la resolución judicial del caso es la “satisfacción de las necesidades de la vida, de las apetencias y tendencias apetitivas, tanto materiales como ideales, existentes en la comunidad jurídica”. Estas “apetencias y tendencias apetitivas” las denominamos, explica Heck, intereses; y la peculiaridad de la Jurisprudencia de intereses consiste en “intentar no perder de vista esta meta final, incluso en cada operación particular, en cada formación del concepto”. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 71. GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, op. cit., p. 270 s.

⁴⁶⁶ BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 220. “Sea dicho interés sustrato de un derecho subjetivo, bien provenga de situaciones objetivas que no proporcionan un derecho de tal índole”. BUERES, Alberto, *Derecho de daños*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001. p. 483. BARROS, Enrique, *La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 314. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 85. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 171. Los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil – PETL- definen en el artículo

el término “interés o intereses” del deudor, los que se ven perjudicados a consecuencia de la inobservancia de la colaboración debida por la contraparte. Por ello, como ha de tratarse de bienes jurídicos dignos de protección, es que los intereses deben ser legítimos.⁴⁶⁷ Este contenido que se confiere a la expresión intereses del deudor, se encuentra en la línea de lo establecido en el §241 (2) del BGB que ya hemos transcrito, y que en lo pertinente establece que dentro de la relación obligatoria, las partes se encuentran también obligadas a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte. Esta norma, recordemos, la citamos para efectos de argumentar que la relación contractual contiene, además de las principales prestaciones, una serie de deberes secundarios de conducta, entre los cuales se sitúa la colaboración del acreedor. Ahora, y consecuencial con lo anterior, el énfasis lo ubicamos en que cada contratante debe necesariamente respetar los intereses de la otra parte.⁴⁶⁸

De manera tal, que si el acreedor no observa la colaboración que de él se espera, y con ello resultan vulnerados intereses del deudor, estamos en presencia de un incumplimiento contractual por parte de dicho acreedor, con todas las consecuencias que ello conlleva. Antes bien, hay que hacer las siguientes precisiones:

i. Si bien son los intereses que hay en juego los que determinan la naturaleza que tiene la colaboración del acreedor al interior del contrato, es necesario tener presente que,

2:101, al daño resarcible, como “el perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”.

⁴⁶⁷ “Si haber causado un daño ha de brindar razones moralmente relevantes para imponer responsabilidad y conceder una indemnización, el interés dañado debe crear un fundamento moralmente relevante para respetarlo”. “En síntesis, si el hecho de sufrir un daño constituye el ingrediente que falta en la fórmula de la responsabilidad, entonces dañar debe ser más que perjudicar cualquier interés de un individuo; debe ser calificado de un modo moralmente relevante. El modo normal de calificar intereses es distinguiendo los legítimos de los ilegítimos. Dañar es perjudicar intereses legítimos”. COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, op. cit., p. 283.

⁴⁶⁸ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, op. cit., p. 59. MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JONHSTON, Angus, *The german law of contract. A comparative treatise*, op. cit., p. 127. Por ello es que se observa que con la reforma del año 2001 al BGB, por primera vez se consagra expresamente una obligación general abstracta en los términos que ya indicamos -respetar los derechos e intereses de la otra parte-, lo que dependerá del contenido de la relación de obligación. Así, se valida la previa y bien establecida práctica de los tribunales de considerar que el interior del contrato existe, por ejemplo, una obligación que implica protección, aunque no se hace desaparecer el establecimiento del amplio principio del *neminem laedere* del derecho de daños, que está gobernado por la cláusula general más específica del § 823 (1) BGB, que limita el deber de protección a ciertos derechos. *Ibidem*, p. 126. EHMANN, Horst y SUTSCHET, Holger, *Modernización del derecho alemán de obligaciones*, op. cit., p. 104.

como es obvio, siempre la conducta que ha de desplegar el acreedor contractual vela por la satisfacción de sus propios intereses, los que se materializan en la obtención de las prestaciones principales o primordiales. Pero también en la colaboración que ha de prestar el acreedor, estará involucrado un interés del deudor, constituido por la posibilidad de cumplir, permitiendo desligarse de la obligación a través del pago.⁴⁶⁹ De ahí, que cuando aseveramos que la calificación jurídica de la colaboración del acreedor se encuentra supeditada a si, debido a su inobservancia, se ven o no afectados los intereses del deudor, nos referimos a aquellos bienes jurídicos del deudor, avaluables económicamente y que están conectados al desarrollo de la relación obligatoria, además de aquel interés primario como es la desvinculación obligacional que emana de su cumplimiento.⁴⁷⁰ Si las consecuencias de la inobservancia de la colaboración por parte del acreedor se proyectan a esta esfera de intereses del deudor, efectivamente estamos en presencia de un deber secundario o funcional de conducta que integra la relación contractual, y que si se infringe origina incumplimiento. Por el contrario, si debido a la inobservancia a la colaboración sólo se ven afectados los intereses del acreedor, en tanto no obtendrá la satisfacción del crédito, no estamos técnicamente ante un deber secundario o funcional de colaboración, de manera tal que su calificación jurídica puede ser cualquier otra – por ejemplo, de carga-⁴⁷¹ pues no es relevante para este estudio.

ii. Una segunda precisión, es que a pesar de que en nuestro derecho no hay una norma análoga al §241 (2) del BGB, la consideración a los intereses del deudor que se ven afectados por la inobservancia de la colaboración debida, no es más que aplicación en sede contractual, del principio según el cual no se puede lesionar la esfera de intereses ajenos,

⁴⁶⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 471.

⁴⁷⁰ Es por ello que nos apartamos, por ejemplo, de la postura de Beltrán de Heredia y Castaño, quien luego de exponer las diversas doctrina sobre el interés que tiene todo deudor en liberarse de la obligación, y especialmente aquella que sustenta que hay un derecho subjetivo a tal liberación, en tanto con esa calificación sólo entiende que habría “un interés jurídicamente protegido” – con lo cual concordamos, toda vez que hemos sustentado que siempre está presente en el cumplimiento del deudor un interés a la desvinculación obligacional-, agrega luego que ese interés es objeto de una protección genérica y de una específica. La genérica estaría constituida por el hecho de que existe tal interés, y como tal, debe ser respetado por todos, pues nadie puede lesionar la esfera jurídica ajena; y una protección específica, que apunta a la pluralidad de intereses que hay entre deudor y acreedor, por lo que el interés del acreedor está protegido por medio de la ejecución forzosa y el del deudor por el pago y consignación. p. 473 s.

⁴⁷¹ Como lo plantea Lilian San Martín, teniendo presente las objeciones que expresamos sobre su postura. SAN MARTÍN, Lilian, *Sobre la naturaleza jurídica de la “cooperación” del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes*, op. cit.

ya que, de ser vulnerados, surge como consecuencia jurídica la de indemnizar el daño ocasionado. En ese sentido, no cabe duda que tales daños no pueden quedar sin reparación, toda vez que derivan de un incumplimiento contractual, por lo que procedería el remedio o acción indemnizatoria, conforme a las reglas generales. Es decir, desde el binomio constituido por: incumplimiento contractual por inobservancia del deber de colaboración / daño que ese cumplimiento acarrea al deudor, procede la aplicación de los remedios contractuales de conformidad a la normativa general, entre ellos, el indemnizatorio, según veremos más adelante.

iii. En lo que refiere a los intereses del deudor conectados a la relación contractual, y que pudieren verse afectados por el incumplimiento del deber de colaboración, ellos pueden ser de la más variada naturaleza, aunque por lo general de carácter patrimonial,⁴⁷² como quedará en evidencia al analizar en concreto los efectos que de dicho incumplimiento se siguen.

iv. Afirmar que el criterio determinante en la calificación de que determinadas conductas que ha de desplegar el acreedor durante la ejecución del contrato, tiene el carácter de deber secundario o funcional de conducta, atendido a si su inobservancia afecta o no la esfera de intereses del deudor, puede ser objeto de alguna crítica, en tanto ese efecto sólo se visualizaría con seguridad después de producido tal incumplimiento por parte del acreedor, y no antes.

En efecto, desde esa perspectiva aparecería el acreedor desprotegido, debido a la incertidumbre en orden a si efectivamente pesa sobre él un deber de colaboración o si, por el contrario, la inobservancia de la colaboración debida sólo tendría injerencia en sus

⁴⁷² Si bien pudieren verse afectados intereses extrapatrimoniales del deudor, ello será probablemente excepcional, en la medida que el contrato en que la colaboración incida tenga contenido extrapatrimonial. En ese orden, se asume que hay lugar a la ocurrencia de daño moral por incumplimiento de contrato, especialmente en aquellos que presentan un contenido de naturaleza extrapatrimonial, a pesar de los extremos a que ha llegado jurisprudencia nacional más reciente. CORRAL, Hernán, *Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual*. En cuadernos de extensión jurídica. Santiago, Universidad de Los Andes, nº 15, 2008. p. 173. Algunos de los extremos anotados, en sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de enero de 2009, N° descriptor MJJ19519; Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de octubre de 2010, N° descriptor MJJ24029; sentencia de la Corte Suprema de fecha 20 de octubre de 2011, N° descriptor MJJ29725; Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 13 de enero de 2012, N° descriptor MJJ23026, entre otros.

propios intereses. Sin embargo, esta crítica puede ser fácilmente desechada, como veremos a continuación:

En primer lugar, recordemos que nuestro objeto de estudio está constituido por los grupos de casos que expusimos en el acápite anterior, esto es: aquellas manifestaciones de colaboración del acreedor de naturaleza menos compleja, en que la misma está constituida por la recepción de pago en los casos que ella sea necesaria y que suele presentarse en la fase final del contrato; y aquellos contratos más complejos, en que la colaboración se materializa en comportamientos del acreedor de la más diversa naturaleza durante su desarrollo. Respecto de estos últimos, distinguimos según esos comportamientos aparecen expresamente descritos en el contrato, y aquellos que no se encuentran explicitados en él. En ese sentido, es probable que no se presenten mayores inconvenientes en la evaluación que el acreedor deba llevar a cabo con antelación, respecto de la necesidad de llevar efectivamente a cabo las conductas, cuando ellas están expresamente establecidas en el contrato, pues ello constituye un indicio de que se trata de un deber que debe cumplirse. Por el contrario, es posible que esta evaluación sea más dificultosa de hacer en los otros grupos de casos. Sin embargo, es posible contar con algunos parámetros que permiten calificar a priori la existencia del deber de colaborar; entre ellos: la naturaleza o especie del contrato, el canon de la previsibilidad de los daños, y el la buena fe.

5.2.2.1. La naturaleza o especie del contrato y la importancia de la interpretación efectuada por las partes.

La naturaleza o especie del contrato será determinante para que el acreedor pueda, con la debida antelación, concluir que no sólo tiene que colaborar para obtener las prestaciones esperadas, sino que atendido el tipo de comportamiento que ha de desplegar de acuerdo a la convención de que forma parte, se erige como un deber que se encuentra contenido en la relación contractual.

En la determinación de la naturaleza del negocio, es sumamente relevante la labor de interpretación del contrato que las propias partes realicen; citando a Betti, es evidente que de la interpretación que las partes lleven a cabo, dependerá la forma cómo ejecutan el

contrato.⁴⁷³ Aunque no es objeto de este estudio analizar pormenorizadamente la amplísima temática sobre interpretación contractual, únicamente destacaremos que, para que las partes - sobre todo el acreedor- puedan predeterminar las posibles consecuencias que pudiere traer consigo no colaborar en la ejecución del contrato, un factor determinante es la naturaleza o especie de contrato, especialmente en aquellos en que la conducta de colaboración del acreedor no se encuentra establecida en forma explícita: la interpretación e integración del contrato es fundamental, pues constituye una guía esencial en la forma que los contratantes abordarán la ejecución de las diversas prestaciones.

Hacemos presente que acogemos el distingo entre interpretación e integración contractual como dos operaciones intelectuales diversas, pero íntimamente vinculadas, especialmente en los casos que analizamos.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Si bien se afirma que el intérprete por antonomasia del contrato es el juez, no cabe duda que no es el único, pues también interpretan el contrato las partes y aún los terceros a quienes afectar de algún modo el contrato. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, op. cit., p. 533. “(De la interpretación) destinatarios lo son, en realidad, primeramente las partes, que tienen la precisión y el deber de hacerse cargo exactamente de los vínculos que contrae, para saber cómo arreglárselas, por ejemplo, en la ejecución del contrato (el criterio de la buena fe es también, ante todo, norma interpretativa: arts. 1366 y 1375). Están llamadas a hacer de la relación constituida por el negocio aquella apreciación (aplicación, diría Carnelutti) que mejor responde al interés propio, lo que es especialmente evidente en las relaciones contractuales.” BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1959. p. 249.

⁴⁷⁴ Como se sabe, hay una serie de discusiones anejas a la interpretación contractual. Desde luego, el distingo que se acostumbra llevar a cabo entre interpretación objetiva y subjetiva. Sobre ello en Chile, especialmente Jorge López Santa María, LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Quinta Ed., op. cit., pp.263- 486 LÓPEZ, Jorge, *Sistemas de interpretación de los contratos*, op. cit. Se ha asignado por algunos, especial relevancia a la interpretación objetiva que deberían realizar nuestros tribunales de justicia a fin de reconocer la existencia de obligaciones accesorias, aunque se limita a hacer tal afirmación a propósito de la obligación de seguridad. PIZARRO, Carlos, *La interpretación de los contratos en el código civil chileno. Dos problemas particulares: las obligaciones accesorias y las condiciones generales*. [en línea] <http://www.fundaciofueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/interpretacion> [consulta enero 2012]. Pero además, está la cuestión de si la interpretación contractual abarca también a la integración del contrato, o si se trata de operaciones que se aplican en casos distintos, a más del reconocimiento de la denominada interpretación integradora. Así, la interpretación implicaría la reconstrucción de la voluntad subjetiva de las partes contratantes, por lo que sería una cuestión de hecho situada entre la prueba y la subsunción, se opone entonces a la modificación de lo acordado por los contratantes a través de la aplicación de normas dispositivas; la interpretación integradora tendría por campo de aplicación una declaración clara pero con lagunas, por lo que se requiere la reconstrucción conjetural de la declaración de acuerdo a lo que habría sido la voluntad de un hombre razonable; y finalmente la integración, que supone la aplicación al contrato de normas supletivas del derecho dispositivo. VATTIER, Carlos, *La interpretación integradora del contrato en el código civil*. ADC, Madrid, n°. LXIII, fasc. I, 2010. p. 498 s. Vidal, a propósito del proceso que requiere elaborar la regla contractual, refiere a las labores de interpretación e integración; así, primeramente hay que conocer lo querido por las partes a través de la elaboración de la declaración negocial, esta es una labor de interpretación contractual; y en caso de laguna en el negocio jurídico es necesario integrarla mediante la aplicación de normas dispositivas. *La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos*.

Desde esta perspectiva, la interpretación de las partes adquiere relevancia, al menos, en dos aspectos que interesa destacar: el primero de ellos, es que las operaciones de interpretación e integración del contrato que las propias partes llevarán a cabo para dar lugar a la ejecución del contrato, les posibilitará reconocer a priori que el acreedor debe cumplir con el deber de colaboración contractual, en los casos que éste se configure como tal, de acuerdo a la naturaleza del contrato. El segundo, porque ya en caso de conflicto sobre los alcances de la colaboración debida, el juez - intérprete por antonomasia- se valdrá en buena medida de la aplicación práctica del contrato que han llevado a cabo las partes, para determinar cuál es la naturaleza del contrato y de las obligaciones que de él emanan, y así calificar los casos en que la colaboración tiene el carácter de deber de conducta. Y es que la trascendencia que adquiere la aplicación práctica que las partes hacen de la convención,⁴⁷⁵ como destacamos con anterioridad,⁴⁷ y que también se le ha denominado “comportamiento interpretativo”,⁴⁷⁶ se torna trascendental para ese propósito.⁴⁷⁷ Es esa la línea que se aprecia en algunos instrumentos de derecho uniforme, como se denota en los Principios de UNIDROIT, artículo 4.3 que, por lo demás, atiende en forma explícita a la

Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI, Valparaíso, 2000. p. 217 ss. Resalta también la relevancia de la integración, DOMÍNGUEZ, Carmen, *Aspectos de la integración del contrato*. En Estudios de derecho civil VI, op. cit., p. 251 ss. SÁNCHEZ, Sixto A., *La interpretación del contrato internacional: una aproximación en el derecho comparado*. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx>> [consulta enero 2012]. Un análisis integral de la interpretación contractual en el derecho uniforme europeo en DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, op. cit., p. 225 ss. JORDANO, Juan *La interpretación de los contratos*, Madrid, Academia Sevillana del Notariado, Editorial revista de derecho privado, 1988. p. 172 s. En seguida, hacemos igual presente que para efectos de este trabajo no se acoge la denominada “interpretación integrativa o integradora del contrato”, que se considera una suerte de operación intermedia entre la interpretación y la integración, desarrollada especialmente en los trabajos preparatorios del BGB. Cfr. SERRANO, María, *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del derecho privado*, op. cit., p. 69 s.

⁴⁷⁵ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo XII, op. cit., p. 20.

⁴⁷⁶ Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, op. cit., p. 540 s. No sólo supone la consideración del comportamiento común que los contratantes han desplegado, sino también la conducta realizada en forma unilateral.

⁴⁷⁷ VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *¿Qué es lo que se interpreta?*, [en línea] <<http://www.vlex.com/vid/41118565>> [consulta enero 2012]. Con respecto a la interpretación del texto contractual se destacan dos cuestiones: primero, que aunque efectivamente hay un aspecto de tipicidad abstracta en el contrato, representado por el tipo de contrato adoptado por las partes y los efectos típicamente conectados a él por la ley, el contrato se refiere a sujetos particulares que acuerdan dicho contrato, por lo que es “a su específica voluntad y a sus específicos comportamientos a lo que hay que referirse para verificar si ha habido o no acuerdo y qué contenidos posee”, lo segundo, es “el estrecho vínculo que se instituye entre el texto escrito y los comportamientos, anteriores y posteriores que, estando fuera del contrato, sin embargo sirven para caracterizarlo y por ello se convierten también en objeto de interpretación.” p. 34 s.

naturaleza del contrato, como asimismo a la aplicación que las partes hacen del mismo;⁴⁷⁸ norma muy similar al artículo 5:102 de los PECL; y al artículo 39 del Anteproyecto de código europeo de contratos.⁴⁷⁹

5.2.2.2. El canon de la previsibilidad, como parámetro a considerar en la calificación a priori del deber de colaboración.

Como es sabido, el código civil establece en el artículo 1558 el canon de la previsibilidad, para efectos de limitar el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de contrato, a menos que se trate de un incumplidor doloso.⁴⁸⁰ Esta norma contiene un criterio que es también aplicable para determinar, a priori, si se configura o no

⁴⁷⁸ Artículo 4.3 “(Circunstancias relevantes). Para la aplicación de los artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: (a) las negociaciones previas entre las partes; (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; (d) la naturaleza y finalidad del contrato; (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y (f) los usos.”

⁴⁷⁹ Sobre esa disposición se observa que “cuando el texto contractual plantee dudas de interpretación, deben intentar solucionarse mediante una evaluación global del mismo, en relación con declaraciones y comportamientos de las partes, “incluso” posteriores a la celebración del contrato – luego también deben tenerse en cuenta los actos anteriores-, pero que de alguna manera sean compatibles con el texto mismo. Cuando las dudas no puedan superarse de esta forma, el texto debe interpretarse conforme a la intención común de los contratantes, que igualmente se obtendrá recurriendo a elementos extrínsecos que hayan sido tratados por las partes”. “Para averiguar la voluntad verdadera, el artículo 39.3 manda tener en cuenta toda la conducta expresiva o significativa de las partes, desde los tratos preliminares, hasta los actos ejecutivos, pasando por el entorno del contrato, formado por la singular conducta de las partes.” PARRA, María de los Ángeles, *Interpretación del contrato*. En CÁMARA, Sergio, *Derecho privado europeo*, op. cit., p. 476 s. A propósito del artículo 1282 del código civil español, que establece que para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato. GUTIÉRREZ, Pilar, *Interpretación e integración del contrato*. En Bercovitz, Rodrigo, *Tratado de contratos*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2009. p. 869 ss.

⁴⁸⁰ GAUDEMET, Eugene, *Teoría general de las obligaciones*. México, Editorial Porrúa, 1984. p. 405; PANTALEÓN, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate*, op. cit., p. 1027 ss.; PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op. cit., p. 1742; LEÓN, José María, *De nuevo sobre el artículo 1107 del código civil: los daños previstos o previsibles*. En Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Madrid, La ley, 2006. p. 133-148; MONTÉS, Vicente, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*. En Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995. 2423-2462; con una explicación desde el análisis económico de la regla, Crf. GÓMEZ, Fernando, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*. Madrid, Civitas Thomson Company, 2002. p. 104-134. CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p. 178 s. En relación al caso “Hadley v. Baxendale”, FULLER, Lon y PERDUE, William, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, op. cit., p. 55 s. FERRARI, Franco, *Hadley v. Baxendale v. Foreseeability under Article 74 CISG*, en *Contract damages. Domestic and international perspective*. Oregon, Hart Publishing, 2008. p. 316 y 319.

como un deber contractual la colaboración que ha de prestar el acreedor, especialmente cuando tal colaboración o los comportamientos que se esperan del acreedor, no han sido explicitados en el contrato.⁴⁸¹

Si hemos afirmado que la colaboración del acreedor adquiere el carácter de deber secundario de conducta, en caso que debido a la inobservancia del mismo se vean afectados no sólo los intereses del mismo acreedor, sino que también hay repercusiones para los intereses del deudor contractual, ciertamente que la calificación de la previsibilidad o imprevisibilidad de esas consecuencias, especialmente las referidas a la afectación de los intereses del deudor, tendrá relevancia para que las partes puedan llevar a cabo la labor de previa determinación, en orden a si se está o no en presencia de un deber. Y es que a pesar de que existe algún debate en torno a la necesidad de mantener o no la regla, sobre lo cual no nos detenemos,⁴⁸² es claro que en nuestro derecho ella está presente, y este sería, así, otro ámbito en que cobra sentido.

5.2.2.3 El rol de la buena fe contractual.⁴⁸³

⁴⁸¹ Sobre el significado económico de la regla que limita el monto indemnizatorio a los daños previsibles, “el verdadero significado funcional de esta clase de reglas es el de inducir la transmisión de información relevante para el comportamiento de la prestación y asimétricamente distribuida entre las partes contratante, y hacerlo, además, incurriendo en los menores coste de transacción posible”. GÓMEZ, Fernando, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, op. cit., p. 108.

⁴⁸² CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p. 178 s.; “Pero, ¿cuáles (daños) son los que hubiese debido prever como hombre razonable? Aquellos que el Tribunal considera que debería pagar. De esta manera el test de la previsibilidad se presta a cualquier manipulación con el simple recurso de definir las características del hombre hipotético a quien incumbe la previsión” FULLER, Lon y PERDUE, William, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, op. cit., p. 57. A pesar de las críticas, en general, la regla se mantiene en el derecho uniforme, como se visualiza en el artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT; artículo 74 de la CISG; y artículo 9:503 de los PELC.

⁴⁸³ Se hace presente, que dentro de la argumentación para sustentar que la colaboración del acreedor constituye un deber secundario de conducta, no acudimos a la doctrina del solidarismo contractual, por tratarse de una tendencia teórica francesa que es innecesaria en nuestro derecho. De una parte, ya el contenido del solidarismo contractual es de suyo discutible; de otra, las mismas difusas consecuencias que la doctrina francesa hace emanar del solidarismo contractual, son susceptibles de ser extraídas del principio de buena fe; y si, a mayor abundamiento, ya es complejo delinear los contornos de la buena fe, no parece aconsejable incorporar una concepción que sólo contribuiría a tornar más vago o impreciso el análisis del contenido del contrato. Sobre el solidarismo contractual, Cfr. MAZEAUD, Denis, *Le nouvel ordre contractuel*. Revue des Contrats, París, nº 1, 2003. p. 295; JAMIN, Christophe, *Le solidarisme contractuel: un regard Franco-Québécois*. Montreal, Le Éditions Thémis, 2005. BERNAL- FANDIÑO, Mariana, *Solidarismo contractual -especial referencia al derecho francés-*. Revista Universitas, Bogotá, nº114, junio-diciembre 2007; MANTILLA, Fabricio, *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*. Revista chilena de derecho privado, Santiago, nº 16, julio 2011.

La referencia a la buena fe contractual u objetiva, constituye un argumento inevitable a la hora de sustentar que es posible admitir en Chile el deber de colaboración del acreedor. Sin embargo, se trata de un argumento al que es necesario acudir con cautela, dejando asentado desde ya, que la sola invocación a la buena fe para efectos de sostener la existencia del deber de colaboración del acreedor, nos parece insuficiente.⁴⁸⁴ No porque la buena fe no tenga relevancia teórico y práctica para el derecho de los contratos,⁴⁸⁵ es evidente que es todo lo contrario, sino debido a la tendencia cada vez más mayoritaria, de utilizar a la buena fe en forma indiscriminada, en algunas ocasiones para justificar interpretaciones de normas e instituciones muchas veces alejadas al texto o ajenas a nuestra tradición jurídica; y en otras, con la finalidad de incorporar instituciones que derechamente no se encuentran consagradas expresamente, con los peligros que ello reviste.⁴⁸⁶

Sin embargo, acudimos al principio de la buena fe en dos sentidos: el primero, desde una consideración abstracta, pues tanto doctrina como jurisprudencia han apelado a ella para efectos de desarrollar el contenido del contrato; y el segundo, en un sentido concreto, ya que la buena fe desempeñará un papel fundamental a la hora de calificar al deber de colaboración del acreedor en los casos en que se éste se requiera.

⁴⁸⁴ Ese es, también, el otro aspecto con que no concordamos con el reciente estudio de la profesora Lilian San Martín, quien para efectos de determinar si la cooperación del acreedor es deber o es carga, luego de explicar que el análisis es de carácter casuístico, se ampara casi en forma exclusiva en la buena fe contractual. La buena fe, entonces sería la determinante para definir en cada caso la naturaleza que adquiere dicha cooperación. SAN MARTÍN, Lilian, *Sobre la naturaleza jurídica de la "cooperación" del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes*, op. cit., p. 186 s.

⁴⁸⁵ La buena fe "adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial". DE LOS MOZOS, José, *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1965. p. 45. Así en Alemania, mediante la solución al problema de devaluación monetaria luego de la Primera Guerra Mundial; o como reacción al régimen nazi, mediante la interpretación del derecho privado de acuerdo a los derechos fundamentales; más recientemente a través del control judicial a los términos estandarizados del contrato; o con la extensión de una serie de deberes entre las partes durante la etapa precontractual. ZIMMERMANN, Reinhard and WHITTAKER, Simon, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, op. cit., p. 21, 22, 25, 27 s.

⁴⁸⁶ Así lo expresa el profesor Barros, quien pone en el tapete los inconvenientes del principio de buena fe cuyo "contenido semántico es doblemente pobre porque es un concepto indeterminado respecto de sus condiciones de aplicación y, además, tiene un contenido normativo que sólo es indiciario de sus fines". BARROS, Enrique, *Conceptualismo y vulgarismo en el derecho civil patrimonial*. En Estudios de derecho civil VI, op. cit., p. 30.

i. En lo que refiere a sustentar que al interior del contrato se sitúa un deber de colaboración del acreedor, la buena fe comercial permitiría expandir el círculo de las obligaciones contractuales más allá de lo expresado por las partes, idea que ya proviene del Digesto.⁴⁸⁷ Es decir, la buena fe tiene la potencia para configurar deberes accesorios, como el que es objeto de nuestro estudio.

En ese orden, recordemos que la mayoría de la doctrina extranjera, al momento de sustentar que la relación jurídica obligatoria se ve complejizada con deberes de la más diversa naturaleza, que recaen tanto en el acreedor como en el deudor, han acudido a la buena fe a efectos de justificar la existencia de tales deberes, lo que, en forma consecuencial, se manifiesta en la distinción entre obligaciones primordiales o principales y deberes secundarios de conducta, según se expuso en la parte final del capítulo precedente, y que permite tener una comprensión del contrato como un proceso que persigue, en último término, que las partes vean satisfechos sus intereses.⁴⁸⁸

En el derecho uniforme, ya veíamos, el recurso de la buena fe, como argumento a la incorporación al plexo contractual de deberes accesorios o secundarios, como aquel objeto de nuestro estudio, también se encuentra presente. Así, el artículo 7 de la CISG contiene una referencia a la buena fe,⁴⁸⁹ agregado a lo cual, hay un grado de consenso en

⁴⁸⁷ GUZMÁN, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, op cit., p. 88.

⁴⁸⁸ Betti, a propósito de la colaboración al cumplimiento del acreedor, expresa que éste tiene, ante todo, “un deber de colaboración al cumplimiento de la prestación. Una negativa suya de recibirla debe ser justificada por un motivo legítimo. Es una negativa controlable por el juez en su función jurisdiccional; siendo, por parte del acreedor, un deber de buena fe”. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 66. Medicus, que según veíamos reconoce la amplitud de la relación obligatoria por la incardinación de deberes de protección, por ejemplo, lo hace a partir del principio de la buena fe y equidad. MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, op. cit. p. 6. Larenz trata la creación de particulares deberes de conducta, entre los cuales menciona que “el acreedor está obligado, al menos en tanto el deudor tenga en ello un interés digno de protección, a no impedir la prestación del mismo, y a hacerla posible, en tanto dependa de él. LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 155. Hedemann también ancla los que denomina deberes agregados a la buena fe. HEDEMANN, J.W, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 51. Asimismo, Díez Picazo sitúa en la buena fe la totalidad del contenido de la relación obligatoria. DIEZ PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*, op. cit., p. 353. García Amigo, en una línea similar, asume que la buena fe supone un modelo de conducta que tiene un componente de lealtad hacia la concreción del fin propuesto por las partes al contratar, lo que implica que esa “conducta modélica, elevada por el ordenamiento a parámetro jurídico, es una regla o norma, que se aplica a las situaciones concretas, originando deberes jurídicos específicos en las relaciones contractuales singulares, dependiendo de la naturaleza del contrato en cada caso particular. GARCÍA, Manuel, *Consideraciones a la buena fe contractual*. Actualidad civil, Madrid, nº1, 2000, p. 9

⁴⁸⁹ El artículo 7 de la CISG establece: “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de

orden a que otras disposiciones de la misma Convención permiten inferir una suerte de deber general de cooperación, que se deduce de las obligaciones adicionales que ella establece para cada parte, junto con las obligaciones principales. Po ejemplo, los artículos 85 y 86 que regulan el deber de conservación de mercaderías, y su eventual devolución; los artículos 34, 37 y 48, sobre el deber de informar que se manifiesta en numerosas obligaciones; el deber de facilitación al cumplimiento de la contraparte, como en los artículos 32 y 60.^{490 491} De manera tal que la consagración en el artículo 7, sólo lo proclamaría como un principio general, pues él se encuentra presente en diversas normas.⁴⁹²

En los Principios UNIDROIT se consagra la buena fe en el artículo 1.7.⁴⁹³ Sobre esta norma, se ha dicho que el deber de cooperar para llegar a la perfección del contrato, emanaría precisamente del deber de actuar de buena fe.⁴⁹⁴ Se trata de una norma, en todo

tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado". La inclusión de la buena fe en la CISG dio lugar a profundas disputas, especialmente porque los países anglosajones fueron reacios a otorgarle un alcance de mayor entidad. Frente a la consagración de la buena fe en esos términos, es que se abrió un debate en torno a si la Convención contempla un concepto débil o fuerte de la buena fe. El concepto débil, implica únicamente la interpretación de la Convención conforme a la buena fe, pero no supone la creación de nuevas obligaciones que no estén contenidas expresamente en ella o en el contrato en particular; el concepto fuerte, por el contrario, considera que a pesar de la forma en que se encuentra reglamentada la buena fe en la CISG, igualmente posibilita que ella oriente no sólo su interpretación, sino la celebración y ejecución del contrato. MARTÍNEZ, Anselmo, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*. Granada, Comares, 2004. p. 142 y 145

⁴⁹⁰ SAN JUAN, Javier, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Navarra, Thomson Civitas, 2005. p. 77.

⁴⁹¹ En efecto, el artículo 60 de la CISG contempla expresamente el deber de recibir las mercaderías con bastante amplitud: "La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y b) en hacerse cargo de las mercaderías."

⁴⁹² CALVO, Alfonso Luis, *Disposiciones generales*. En *La compraventa internacional e mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez Picazo, editor, op. cit., p. 110. ESPLUGUÉS, Carlos, *Contratación internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994. p. 243.

⁴⁹³ Artículo 1.7. "(Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber."

⁴⁹⁴ Se da como ejemplo el caso *Presicion Pine & Timber, Inc. v. U.S.* en que se demandó a la Agencia Forestal de los Estados Unidos por el incumplimiento de una cláusula expresa del acuerdo que la obligaba a cooperar y no obstaculizar la materialización de la compra de maderas, que luego fue suspendida por el Gobierno Federal. VIGURI, Agustín, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado (derecho español, derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*. Madrid, Centro de estudios del Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2007. p. 62.

caso, que debe ser relacionada con la disposición siguiente – 1.9 - de los Principios, en tanto se refiere a los usos y prácticas establecidos por las partes.⁴⁹⁵

La buena fe también aparece consagrada en el artículo 1:201 de los PECL,⁴⁹⁶ que entre otros efectos, impone a las partes el deber de observar el debido respeto a la otra parte, lo que permite resolver, por ejemplo, situaciones imprevistas que no están contempladas en el contrato.⁴⁹⁷

En el caso del MCR, ella se encuentra en el Libro I, artículo I:103 y Libro III, artículo I:103.

En el Anteproyecto de código de los contratos, hay ciertamente referencia a la buena fe en el artículo 1, N°2; que luego se desarrolla en el artículo 24,⁴⁹⁸ sin embargo, este efecto expansivo de la buena fe a que hemos hecho referencia, queda claro, aunque indirectamente tratado, en el artículo 32 sobre cláusulas implícitas.⁴⁹⁹ En este caso, la referencia a los términos implícitos del contrato, propia del derecho anglosajón, según veíamos en el capítulo anterior, permite lograr soluciones muy similares al de la aplicación de la buena fe contractual, en tanto posibilita adionar al contrato deberes complementarios aún cuando no se encuentren establecidos expresamente por las partes. Como dice Zimmermann, por la vía de los términos implícitos se reconoce en el derecho anglosajón

⁴⁹⁵ PENDÓN, Ángel, *Disposiciones generales*, en Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional. Navarra, Thomson Aranzadi, 2003. p. 85.

⁴⁹⁶ “Buena fe contractual. (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”. LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. Trabajos de la Comisión de derecho contractual europeo*, op. cit., p. 147.

⁴⁹⁷ LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. Trabajos de la Comisión de derecho contractual europeo*, op. cit., p. 150. DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., p. 156 s.

⁴⁹⁸ Artículo 1, N°2 “Dejando a salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo se forma también a través de comportamientos concluyentes, activos u omisivos, siempre que ello sea conforme con una voluntad precedentemente expresada, con los usos o con la buena fe”. ROGEL, Carlos (coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa*, op. cit., p. 33.

⁴⁹⁹ “Cláusulas implícitas. 1. Además de las cláusulas expresas, forman parte del contenido del contrato las que: a) vienen impuestas por el presente Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales, reemplazando, incluso, a las cláusulas defectuosas establecidas por las partes; b) derivan de las exigencias de la buena fe; c) deben considerarse como tácitamente queridas por las partes, en base a precedentes relaciones negociales entre ellas, a los tratos preliminares, a las circunstancias y a los usos generales y locales; d) deben considerarse imprescindibles para que el contrato pueda producir los efectos queridos por las partes.” *Ibidem*, p. 44. Como observa De los Mozos, es en esta norma en que la buena fe despliega en el Código de Pavía, su verdadera función normativa, de modo que en los efectos del contrato se comprenden todos sus efectos colaterales, simultáneos y posteriores al contrato. DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, op. cit., p. 270.

una variada gama de deberes: de cooperación, de información, de protección, de mutua confianza y confidencialidad - similar solución a la que se arriba por la vía de la buena fe en el derecho alemán, por ejemplo-.^{500 501}

En nuestro país, según el profesor Guzmán ya citado en el capítulo I, el artículo 1546 del código civil chileno señala que las partes se obligan a las cosas que de acuerdo a su naturaleza se entiende pertenecerles, no se refiere a las cosas de la naturaleza del artículo 1444 de dicho cuerpo legal; es decir, no es una expresión técnica, sino que constituye un giro en el lenguaje de Bello para “expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata”.⁵⁰² Al decir del profesor Corral, en la jurisprudencia nacional una de las aplicaciones que se ha dado a la buena fe, es la creación de deberes contractuales que no están expresamente señalados en el contrato, aunque no refiere a casos sobre colaboración de las partes.⁵⁰³ La jurisprudencia, por su parte, también se encuentra cada vez más permeable al reconocimiento – y en algunos casos, derechamente a la creación- de deberes contractuales que no se encuentran establecidos en el contrato, por la vía de la aplicación de la buena fe negocial.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman law, European law. The civilian tradition today*. op. cit., p. 173. Sobre los términos implícitos: ATIYAH, P. S., *An Introduction to the law of contract*, Oxford, Clarendon Law Series, 1975, m p. 145 ss.; ATIYAH, P.S. y SMITH, Stephen, *Atiyah's Introduction to the law of contract*, op. cit., p. 155 ss.; TREITEL, G.H., *The law of contract*, op. cit., p. 206 ss.

⁵⁰¹ En el derecho alemán, esta virtud de la buena fe que permite radicar en el contrato deberes colaterales, como el de colaboración del acreedor, se palpa con mayor facilidad, ya que se ha desarrollado una extensa y profusa teoría sobre este efecto, lo que ha quedado aún mejor configurado desde la reforma del año 2002 al derecho de obligaciones, pero que anteriormente ya venía haciendo la jurisprudencia, aunque hay que advertir que este efecto de incorporación de deberes colaterales no sólo se justificó a través de la buena fe, sino también por medio de la aplicación del principio del *neminem laedere*. MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JONHSTON, Angus, *The german law of contract. A comparative treatise*, op. cit., p. 124 s.

⁵⁰² GUZMÁN, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, op. cit., p. 91.

⁵⁰³ CORRAL, *Contratos y daños por incumplimiento*, op. cit., p. 79. En forma mucho más breve, BOETSCH, Cristián, *La buena fe contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 115 s.

⁵⁰⁴ Así, en fallo pronunciado por la Corte Suprema de fecha 7 de junio de 2011, en un caso referido a contratos de compraventa de inmuebles ubicados en una parcelación en una zona cercana a la ciudad de Puerto Montt, en que varios compradores demandaron a la vendedora de los lotes de terreno, fundado en el incumplimiento del contrato de compraventa, debido a la inexistencia de caminos de acceso a cada lote, a pesar de que en reiteradas oportunidades, incluso en la etapa previa a la conclusión del contrato, la vendedora ofrecía la construcción de tales caminos de acceso. La demandada argumentó que en caso alguno asumió la obligación contractual de efectuar esa prestación, alegación que fue desestimada por la Corte Suprema, acogiendo, finalmente, la demanda de las compradoras. En fallo de casación, la Corte declaró en el considerando tercero de la sentencia de reemplazo, que “Se trata de una extensión del deber de prestación, conforme a los dictados de la buena fe contractual, conjugando a los contratantes en una actitud de colaboración mutua en el

ii. En el análisis del caso concreto, la buena fe desempeñará un papel relevante a la hora de determinar si efectivamente al interior del contrato existe un deber de colaborar del acreedor, especialmente si ello no ha sido incorporado expresamente por las partes. Sin embargo, hay que adoptar las siguientes precauciones: en primer lugar, valerse de la buena fe, supone en nuestro país aplicar precisamente la norma contenida en el artículo 1546 del código civil, es decir, para el reconocimiento de deberes complementarios, como la colaboración del acreedor, se debe necesariamente estar a la naturaleza del contrato, no siendo posible hacer caso omiso de esa misma naturaleza, con la excusa de incorporar al contrato “cosas” –como dice la norma en cuestión- que no le pertenezcan. De ahí, que la aplicación de la buena fe en otro de sus roles, cual es el de su vinculación con la interpretación contractual es esencial,⁵⁰⁵ siendo posible recurrir a las normas y principios de interpretación de los contratos a fin de determinar la naturaleza del contrato en cada caso.⁵⁰⁶ En segundo lugar, y en forma consecuencial, además de la necesidad de recurrir a otros argumentos normativos, como hemos venido afirmando, nos parece que desde la labor de los tribunales de justicia es fundamental que, además de ilustrar la buena fe a través de la cita a las opiniones formuladas por la doctrina nacional y/o extranjera, como se visualiza en muchas sentencias, se requiere un análisis razonado que dé cuenta de la concreta naturaleza del contrato, de acuerdo a las circunstancias y a las probanzas que aporten las partes, en cada caso que se pretenda reconocer a través de la buena fe la existencia de deberes complementarios.

cumplimiento de sus obligaciones, orientado a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación que cada quien debe acatar”. N° descriptor MJJ 27788.

⁵⁰⁵ En palabras de Betti.” La buena fe, como ya hemos dicho, gobierna la interpretación del contrato, tanto en su interpretación psicológica, encaminada a reconstruir en concreto el común intento práctico de los contratantes”. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 112.

⁵⁰⁶ Así, en el caso de Chile debiera adquirir especial preponderancia la disposición contenida en el artículo 1564 inciso 3° del código civil, en virtud del cual las cláusulas de un contrato se interpretarán “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”. Norma que el profesor Luis Claro Solar denominaba “regla de la interpretación auténtica”, pues constituiría la reina de todas las interpretaciones. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo XII, op. cit., p. 20.

5.2.3 La infracción al deber de colaboración, constituye un incumplimiento contractual en el derecho nacional.

Como hemos señalado en el acápite anterior, el advenimiento del nuevo derecho de la contratación tiene como una de sus manifestaciones más rotundas un verdadero cambio de eje en materia de incumplimiento contractual, coherente con la concepción pragmática del contrato. Este aspecto es especialmente relevante para nuestros propósitos, como es demostrar que la colaboración constituye un deber funcional o secundario de conducta que se encuentra ínsito en el contrato, de modo que su inobservancia configurará incumplimiento del mismo. Esta calificación de incumplimiento contractual a la ausencia de colaboración del acreedor, se ve así reforzada por la concepción del incumplimiento que adopta el nuevo derecho de los contratos.

Sobre la noción de incumplimiento del nuevo derecho de la contratación, los siguientes aspectos son los que interesa abordar brevemente, con la finalidad de articular el argumento dogmático que permita sustentar nuestras conclusiones, en tanto es aplicable en el derecho positivo nacional: primero una sintética explicación sobre la noción de incumplimiento a que referimos; segundo, como ha sido sostenido por alguna doctrina nacional, se verá la posibilidad de admitir esta concepción de incumplimiento en nuestro derecho; y, finalmente, concluiremos que la inobservancia de la debida colaboración por parte del acreedor, constituye incumplimiento contractual en el derecho civil chileno.

i. En primer término, en el nuevo derecho la noción de incumplimiento que se adopta es consecuencia de la corroboración de que el contrato tiene por finalidad que las partes vean satisfechos sus intereses contractuales, por lo que para tal efecto, debe seguirse el plan contractual que ellas mismas se han proporcionado.⁵⁰⁷ Siendo así, el incumplimiento

⁵⁰⁷ Como señalan los profesores Díez Picazo y Gullón, la idea del incumplimiento tiene distinto sentido, según se lo mire desde la perspectiva del deudor, en tanto habrá de determinarse si ha infringido o no su deber, o si se lo mira desde la óptica del acreedor, en tanto se deberá verificar si ha visto satisfecho o no su interés. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, Tecnos, 2005. p. 187. Cabe precisar, que también se ha marcado la diferencia entre las nociones de “satisfacción de los intereses o del interés del acreedor” con la de “cumplimiento”, pues se ha sostenido que la primera es más amplia que la segunda, toda vez que es perfectamente posible que exista satisfacción del interés del acreedor y que ello no provenga necesariamente del cumplimiento que lleva a cabo el deudor: “Si a través de un medio distinto de la actuación comprometida del deudor, el acreedor logra la satisfacción

supone la desviación del programa contractual. Así lo sustenta el profesor Morales Moreno, quien afirma que el incumplimiento es “cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo”, pues supone la insatisfacción del interés del acreedor, noción unitaria que permite en torno a ella articular todo el sistema de remedios.⁵⁰⁸ Esta noción, explica, emana de los PECL⁵⁰⁹ y de la CISG, aunque esta última no lo señale explícitamente.⁵¹⁰ En el caso de los PECL, los comentarios aluden a esta amplitud de la noción de incumplimiento, en tanto incluye todo defecto en el cumplimiento,⁵¹¹ por lo que incorpora toda modalidad que éste pueda adoptar. Se destaca que los PECL utilizan la expresión *non-performance*, para distinguirla de la fórmula *breach of contract* que solo da lugar a la indemnización de perjuicios, por el contrario, la primera da lugar a cualquiera de los remedios, además de poner de relieve la amplitud a que hacemos alusión.⁵¹²

En la CISG, se denota, por ejemplo, en que el incumplimiento esencial a que refiere el artículo 25,⁵¹³ exige la lesión a un interés contractual que tenga esa entidad, es decir, que suponga la privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato,⁵¹⁴ lo que implica que el incumplimiento puede configurarse respecto de cualquier tipo de obligación del contrato, sea principal, sea accesoria, pues el incumplimiento contractual no

de su interés se habrá dado consecución al objetivo último del vínculo obligatorio y desaparecerá la *ratio* que justificaba su permanencia (en tal sentido si cabe hablar atécnicamente de “cumplimiento” de la obligación), pero de lo que no puede haber duda es de que ha dejado de cumplirse estrictamente el programa de prestación contemplado, en cuanto uno de los factores, integrador y caracterizador del mismo, el comportamiento debido del deudor, no ha llegado a tener realización”. MONTÉS, Cristóbal, *El pago: el papel de la voluntad del acreedor y del deudor*, op. cit., p. 543 s.

⁵⁰⁸ MORALES, Antonio, *Modernización del derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 29 ss.

⁵⁰⁹ En efecto, el artículo 1:301: Definiciones (4) establece: “El término “incumplimiento” denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificada, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”. Nótese que los PECL reconocen expresamente que el incumplimiento del deber de colaboración es configurativo de incumplimiento contractual. Algo similar se aprecia en los “Acquis principles”.

⁵¹⁰ MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 29.

⁵¹¹ LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. Trabajos de la Comisión de derecho contractual europeo*, op. cit., p. 163.

⁵¹² FAJARDO, Javier, *Cumplimiento o extinción del contrato*. En CÂMARA, Sergio, *Derecho privado europeo*, op. cit., p. 527.

⁵¹³ “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.”

⁵¹⁴ CABANILLAS, Antonio, *Capítulo primero, Disposiciones generales*. En *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, op. cit., p. 214.

depende de la naturaleza de la obligación incumplida sino de las consecuencias que ello trae aparejado.⁵¹⁵

Entre los rasgos que presenta esta concepción de incumplimiento, hay dos que interesa resaltar. El primero de ellos, es que se trata de una noción de carácter amplio, es decir, es incumplimiento cualquier desviación del contrato, independientemente de su extensión – incumplimiento total, imperfecto y cumplimiento tardío o retrasado-, hay incumplimiento en cualquiera de las modalidades que adopte.⁵¹⁶ De igual forma, hay incumplimiento ya sea que él refiera a los deberes de conducta como a estados de realidad garantizados por el contrato.⁵¹⁷ Tal amplitud es la que permite afirmar que es calificable de incumplimiento la inobservancia de la colaboración del acreedor al incumplimiento, como hemos venido sosteniendo a lo largo de esta investigación.⁵¹⁸

La mencionada amplitud del incumplimiento contractual, ha sido acogida en varios instrumentos de derecho uniforme, además de la CISG y los PECL antes reseñados, como se visualiza en los artículos 301 y 302 del Contract Code,⁵¹⁹ en cierta medida en los Principios UNIDROIT, artículo 7.1.1;⁵²⁰ y en el artículo 68 del Código europeo de contratos.⁵²¹

⁵¹⁵ CABANILLAS, Antonio, *Capítulo primero, Disposiciones generales*, op. cit., p. 219.

⁵¹⁶ MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 29.

⁵¹⁷ MORALES, Antonio, *Incumplimiento y culpa del deudor*, op. cit., p. 6.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁵¹⁹ El artículo 301 establece: “Falta de prestación. La parte de un contrato que deja de cumplir por completo cualquier obligación que le incumbe o la cumple tardíamente o sólo en parte, o de cualquier otro modo que no se ajuste a sus obligaciones, incurre en incumplimiento de contrato”. A su turno, el artículo 302 agrega: “La parte del contrato cuya declaración consista en un suceso o en un estado de hecho o de derecho que no se cumpla debidamente incurre en incumplimiento de contrato”. Sobre ambas normas, los Comentarios del Contract Code, ponen de relieve esta amplitud del concepto. MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, op. cit., p. 81 s.

⁵²⁰ “Definición de incumplimiento. El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso y el cumplimiento tardío”. Sobre esta norma, los Comentarios destacan que además de incorporar las diversas formas que el incumplimiento puede adoptar, la amplitud viene dada también por el hecho que lo hay, ya sea que se produzca por causa excusable como inexcusable. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma, Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), op. cit., p.200. MORÁN, David, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, op. cit., p. 323; VIGURI, Agustín, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado (derecho español, derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena*, op. cit., p. 179.

⁵²¹ “Art. 89 *Noción de incumplimiento*. Dejando a salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, una obligación contractual se considera incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o encargados adoptan un comportamiento diferente al debido en base al contrato, o cuando se produce una situación de derecho o de hecho diferente de la prometida”. ROGEL, Carlos

Para efectos de este estudio, es especialmente relevante, la noción de incumplimiento adoptada en los “Acquis principles”, que en su artículo 8: 101, incorpora en forma expresa a la infracción del deber de cooperación para procurar la plena eficacia de una obligación.

De igual forma, ha sido adoptada en recientes modificaciones de derecho interno de las obligaciones, como en la reforma al BGB del año 2001, que acorde a la evolución jurisprudencial, el incumplimiento incluye no sólo a la inobservancia de las prestaciones pactadas, sino también a la infracción de otros deberes, como los de protección. En tal sentido, hoy se acoge un supuesto de hecho unitario para el incumplimiento, que incorpora no sólo a los deberes principales y accesorios de la prestación, sino debido a la inclusión del párrafo segundo del § 241, también hay incumplimiento cuando no se tienen en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte.⁵²² Coherente con ello, el §280 al utilizar la expresión “violación de un deber”,⁵²³ incluye todo tipo de incumplimiento “no depende de si el deudor ha infringido un deber principal o accesorio, un deber de prestación o un deber de protección, y tampoco de si no ha cumplido a tiempo, en el lugar indicado o si ha cumplido con una cosa distinta de la debida, o con una prestación que tiene defectos o que no corresponde a la clase o calidad pactada”.⁵²⁴

Similar postura se ha adoptado sobre la noción de incumplimiento en algunos proyectos de modificación al derecho de obligaciones,⁵²⁵ y en nuestro país es postulada especialmente por los autores más contemporáneos.⁵²⁶ La consecuencia, como hemos indicado anteriormente, de adoptar una noción amplia de incumplimiento es que en torno a

(coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa*, op. cit., p. 68.

⁵²² EBERS, Martín, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002*, op. cit., p. 1590. Sobre la evolución de la reforma en materia de incumplimiento, ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, op. cit., p. 41 ss.

⁵²³ § 280 Resarcimiento del daño por violación de un deber. (1) Si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño que de ello resulta. Esto no rige si el deudor no debe responder de la violación de un deber”.

⁵²⁴ EBERS, Martín, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002*, op. cit., p. 1590.

⁵²⁵ Sobre el particular, FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*, op. cit., p. 70 s. Vidal, Álvaro, *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español*, op. cit. p. 263 ss.

⁵²⁶ VIDAL, Álvaro, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista*, op. cit., p. 47; VIDAL, Álvaro, *La noción de incumplimiento esencial en el código civil*, op. cit., p. 225; BARROS, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*, op. cit., p. 407; PIZARRO, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, op. cit., p. 399; MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento contractual y sus modalidades*, En Estudios de derecho civil III, op.cit., p. 465;

ella se articulan los remedios contractuales, como un verdadero elenco al que puede acudir la parte a quien se incumplió.^{527 528}

Derivado de lo anterior se afirma que debido a esta noción amplia de incumplimiento, ella es neutra, aséptica u objetiva.⁵²⁹ Es decir, que la conducta del deudor y, por tanto, su diligencia o ausencia de ella, no es determinante en la calificación de un incumplimiento contractual, en tanto concepto aglutinador de los remedios contractuales, sin perjuicio de que para el ejercicio de cada remedio se deban reunir, a su turno, ciertos y determinados requisitos. Sin embargo, hay que precisar que sobre este carácter neutro, no hay opinión unánime.

Efectivamente, en términos generales hay consenso en orden a la necesidad de aceptar una noción de naturaleza amplia, que acoja las más variadas modalidades que puede adoptar el incumplimiento, y que sea la puerta de entrada a la utilización de los remedios contractuales por la parte insatisfecha, pero cuestión distinta sería aceptar que esta noción unitaria es exactamente idéntica, independientemente de la naturaleza de la obligación incumplida. En esa línea, por ejemplo, el profesor Barros apunta a que existen obligaciones respecto de cuyo incumplimiento no sería posible predicar tal neutralidad u objetividad, pues el cumplimiento sería inseparable de la conducta del deudor como ocurre con las obligaciones de medios. En ellas, el cumplimiento se refiere a la observancia de un estándar de conducta del deudor, por lo que se debería adoptar “una regla unitaria en cuanto función articuladora del incumplimiento, pero suficientemente diferenciada acerca de las condiciones para darlo por establecido, sus efectos tienden a ser igualmente generales y comunes, tanto respecto de las obligaciones de medios como de resultado”.⁵³⁰ Contradice esta opinión el profesor Morales Moreno, quien afirma que de no admitirse una noción unitaria de incumplimiento, la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultado,

⁵²⁷ PANTALEÓN, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, op. cit., p. 1043; PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op. cit., p. 1720 s.

⁵²⁸ Si bien, se ha señalado que en los proyectos de reforma al código civil francés, no hay tanta influencia en el derecho uniforme, igualmente se aprecia esta concepción del incumplimiento contractual como articulador de los remedios contractuales, como en el artículo 159 del *Projet du réformé du droit des obligations*. Texte du projet de la Chancellerie

⁵²⁹ MORALES, Antonio, *Modernización del derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 32; MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 30; MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*, En *Derecho de daños*, op. cit., p. 212; MORALES, Antonio, *Incumplimiento y culpa del deudor*, op. cit., p. 9.

⁵³⁰ BARROS, Enrique, *Criterios de atribución de riesgos en materia contractual un contrapunto con la responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 159 y 183 s.

además de expresar dos diversos sistemas probatorios del incumplimiento, redundaría en dos sistemas diversos de responsabilidad contractual. Por ello, es que la solución es aceptar que la noción de incumplimiento es única y neutra, pues en las obligaciones de medios la constatación de que no se ha prestado el servicio con la diligencia debida, no es sino la constatación del hecho del incumplimiento y, por tanto, de que no se ha obtenido el resultado previsto por el acreedor, cual es la prestación correcta del servicio aquel.⁵³¹

ii. Para efectos de esta tesis, interesa determinar si nuestro código civil admite esta amplitud en la concepción del incumplimiento, por lo que cualquier desviación del programa contractual – como lo sería la inobservancia de la colaboración debida por parte del acreedor- constituya incumplimiento.

En primer término, es necesario admitir que el código civil, como asimismo, la legislación continental, ha adoptado desde la codificación una concepción de incumplimiento que permite aceptar que hay diversas formas que éste puede adoptar, como se lee en el artículo 1556.⁵³² Es decir, el incumplimiento puede ser completo o absoluto, cumplimiento imperfecto, o puede configurarse debido al retardo en el cumplimiento, como estuvo en la mente del legislador desde los primeros proyectos.⁵³³ A partir de esta disposición, Fueyo, quien en la doctrina clásica fue el autor que trató con mayor pormenoridad las diversas

⁵³¹ MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*, En Derecho de daños, op. cit., p. 215 y 218 s.

⁵³² El artículo 1147 del código civil francés establece “El deudor será condenado, si hubiera lugar, al pago de daños y perjuicios, bien en razón del incumplimiento de la obligación, o bien en razón del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviniera de una causa extraña a él, y que no le pueda ser imputada, sin que hubiera mala fe de su parte”. Por su parte, el código italiano de 1942, dispone en su artículo 1218 “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”. El artículo 1101 del código español: quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que a cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla”.

⁵³³ Así, en el proyecto publicado en El Araucano en 1842, artículo 8, se lee: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente i el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. El proyecto publicado el año 1847, artículo 99, tiene el mismo tenor. BELLO, Andrés, *Obras completas*, vol. XI. Santiago, Impreso por G. Ramírez, 1887. p. 163 y 438. El proyecto de 1853 establece en su artículo 1735. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente i el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la lei la limita expresamente al daño emergente”. BELLO, Andrés, *Obras completas*, vol. XII. Santiago, Impreso por G. Ramírez, 1888. p. 411. Del mismo tenor del artículo 1753, en el proyecto inédito. BELLO, Andrés, *Obras completas*, vol. XII. Santiago, Impreso por G. Ramírez, 1890.

clases de incumplimientos, distingue entre la inejecución de la obligación, dentro de la cual incluye: los casos en que la prestación toda no llega a producirse; los casos en que el deudor deja de cumplir con una prestación de responsabilidad como el cuidado debido en una obligación de dar especie o cuerpo cierto; y los casos en que no se cumplen cláusulas accidentales elevadas a la categoría de esenciales por la voluntad clara de las partes contratantes; luego, refiere a la gran variedad que puede adoptar el cumplimiento imperfecto que se caracteriza porque sólo hay apariencia de cumplimiento, pues no se cumple en el tiempo debido, o en el lugar debido, o no se cumple de buena fe; y finalmente, los casos de cumplimiento retardado.⁵³⁴

Sin embargo, a diferencia del nuevo derecho de los contratos, se aprecia una tendencia en la doctrina nacional más tradicional, de no reconocer la suficiente importancia a las diversas modalidades que el incumplimiento puede adoptar, limitándose a analizarlos a partir de la indemnización de perjuicios, como hace el legislador en ese mismo artículo 1556 - a excepción de algunos especialistas, como el mismo Fernando Fueyo en la obra indicada- y muchas veces sólo reiterando lo dispuesto en la norma en cuestión para, renglón seguido, tratar los efectos del incumplimiento en forma unitaria,⁵³⁵ y aún a identificarlo con la inejecución de obligación de dar especie o cuerpo cierto, énfasis que ha ido cambiando en autores más recientes.⁵³⁶

Ahora bien, en lo que respecta a la otra consecuencia de la adopción de un alcance amplio de incumplimiento, al modo del nuevo derecho de los contratos y que supone que se tendrá por incumplimiento contractual no sólo la inejecución de las obligaciones

⁵³⁴ FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., pp. 252-254.

⁵³⁵ Sólo a vía ejemplar: Fabres, José Clemente, *Instituciones de derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta y librería Ercilla, T. II, 1902. p. 106 s.; ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Teoría de las obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 264. En este caso, se identifica al cumplimiento imperfecto únicamente con el parcial, haciendo énfasis sólo en una cuestión de extensión cuantitativa del incumplimiento. ABELIUK, René, *Las obligaciones*, op. cit., p. 710. Gatica Pacheco, observa en todo caso, que “el concepto de incumplimiento comprende, en general, todo caso de inejecución, cualquiera sea su causa, naturaleza o gravedad”, no obstante, esta amplitud que predica no es análoga a la que postula el nuevo derecho, atendido que luego exige que ella debe provenir de una manifestación de voluntad voluntaria del deudor. GATICA, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959. p. 62 s.

⁵³⁶ VIDAL, Álvaro, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista*, op. cit., pp. 41-59; en lo que respecta a un estudio pormenorizado del cumplimiento retrasado, BARAONA, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, op. cit.; BARAONA, Jorge, *Algunas consideraciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su configuración y eficacia*. En Estudios de derecho civil IV, op. cit., p. 369-384.

primordiales, sino también de los deberes accesorios, lo cierto es que el ordenamiento jurídico nacional permite adoptar este significado del incumplimiento. Se arriba a esta conclusión, no sólo debido a que el propio tenor del artículo 1556 antes mencionado así lo permite, sino además por las normas contenidas a propósito del pago, según hemos comentado en este acápite y el anterior.⁵³⁷

En ese sentido, y en concordancia con el hecho de que las disposiciones de nuestro código posibilitan sustentar una concepción pragmática del contrato, es que en el título XIV, párrafo 1º, sobre el pago efectivo en general, hay una serie de disposiciones que llevan a aceptar que no sólo hay incumplimiento contractual si el deudor no cumple con las obligaciones principales o primordiales, sino también en el caso de inobservancia a los deberes complementarios o secundarios, como el de colaboración. Como ya hemos aludido, la expresión utilizada por el artículo 1568 “de lo que se debe”, al definir el pago, admite incorporar en la noción de cumplimiento todo aquello que las partes deban en virtud del contrato, lo que incluye a estos deberes complementarios de la relación contractual; con igual significado, el artículo 1569 señala a renglón seguido que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación”, y en el segundo inciso agrega que “el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba”. La palabra “deba”, es de amplio alcance, se debe todo lo que queda incorporado en la relación contractual, sin distinciones, se deben obligaciones principales o primordiales y deberes complementarios, como la colaboración que debe prestar el acreedor contractual. Si no se paga lo que se debe, hay incumplimiento contractual.

Agregado a lo cual, es perfectamente posible articular esta interpretación de las normas, vinculándolas otras disposiciones fundamentales en sede contractual. En efecto, en la definición de cláusula penal del artículo 1535, se infiere que la obligación se asegura ante incumplimientos de cualquier naturaleza, ya se trate de no ser ejecutada, o de ser retardada, lo que es concordante con la historia de su establecimiento.⁵³⁸ De otra parte, no cabe duda que la vastedad del artículo 1545 permite a las partes obligarse tanto a prestaciones

⁵³⁷ Lo comenta también Claudia Mejías, pero no para sustentar una noción de incumplimiento que permita incorporar la inobservancia de deberes complementarios, sino para argumentar que el incumplimiento no exige una valoración de la conducta del deudor. MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento contractual y sus modalidades*, op. cit., p. 473 s.

⁵³⁸ En efecto, en los Proyectos de 1842 y 1847, la norma no contemplaba la expresión “o de retardar”, la que aparece en el Proyecto de 1853. Repertorio. Sobre la función de la cláusula penal ante el incumplimiento, cfr. CORRAL, Hernán, *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en derecho chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

primordiales como funcionales, lo que luego se ve reforzada por la norma contenida en el artículo 1560 del código civil.

iii. En consecuencia, toda vez que la colaboración del acreedor constituye un deber funcional, su inobservancia constituye un incumplimiento contractual a la luz de nuestro derecho, incumplimiento que generalmente será imperfecto, según revisaremos en el acápite siguiente.

Advertimos que la calificación que hacemos del incumplimiento del deber de colaboración, no necesariamente se traspaasa al incumplimiento del deudor, pues como quedará de manifiesto en el próximo capítulo, de ser necesaria la colaboración del acreedor, su inobservancia acarrea la inexigibilidad de la o las obligaciones del deudor que dependen de ella, no configurando, entonces, un incumplimiento para dicho deudor.

Ahora bien, la determinación de si hay o no incumplimiento del deber de colaboración, dependerá de si se califica de medios o de resultado. No divisamos inconveniente alguno en efectuar esta calificación al deber de colaboración, así como es posible aplicarla a propósito de los deberes de cuidado que generalmente son de medios. En el caso del deber de colaboración, será posible recurrir a los diversos criterios que ha sugerido la doctrina para efectos de determinar, en cada caso, si la colaboración es de medios o de resultados,⁵³⁹ sin perjuicio de que, por ejemplo, sería posible intuir que, por lo general, la recepción de pago de una obligación de dar, en que el acreedor debe recibir dicho pago, puede ser calificado como un deber análogo a las obligaciones de resultado; de igual forma, si la colaboración se configura en forma más compleja durante la ejecución del contrato, la calificación estará supeditada a la manera como las partes establecieron la colaboración: si fue en forma expresa, dependerá de la mayor o menor precisión de la descripción de la conducta que debe desplegar el acreedor; si no se explicitó la necesidad de colaboración en el contrato, su calificación estará subordinada a la naturaleza de la obligación primordial que requiere de la colaboración, a la mayor o menos extensión en que ella ha de consistir, etc.

⁵³⁹ Una clara y sintética exposición de dichos criterios, en PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, op. cit., p. 226. BARAONA, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*, op. cit., p. 167.

5.2.4 Argumentos complementarios.

En la normativa chilena, además de las disposiciones que citamos en materia de pago, tanto para configurar el grupo de casos que quedan insertos en lo que hemos denominado no recepción de pago, como también para efectos de argumentar que es posible acoger en nuestro derecho una noción amplia de incumplimiento contractual, hay otras normas en el código civil, que permiten inferir la procedencia del deber de colaboración en sede contractual.

Entre ellas, podría citarse, como hace algún autor, que el acreedor deba aportar documentos para la determinación del número de individuos que tiene luego que entregar el deudor en el caso de las obligaciones de género.⁵⁴⁰ En el código civil, atendido lo dispuesto en el artículo 1460, y especialmente en el inciso segundo del artículo 1461, que establece que en caso que la cantidad sea incierta, el acto o contrato debe fijar las reglas o contener los datos necesario a fin de determinarla, se ha tendido a interpretar que es precisamente el acto o contrato el que debe contener tales antecedentes con el fin de determinar la cantidad de cosas genéricas con que debe cumplir el deudor, en caso contrario, no habría objeto del acto jurídico, por falta de determinación de la cosa objeto de la prestación, lo que puede traer como consecuencia, o la inexistencia o la nulidad absoluta del negocio, según sea la opinión que sobre el particular se siga. Sin embargo, siendo discutible, parece perfectamente posible que atendida la amplitud de la fórmula utilizada en este inciso segundo del artículo 1461 - “que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”- y en atención a la libertad que tienen las partes para reglamentar el contenido de lo contractual, sería factible que el contrato en cuestión estableciera que el acreedor deba aportar determinada información, a fin que luego a través de operaciones aritméticas se arribe a la cantidad de cosa genérica que deba el deudor. En este caso, sin embargo, será necesario que esta manifestación de cooperación se establezca expresamente en el contrato pues, de lo contrario, y de conformidad al mismo precepto que revisamos, no habría objeto.

Despejado aquello, calificamos de argumentos complementarios que permiten sustentar que en los casos en estudio la colaboración del acreedor es un deber secundario o funcional de conducta en el contrato, porque, a diferencia de los anteriores, nos referimos a

⁵⁴⁰ CABALLERO, José, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 107.

disposiciones situadas en materias particulares, pero que dan cuenta de que del sistema del código se puede inferir un deber de colaboración del acreedor.

Destacaremos de tales argumentos complementarios, los siguientes: el primero de ellos se sitúa en la regulación del contrato de mandato, artículo 2158 N°1; luego la reglamentación de las obligaciones alternativas, y finalmente del contrato de arrendamiento de servicios.

El artículo 2158 N°1 del código, se ubica a propósito de las obligaciones del mandante y establece que éste se encuentra obligado a proporcionar al mandatario lo necesario para la ejecución del mandato. Respecto de ella, Stitckin observa que se trata de una norma de contenido amplio, por lo que comprende la totalidad de las cosas necesarias para el desempeño del encargo por parte del mandatario. Así, la entrega de los títulos que se requieren para la celebración de la compraventa de un inmueble, los recibos de contribuciones, los dineros para los gastos de la escritura; en general, además, el mandante debe proporcionar al mandatario los títulos a través de los cuales este último acreditará su calidad de tal frente a terceros, etc.⁵⁴¹ La obligación contenida en esta norma ha sido relevante, como se sabe, para calificar al contrato de bilateral, independientemente de si se ha pactado una remuneración al mandatario, destacándose que el hecho de que ella apareció en el Proyecto definitivo de código civil, en el que además se suprimió la categoría de contratos bilaterales imperfectos, daría cuenta de la relevancia que le confirió Bello.⁵⁴²

543

⁵⁴¹ STITCHKIN, David, *El mandato civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 418.

⁵⁴² STITCHKIN, David, *El mandato civil*, op. cit., p. 150.

⁵⁴³ A pesar que estamos analizando una norma de derecho interno, evoca lo dispuesto no sólo en el artículo 1:202 de los PECL, sino muy especialmente al artículo 1:104 Duty to co-operate, de los Principios de derecho europeo de los contratos de servicios, o PEL SC, que establece:

(1) The duty under Article 1:202 PECL (Duty to Co-operate) requires in particular:

(a) the client to answer reasonable requests by the service provider for information in so far as this is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;

(b) the client to give directions regarding the performance of the service in so far as this is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;

(c) the client, in so far as the client is to obtain permits or licenses, to obtain these at such time as is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;

(d) the service provider to give the client a reasonable opportunity to determine whether the service provider is performing the obligations under the contract; and

(e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this is reasonably necessary to perform the contract.

(2) If the client fails to perform the duties under subparagraph (1)(a) or (b), the service provider may either withhold performance under Article 9:201 PECL (Right to Withhold Performance), or base performance upon the expectations, preferences and priorities a person in the same situation as the

En verdad, la obligación del mandante de proporcionar al mandatario lo necesario para que éste ejecute el negocio encomendado, se encuentra presente desde el derecho romano,⁵⁴⁴ si bien, con mayor referencia a las instrucciones que debe proporcionar al apoderado, o a la entrega de los dineros indispensables para que cumpla.⁵⁴⁵ No obstante, es posible observar que, en general, se la trata efectivamente como una obligación del mandante de contenido bastante amplio, pues va a estar supeditado a la naturaleza del encargo, como comenta el profesor Guzmán, al señalar que el mandante está obligado para con el mandatario a proporcionar todos los medios y recursos necesarios para cumplir el negocio.⁵⁴⁶

En ese sentido, es evidente la estrecha relación que existe entre la obligación de proporcionar al mandatario lo necesario para la ejecución del mandato,⁵⁴⁷ con el reembolso de los gastos en que incurrió eventualmente éste último, en caso que el mandante no se lo haya proporcionado con anticipación, obligación contenida en el numeral siguiente del artículo 2158.

Interesa destacar, atendida la naturaleza del contrato de mandato, y especialmente, aquel elemento esencial que supone que el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante, que el mandante debe cumplir con esta obligación de carácter contractual para que, a su vez, el mandatario o procurador pueda cumplir. Desde esta perspectiva, obedece estructuralmente a la noción de deber funcional, toda vez que si el mandante pretende que

client may reasonably be considered to have, given the information and directions that have been gathered, provided that the client is warned in accordance with Article 1:110.

(3) If the client fails to perform the duties under paragraph (1) causing the service to become more expensive or to take more time than agreed upon in the contract, the service provider is entitled to:

(a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the nonperformance; and

(b) an adjustment of the time of performance that is required for the service.

⁵⁴⁴ Así se advierte en los comentarios del profesor Juan Iglesias, que señala que es obligación del mandatario llevar a cabo “cumplido término el mandato, según las instrucciones recibidas o bien, con arreglo a la naturaleza del negocio”. IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1958. p. 436;

⁵⁴⁵ De un texto de Paulo se extrae el siguiente pasaje citado por Manuel Goycoolea: “Os he dado el mandato de comprar el fundo Corneliano, pero no os he enviado los fondos necesarios para pagar al vendedor. ¿No tendréis contra mí la acción mandati contraria? ¿será necesario que vos vendáis vuestro patrimonio para cumplir la misión que os he dado? De ninguna manera. La acción mandati os pertenecerá para obligarme a enviaros los fondos necesarios”. GOYCOOLEA, Manuel, *Del mandato*. Santiago, Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta Arturo Prat, 1928. p. 92.

⁵⁴⁶ GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 196. GOYCOOLEA, Manuel, *Del mandato*, op. cit., p. 93.

⁵⁴⁷ MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial. Relaciones obligatorias singulares*. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1955. p. 49.

el mandatario cumpla a cabalidad a fin de beneficiarse con lo ejecutado por el mandatario,⁵⁴⁸ debe necesariamente cumplir con este deber funcional, cual es proporcionarle los medios necesarios para que cumpla.⁵⁴⁹

Esta norma contenida en el artículo 2158 N°1 es, en nuestra opinión, una disposición que contempla en forma expresa la colaboración debida que debe prestar el acreedor – mandante- de la gestión o negocio que debe llevar a cabo el mandatario en tanto deudor. Bajo este prisma, este contrato, además, permite visualizar la estructura contractual que diferencia entre obligaciones principales o primordiales, según comentamos en el capítulo anterior, y obligaciones funcionales, instrumentales o secundarias de conducta, pues la obligación que contrae el mandatario de cumplir la gestión encomendada por el mandante es de naturaleza primordial, en tanto que la que ahora analizamos cumple un rol instrumental, toda vez que permite al procurador cumplir con este encargo.

La norma es, así, de la máxima relevancia para nuestra tesis, en tanto permite probar que efectivamente hay disposiciones positivas que posibilitan sustentar que la colaboración del acreedor tiene un sustrato dogmático, con el contenido y la naturaleza que venimos postulando en este trabajo, muy especialmente por la potencialidad que tienen las normas del contrato de mandato, de ser aplicadas a los demás contratos en que surjan obligaciones de hacer, como en general, las prestaciones de servicios.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Sin perjuicio de que, como se sabe, es perfectamente posible que el negocio encomendado interese a la vez a mandante y mandatario, o sólo al mandatario, o a un tercero, como dispone el artículo 2120 del código civil.

⁵⁴⁹ La relevancia de esta obligación contenida en el artículo 2158 N°1 es, por lo demás, corroborada por la jurisprudencia nacional, como se aprecia, por ejemplo, en causa caratulada “Levy Benveniste, Samuel con Bankers Trust corredores de bolsa Ltda.”, En ella, demanda Levy en calidad de mandante fundado en incumplimiento del contrato de mandato otorgado a la corredora, toda vez que no se habría cumplido con el encargo de vender sus acciones en ENERSIS al grupo español Elesur S.A., por tal razón solicita cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios por daño emergente, lucro cesante y daño moral, proveniente de la infracción a las obligaciones emanadas del mandato. La demandada mandataria, se defiende argumentando que la mandante no le proveyó de lo necesario para cumplir el encargo, pues no puso a disposición de la corredora los títulos de las acciones, requisito indispensable para su venta. Agrega que tampoco es procedente que sea la corredora la que adquiera para sí las mentadas acciones, como lo pretende la actora, pues su rol es de intermediaria en la compra y venta de acciones. La sentencia de primera instancia dictada con fecha 26 de marzo de 2003, acogiendo la alegación de que la mandataria no pudo cumplir con el encargo, debido a que la actora no proporcionó lo necesario, atendido lo dispuesto en el artículo 2158 N° del código civil, rechaza la demanda en todas sus partes. La Corte de Apelaciones de Santiago confirma el fallo el 22 de enero de 2008, mientras que la Corte Suprema en sentencia de casación de 13 de diciembre de 2009, rechaza los recursos de casación en forma y fondo interpuestos por la demandante. N° descriptor MJJ 22256.

⁵⁵⁰ BARROS, Enrique, *Los contratos de servicios ante la doctrina general del contrato*. En Estudios de derecho civil VII. Santiago, Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2012. p. 331. Un problema similar al nuestro, sobre la escasez de normas aplicables al contrato de servicios, *cfr.* JIMÉNEZ, Margarita,

En segundo término, aunque no con la importancia que hemos asignado a nuestro anterior argumento y, además, porque ya hemos aludido a este caso, hay que mencionar la regulación que contempla el código civil sobre obligaciones alternativas. En efecto, en las obligaciones alternativas la elección de la cosa con que el deudor ha de cumplir, puede ser de éste o del acreedor, según dispone el artículo 1500 inciso segundo. Si la elección es del acreedor, cabe preguntarse qué ocurre en caso de que éste no lleve a cabo la elección en forma oportuna. Si bien, según comentamos anteriormente, ante esta situación se ha dicho que sería posible que el juez elija o que elija el deudor, lo cierto es que el código civil chileno nada dispone, por lo que, sin perjuicio de la posibilidad de pagar por consignación, antes de que ella se lleve a cabo el deudor se halla en una situación extremadamente compleja, toda vez que atendido lo dispuesto en el artículo 1502, inciso segundo, en relación al artículo 1548, debe desplegar el deber de custodia respecto de todas las cosas *in obligationem*, por lo que ante un retraso en la elección o, derechamente, la falta definitiva de ella, el deudor no sólo no podrá disponer de las cosas debidas, sino que la inmovilidad de las mismas le puede acarrear gastos imprevistos y otros daños de diversa naturaleza, como lucro cesante. En esta línea, es posible argumentar que en caso que en la obligación alternativa recaiga la elección en el acreedor, si ella no se lleva a cabo, y con eso se generan consecuencias perjudiciales al deudor, se configuraría un incumplimiento contractual del acreedor a su deber de colaboración.

Una última norma a considerar, es la contenida en el artículo 2007 en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, puesto que este contrato se caracteriza porque los servicios consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores, asalariados de la prensa, entre otros. En este contrato el deber de colaboración se encuentra establecido tácitamente, pues en forma similar a lo que hemos comentado a propósito del contrato de mandato, es indispensable que el arrendador de los servicios inmateriales debe proporcionar durante toda la vigencia del contrato, las instrucciones y especificaciones técnicas, para que el arrendatario pueda cumplir.

Finalmente, advertimos que no haremos referencia a las normas contenidas en el código civil sobre pago por consignación como un argumento adicional, puesto que, si bien algunos autores lo vinculan con la temática de la cooperación del acreedor, se concluye que el pago por consignación sólo tiene como efecto impedir la mora del deudor debido a que no se

La distinción entre los contratos de obras y servicios en el derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán. ADC, Madrid, n°. XV, fasc. 2, 2012. pp. 552-584.

prolonga la obligación en el tiempo, pero bajo ningún respecto soluciona los efectos perjudiciales que padece el deudor derivado de la inobservancia a la colaboración debida,⁵⁵¹ que es precisamente el énfasis que hemos dado a este estudio. A lo anterior, hay que añadir que el tratamiento del pago por consignación es de carácter restrictivo, toda vez que sólo refiere al pago de obligaciones de dar, y no de otra naturaleza, como se infiere no sólo de lo dispuesto en el artículo 1599 al definir consignación, sino que de toda la normativa referida al procedimiento a ser aplicado. De igual forma, tampoco hemos mencionado a las normas indicadas al inicio de este acápite como aquellas que nuestra doctrina tradicional invoca para fundamentar la mora del acreedor – artículos 1548, 1680, 1827, y hemos adicionado al artículo 1996, inciso segundo-, pues si bien, según veremos a continuación, entre los efectos de la inobservancia al deber de colaborar existen aquellos que se refieren a las consecuencias que se producen en la propia obligación del deudor que no pudo cumplir, que precisamente se relaciona con la mora del acreedor, se trata de disposiciones que como las del pago por consignación, tampoco aluden a los efectos que se generan en la órbita de intereses del deudor.

⁵⁵¹ Como dice Cattaneo, el pago por consignación no cumple el rol de traspasar al acreedor los daños que el deudor ha padecido debido al primero. CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all' adempimento*, op. cit., p. 35. Por ello, tampoco nos parece un análisis completo el justificar únicamente en el artículo 1827 la posibilidad de que el deudor reclame los perjuicios padecidos por la falta de colaboración al acreedor, como hace el profesor Rodríguez Grez al tratar la mora del acreedor. RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, op. cit., p. 203. Según el autor, la norma citada recalcaría que el deudor tiene el derecho a dicha reclamación, sin embargo, hay que recordar que el artículo en cuestión no refiere expresamente a la indemnización de perjuicios, sino más bien al reembolso de gastos en que ha incurrido el vendedor. De ahí que es necesario determinar qué naturaleza tiene el reembolso aludido, y si es lo único que puede demandar el deudor al acreedor. En nuestra opinión, cuando la colaboración debida por el acreedor atente contra otros intereses del deudor, éste puede demandar su reparación.

CAPÍTULO III

Efectos de la inobservancia al deber de colaboración del acreedor.

1. Introducción al capítulo III.

En el capítulo precedente hemos delimitado la colaboración del acreedor en los grupos de casos que constituyen nuestro centro de atención, esto es: aquellas situaciones menos complejas que están constituidos por la no recepción de pago por parte del acreedor ante el ofrecimiento de su deudor; y los grupos de contratos más complejos en que la colaboración adopta diversas manifestaciones durante el desarrollo de la convención para que el deudor pueda, a su vez, cumplir; en este segundo grupo hemos distinguido según la colaboración ha sido incorporada a través de cláusulas expresas al contrato, o no.

En seguida, para efectos de determinar la naturaleza jurídica de dicha colaboración en aquellos casos, hemos analizado el tratamiento de la misma tanto en la doctrina como en el derecho extranjero, concluyendo que estamos en presencia de un deber secundario o funcional de conducta, cuya inobservancia puede acarrear que el acreedor se sitúe en una hipótesis de incumplimiento contractual, descartando esas situaciones en que la falta de la colaboración del acreedor no produce consecuencias nocivas para el deudor, sino sólo para el primero, en las cuales no vemos inconvenientes en que ella sea calificada de carga contractual. Para arribar a esas conclusiones, hemos expuesto los argumentos que sustentan nuestra postura.

Corresponde ahora que nos ocupemos de los efectos que trae aparejada la infracción al deber de colaboración, los que serán analizados en este acápite. Para tal propósito, identificaremos los ámbitos en que se producen tales efectos jurídicos, distinguiendo según ellos se generan en la propia obligación que el deudor tenía para con el acreedor, la que no puede ser ejecutada debido a la falta de colaboración de la contraparte y, luego, estudiaremos las consecuencias que se producen debido al incumplimiento del deber de colaboración, el que normalmente será susceptible de ser calificado como un caso de cumplimiento imperfecto.

Corresponde hacer una advertencia: como nuestro análisis se sitúa en los grupos de casos en que la colaboración del acreedor se erige como un deber secundario o funcional de conducta en la relación contractual debido a la afectación de intereses del deudor, los efectos que estudiaremos se refieren precisamente a aquellos. Por tanto, no haremos un análisis de los avatares que se pueden producir si la colaboración del acreedor sólo adquiere el carácter de carga contractual, atendido que no se produce una vulneración a los intereses del deudor si ella no se materializa.

2. Efectos derivados de la inobservancia a la colaboración debida.

Los efectos que produce la inobservancia de la colaboración debida en tanto deber secundario o funcional de conducta, pueden ser analizados en dos ámbitos: efectos que se producen en la propia obligación del deudor; y efectos referidos al incumplimiento contractual del acreedor. Sobre estas calificaciones, hay que precisar que aunque ambas partes tienen la calidad de deudor y acreedor a la vez, pues nuestro centro de atención son los contratos bilaterales - como dejamos asentado al inicio de este trabajo-, mantenemos el distingo para referir al deudor como aquella parte que no puede cumplir debido a la inobservancia de la colaboración debida, y por acreedor, para aludir a aquel que no ha prestado la cooperación esperada.

A pesar de que hemos identificado esos dos órdenes de efectos, el énfasis de este estudio se sitúa en el segundo ámbito debido a que prestamos especial atención a los grupos de casos en que la colaboración del acreedor se constituye como un deber para éste, de manera tal que se configura un incumplimiento contractual, como venimos sustentando.

2.1 Efectos derivados de la inobservancia de la colaboración del acreedor en la obligación del deudor. La mora del acreedor.

2.1.1 Ideas preliminares.

El primer orden de efectos que analizaremos, se sitúa en aquellas consecuencias jurídicas que se siguen de la infracción a la colaboración del acreedor, en la propia obligación del deudor. En una aproximación preliminar, el deudor no podrá cumplir íntegra y oportunamente para con su acreedor; por ello, es que un supuesto de este análisis está constituido por el hecho de que el deudor requiera necesariamente de la cooperación del acreedor para cumplir, lo que estará supeditado a lo que reza el contrato, y a la naturaleza de la obligación u obligaciones que de él emanan, según hemos visto en el acápite que precede. Por consiguiente, en caso que estemos ante obligaciones que no necesiten de la colaboración del acreedor para que el deudor cumpla, obviamente no habrá consecuencia alguna si él no coopera, pues el deudor igualmente cumplirá íntegra y oportunamente, dependiendo, entonces, sólo de él la ejecución de la o las prestaciones debidas.

i. Este primer grupo de efectos lo analizaremos desde la figura de la mora del acreedor. Si bien es cierto que esta es una institución discutidísima por la doctrina extranjera,⁵⁵² haremos referencia a ella con la finalidad de situar en su interior, a todas las consecuencias jurídicas que se produzcan en la órbita de la o las obligaciones del deudor, en caso de que siendo la colaboración del acreedor indispensable para su cumplimiento, ella no se materializa. Y parece pertinente ubicar este cúmulo de efectos en la mora del acreedor, pese a que, como es la tendencia de los códigos decimonónicos,⁵⁵³ el nuestro no tiene una

⁵⁵² Discusiones que van desde si se le reconoce o no autonomía en relación a la mora del deudor, o si la mora constituye una noción unitaria, que se bifurca en *mora debitoris* y *mora creditoris*, pasando por los requisitos para que se configure, y hasta los efectos que de ella se desprenden, según apreciaremos a lo largo de esta parte de la investigación.

⁵⁵³ Habría dos modelos sobre el tratamiento normativo que se le brinda a la mora del acreedor por los ordenamientos jurídicos: primero, aquel que sigue el modelo recogido del Code, que tiene como base el escueto pensamiento de Pothier sobre la materia, y que corresponde con los códigos decimonónicos; y un modelo que arranca de las fuentes romanas, transitando por la pandectística alemana que fue tomado por el BGB y otros códigos más recientes, que regulan de manera general

reglamentación sistemática de esta institución, pues igualmente la doctrina y jurisprudencia la reconocen. Por tanto, a la vez que estudiaremos este primer tipo de efectos que acarrea la inobservancia de la colaboración debida, iremos identificando qué consecuencias jurídicas produce la mora del acreedor en nuestro ordenamiento jurídico, materia que, en términos generales, no ha sido tratada en profundidad en nuestro derecho.

ii. Una segunda cuestión, es que para la determinación del primer grupo de efectos, nuestra mirada está puesta en los grupos de casos que identificamos anteriormente, en todos los cuales hemos sostenido que la colaboración del acreedor tiene la naturaleza de deber secundario o instrumental que integra la relación jurídico obligatoria, en la medida que su inobservancia repercute también en los intereses del deudor - repercusiones que analizaremos en el segundo orden o grupo de efectos-. Ello, sin embargo, no implica que muchas de estas reflexiones, *mutatis mutandis*, no puedan ser aplicables a las situaciones en que, a pesar de ser necesaria la colaboración del acreedor, su inobservancia sólo afecte a los intereses de éste, y que alguna doctrina califica de carga contractual, calificación que, como hemos afirmado algunas páginas atrás, no nos incomoda, a pesar de que a nuestro juicio no estamos en presencia de la colaboración del acreedor técnicamente.

2.1.2 Relación entre la colaboración del acreedor y la mora del acreedor. Justificación de su ligamen.

Como se aprecia en la breve exposición del acápite anterior, la colaboración del acreedor se encuentra íntimamente vinculada con la mora del acreedor, no sólo por el tratamiento que le ha brindado la doctrina,⁵⁵⁴ sino que ello también se constata en las legislaciones foráneas.⁵⁵⁵ Y es que la falta de colaboración del acreedor constituye el

a la mora del acreedor, con precisión de sus requisitos y efectos. MOREU, José Luis, *El artículo 1452, párrafo 3º del código civil y la mora del acreedor*. En Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Madrid, la ley, 2006. p. 515.

⁵⁵⁴ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 45.

⁵⁵⁵ Así, en el capítulo precedente mencionamos al BGB, §293 a § 394; artículo 1206 del código civil italiano de 1942; artículo 813 del código civil portugués, artículo 1338 del código peruano; artículo 327 del código boliviano. Podemos agregar al código de Brasil, artículos 394 y 400; así el artículo 394 dispone "Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convênção estabelecer". Hay que destacar que la Propuesta española de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos,

supuesto fáctico de la mora del acreedor, por lo que el nexa es indiscutible. Hay que tener presente, sin embargo, que la mora del acreedor refiere a uno solo de los ámbitos en que se proyecta la infracción a la colaboración debida, pues se ha entendido que se erigiría como la respuesta más idónea para contestar la interrogante que surge sobre cuál es el destino de la o las obligaciones que el deudor no pudo cumplir íntegra y oportunamente, causado por el hecho de que el acreedor no cooperó a ello.

Si bien nuestro código civil no contiene una regulación especial de la mora del acreedor,⁵⁵⁶ ello no constituye un obstáculo para admitir que esta institución tiene perfecta cabida en el derecho nacional, como por lo demás ha sido sostenido por varios autores y alguna jurisprudencia.⁵⁵⁷ La falta de una regulación sistemática de la mora del acreedor, sin

no contiene una regulación de la mora del acreedor, lo que también se aprecia en los proyectos de modificación propuestos al código civil francés.

⁵⁵⁶ Similar situación a la nuestra se denota en otras legislaciones de nuestro continente, como Argentina, Colombia, Uruguay y Venezuela. PIZARRO, Carlos (coordinador), *El derecho de los contratos en Latinoamérica*. Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012. p. 84 s., 273, 536 y 62.

⁵⁵⁷ Sin duda, uno de los fallos más notables en lo que a la mora del acreedor refiere, es el pronunciado por la Corte Suprema con fecha 14 de agosto de 1961, causa caratulada "Fisco con Pelegrino Cariola". En TAVOLARI, Raúl, *Jurisprudencias esenciales. Derecho de obligaciones*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2010. pp. 1087-1099. El caso refiere al pago de impuestos a las compraventas, adeudado por la empresa demandada, realizado a través del procedimiento del pago por consignación. Debido a que este pago por consignación no fue aceptado por la demandante, ni tampoco fue declarado suficiente por sentencia judicial, es que el Fisco demanda a la empresa con la finalidad de obtener, además, el pago de intereses y multas que se habrían devengado. Tanto la sentencia de primera, como de segunda instancia, acogen la demanda y se ordena a la sociedad demandada pagar estos rubros. La sociedad recurre de casación, el que es acogido. En la sentencia, la Corte Suprema, razona en orden a si el pago realizado por la empresa tuvo la aptitud de constituir en mora a la parte acreedora – Fisco-, a fin de determinar si procede o no que pague los intereses y las multas. La Corte declara en su considerando tercero, que a pesar de que el código civil no ha regulado en forma exhaustiva a la mora del acreedor, a diferencia de la mora del deudor, no la ha ignorado como institución jurídica, según se desprende claramente de una serie de disposiciones del mismo cuerpo de leyes. Agrega en el considerando siguiente que "no obstante la ausencia de preceptos reglamentarios y metódicos relativos a los efectos de la mora del acreedor, algunos de ellos pueden deducirse de las disposiciones citadas, como ser los que siguen: a) en las obligaciones que contienen la entrega o promesa de una especie o cuerpo cierto, el acreedor moroso sufre los riesgos provenientes de la falta de entrega (artículo 1548) ; b) en los contratos bilaterales el deudor no está obligado a las indemnizaciones de perjuicios ni otros efectos de su retardo si el acreedor también se encuentra en mora de cumplir por su parte lo pactado (artículo 1552) ; c) el deudor no responde sino por culpa grave o dolo en los casos de destrucción de la cosa que se encuentra en su poder, si el acreedor está en retardo de recibirla, no obstante habérsela ofrecido (artículo 1680); d) el comprador moroso en recibir debe pagar al vendedor las expensas de conservación de la cosa (artículo 1827); e) en el mismo caso anterior el deudor sólo responde de culpa grave o dolo y queda descargado del cuidado ordinario de conservación de la cosa (artículo 1827). Que, además, de otros preceptos del mismo Código se desprenden los efectos que siguen: f) el acreedor debe pagar las expensas de toda oferta y consignación válidas (artículo 1604); g) en los contratos bilaterales el deudor no está obligado al pago de la pena, aunque se encuentre en mora por su parte (artículo 1538 en relación con el artículo 1552); 5.º Que, de lo dispuesto en el artículo 1680 del Código Civil, debe entenderse que la mora del acreedor se produce como consecuencia del ofrecimiento de la

embargo, puede ser tanto positiva como negativa. Positiva, pues debido a la plasticidad de que gozan muchas de las disposiciones del código civil, es posible incorporar los efectos que de ella se predicen en el derecho foráneo por la vía interpretativa; negativa, pues se dificulta situar a la mora del acreedor dentro del sistema de acciones o remedios contractuales, muy especialmente en el indemnizatorio que es el que mayormente nos interesa, lo que se debe a varias razones: en primer término, porque tradicionalmente se la ha vinculado con el pago por consignación; en seguida, porque tan pronto se habla de mora del acreedor, de hecho del acreedor, o de culpa del acreedor, haciendo necesario precisar en qué consiste cada una de estas expresiones, o bien, determinar si se está hablando de la misma figura; y luego de ello, porque puede hacer más compleja la determinación de la influencia que ha de tener la mora del acreedor en los distintos remedios contractuales, en particular, en la influencia de la mora del acreedor respecto de la responsabilidad civil del deudor que no cumple debido a que el acreedor ha incurrido en mora, siendo necesario precisar si tal responsabilidad surge o no, para lo cual se hace indispensable elaborar una cadena argumentativa que permita erigir a la mora del acreedor como causal de exoneración de la responsabilidad del deudor.

Por ello, es que primeramente intentaremos delimitar esta figura, especialmente en su relación con el pago por consignación, con el hecho del acreedor y con la culpa del acreedor. Precisemos que, en todo caso, el énfasis se centra en el supuesto de hecho de la mora del acreedor, que es la falta de colaboración debida.

Tal como se aprecia en la doctrina nacional y en nuestra jurisprudencia, la mora del acreedor es casi automáticamente vinculada con el pago por consignación,⁵⁵⁸ especialmente debido a que el artículo 1599 del código civil establece los supuestos de hecho en que procede pagar a través de la consignación. Así, al definir la norma a la consignación, se señala que es el depósito de la cosa que se debe, si hay repugnancia de parte del acreedor a recibirla, o si no comparece a ello. Tal como se ha venido señalando y se ha puesto de manifiesto por la doctrina contemporánea, es indudable que también en

cosa por el deudor y, aunque podría ser punto no pacífico en doctrina si ese ofrecimiento debe o no realizarse conforme a los preceptos del párrafo 7.º del título XIV del libro IV del Código Civil, de todas maneras es materia sin posible discusión que si se da cumplimiento a dichas formalidades y el acreedor se niega a recibir la cosa debida, queda, por de solo hecho, constituido en mora”.

⁵⁵⁸ BARBERO, Domenico, *Sistema de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1967. Sobre la consignación, sin embargo, también existen variadas posturas sobre su naturaleza jurídica. Una exposición sintética de ellas en CANO, María Dolores, *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*. Madrid, Dykinson, 2005. [en línea] <<http://vlex.com>> [consulta mayo 2012].

materia de pago por consignación el legislador razona sobre la base de una obligación de dar,⁵⁵⁹ por lo que el grueso de la regulación del pago por consignación apunta a un procedimiento que busca finalmente liberar al deudor de la misma,⁵⁶⁰ lo que también se aprecia en el artículo 1605, que expresamente establece que el efecto de la consignación es extinguir la obligación; y luego, para mayor precisión, agrega “hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación”. Como ha afirmado algún autor, es evidente que las normas referidas al pago por consignación tienen un marcado contenido procedimental,⁵⁶¹ lo que también queda de manifiesto en muchas de las cuestiones que se ventilan en los tribunales nacionales a propósito de la misma, por ejemplo, referidas a si se cumplen o no las formalidades de este procedimiento; si la cosa que se consigna es o no la debida, si lo que se consigna extingue íntegramente la deuda o sólo da lugar a un pago parcial, entre otras.⁵⁶²

⁵⁵⁹ “Cuando el acreedor se niega a recibir el precio, el deudor puede obtener su liberación mediante oferta real y subsiguiente consignación de la cosa debida”. GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid, Reus, vol. VII, 1912. p. 289. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Teoría de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 85.

⁵⁶⁰ Lo propio se concluye del artículo 1601 que dispone: “Si el acreedor o su representante se niega a recibir la cosa ofrecida, el deudor podrá consignarla en la cuenta bancaria del tribunal competente, o en la tesorería comunal, o en un banco u oficina de la Caja Nacional de Ahorros, de la Caja de Crédito Agrario, feria, martillo o almacén general de depósito del lugar en que deba hacerse el pago, según sea la naturaleza de la cosa ofrecida”.

⁵⁶¹ RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, op. cit., p. 205. RODRÍGUEZ, Pablo, *Extinción convencional de las obligaciones*, op. cit., p. 178.

⁵⁶² A vía ejemplar, Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de mayo de 1935, N° descriptor Westlaw Chile J4138/1935, en que se discute si para efectos de la validez del procedimiento de pago por consignación, se requiere o no del consentimiento del acreedor, en caso que se consigne el objeto debido, disputa que se produce especialmente debido a que el artículo 1602 señala que la consignación se hará con citación del acreedor o de su legítimo representante. La Corte Suprema resuelve en casación en el fondo, que no es necesaria la comparecencia de éste, pues la norma citada no tiene otro efecto que, dentro el plazo de citación, el acreedor pueda efectuar observaciones a la consignación. Con voto disidente, que considera que atendido lo dispuesto en el artículo 1602, citado, el procedimiento de pago por consignación es contencioso; Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de septiembre de 1937, N° descriptor Westlaw Chile J4103/1937, en que se declara por la Corte Suprema que el pago por consignación no extingue la obligación si lo que se consigna no es el objeto debido. En este caso, se adeudaba una suma de dinero fijada en moneda extranjera -libras esterlinas- y se consignó en moneda nacional, los dineros adeudados en virtud de un contrato de mutuo en el cual el mutuario suscribió varios pagarés para dar lugar al pago del mutuo; Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de abril de 1978, N° descriptor Westlaw Chile J4802/1978, en que se discute la nulidad de un procedimiento de pago por consignación, debido a que en el contrato se pactó como domicilio de la convención a la comuna de Santiago, por lo que no procedía llevar a cabo la oferta de la consignación ante un notario de la comuna de San Carlos; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de fecha 28 de octubre de 1991, N° descriptor Westlaw Chile J4108/1991, en que la Corte resuelve que para que sea procedente la prórroga del plazo a que refiere el artículo 1603 inciso 4º, es necesario que se acredite la existencia de un juicio en el que deba calificarse la consignación, y no se trata de un plazo para que se notifique la demanda a que alude la norma; sentencia de 10 de noviembre de 2010, N° de descriptor vlex 333055254, causa que se origina en

Por eso es que identificar a la mora del acreedor, y aún a la ausencia de colaboración debida, con el pago por consignación, genera dos consecuencias indeseadas: la primera, que constituye una visión reduccionista, pues sólo toma en consideración un procedimiento a seguir, que en el caso de los sistemas adoptados por los códigos decimonónicos, sólo proporciona una solución a los casos en que el acreedor se niegue a recibir el pago de una obligación de dar, o no comparece a ello;⁵⁶³ y en segundo lugar, porque la mora del acreedor y la reglamentación del pago por consignación tienen diversas consecuencias jurídicas, no obstante vincularse en algunos casos.

En efecto, en lo primero, se constata de las normas que se contienen en el código civil sobre pago por consignación que el procedimiento a seguir sólo alude a obligaciones de dar especie o cuerpo cierto y de género;⁵⁶⁴ se omite una reglamentación que abarque a las obligaciones de hacer y, desde luego, de no hacer. Esta situación emana, por lo demás, del origen del instituto de la mora del acreedor en el derecho romano, cuya evolución - que abarca desde la posibilidad de que el deudor abandonara la cosa debida con efectos liberatorios, hasta la aparición del depósito con efecto liberatorio - tiene como antecedente la obligación de dar una cosa,⁵⁶⁵ y no la ejecución de un hecho. Los códigos del siglo diecinueve como el nuestro, entonces, no sólo no recogen a la mora del acreedor en términos sistemáticos, sino que tampoco regulan un procedimiento que solucione la situación en que se halla un deudor de obligación de hacer, al que el acreedor no quiera recibir el pago - ni mucho menos colaborar con él en la ejecución del contrato, en el grupo de casos más complejos que hemos identificado-.

el pago por consignación realizado por la parte vendedora, con la finalidad de hacer efectivo un pacto de retroventa incorporado en un contrato de compraventa de inmueble. En este caso se discutió si efectivamente lo que las partes habían acordado tenía el carácter de pacto de retroventa, derivado de la ambigüedad de los términos del contrato, lo que la vendedora entendió que tenía efectivamente esa naturaleza, razón por la cual lo hizo efectivo, pagando por consignación, pago que la compradora califica de inoportuno e ineficaz.

⁵⁶³ Que son los dos únicos casos que resalta la doctrina más tradicional, de nuestro país. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Teoría de las obligaciones*, op. cit., p. 85.

⁵⁶⁴ El artículo 1601, ya transcrito. En Argentina, por ejemplo, el alcance del procedimiento del pago por consignación puede ser interpretado aún en forma más restrictiva que en el caso nuestro, pues el artículo 756 del código civil argentino establece que "Págase por consignación, haciéndose depósito judicial de la suma que se debe", no obstante, la doctrina y la jurisprudencia de ese país ha interpretado la norma en forma extensiva, entendiendo que el pago por consignación "abarca el amplio espectro de las obligaciones de dar cosas, sean ciertas o inciertas", sentencia de 23 de septiembre de 2005, Quinta Cámara en lo civil, N° descriptor vlex 262304498.

⁵⁶⁵ CANO, María Dolores, *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, op. cit., C. I, p. 3- 7; CABALLERO, José María, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 43.; MOREU, José Luis, *El artículo 1452, párrafo 3º del código civil y la mora del acreedor*, op. cit., pp. 491-493.

No obstante, es necesario tener presente que, en aquellas legislaciones que se regula en forma más o menos exhaustiva a la mora del acreedor, sólo a veces se establece un procedimiento de intimación al acreedor para recibir el pago de una obligación de hacer, como en el artículo 1217 del código civil italiano;⁵⁶⁶ artículo 95 del código suizo de las obligaciones;⁵⁶⁷ artículo 337 del código civil boliviano.⁵⁶⁸

En el caso del BGB, aunque no se establece un procedimiento específico para las obligaciones de hacer, la normativa contenida en el Título 2, Libro segundo, razona en términos generales sobre una prestación que se ofrece al acreedor, por lo que puede entenderse que las normas de la mora del acreedor no son aplicables únicamente a las prestaciones de dar.⁵⁶⁹

En el derecho uniforme, algo similar se aprecia en el Anteproyecto de código europeo de contratos, artículo 105,⁵⁷⁰ a diferencia del MCR, que sólo contempla un procedimiento de intimación al acreedor respecto del pago de obligaciones de dar una cosa que no sea dinero, y de obligaciones de dar una cantidad de dinero.

Es reduccionista, además, porque incluso para estos específicos casos de no recepción de pago de obligación de dar, la reglamentación del pago por consignación no resuelve la totalidad de conflictos que se pudieren producir, por ejemplo si la negativa a recibir el pago ha generado gastos adicionales a los que conlleva la sola consignación para el deudor – y que en nuestro derecho son de cargo del acreedor- e incluso otros daños que el deudor puede haber padecido.

⁵⁶⁶ A pesar de que en el código civil italiano se ha criticado el hecho de que no se contempla un procedimiento que tenga por finalidad la liberación del deudor y no sólo la constitución en mora del acreedor. CANO, María Dolores, *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, op. cit., C. III. p. 26.

⁵⁶⁷ La norma establece que cuando la obligación no tenga por objeto la prestación de una cosa, el deudor puede en caso de mora del acreedor, rescindir el contrato en conformidad a las normas que rigen la mora del deudor.

⁵⁶⁸ En el código civil peruano de 1984, la cuestión es ligeramente distinta, puesto que si bien se encuentra expresamente regulada la institución de la mora del acreedor, también se contempla el procedimiento de pago por consignación, únicamente para las obligaciones de dar, artículos 1251 a 1255.

⁵⁶⁹ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 374 s. Agrega Larenz, a propósito de los requisitos de procedencia que “En el supuesto de obligaciones consistentes en la prestación de servicios, el deudor ha de hallarse en situación de efectuar los servicios allí donde éstos hayan de ser realizados, de forma que al acreedor únicamente le quede hacer uso de los servicios ofrecidos”. p. 377.

⁵⁷⁰ En cuya Sección 2ª del Título VIII, se contiene la reglamentación de la mora del acreedor, y el artículo 105, párrafo 4. dispone: “Tratándose de una obligación de hacer, el deudor debe cumplirla como haya dicho el juez, que será quien establezca seguidamente la corrección del comportamiento del deudor y su liberación.”

En lo segundo, la identificación de la mora del acreedor con el pago por consignación genera otro problema, y es que el procedimiento que adopta nuestro código tiene por finalidad la liberación del deudor, efecto que no siempre se produce cuando se configura mora del acreedor. Tanto de la normativa del código civil, como de la doctrina, se infiere que el pago por consignación tiene el carácter de pago, o bien de modalidad de pago,⁵⁷¹ extinguiéndose mediante él la obligación de dar. Por el contrario, si bien debido a la mora del acreedor pudiere producirse como consecuencia la extinción de la obligación del deudor en caso de que la falta de colaboración del acreedor torne imposible el cumplimiento de la obligación del deudor,⁵⁷² ello se produce por la imposibilidad y no por el pago de la misma, que es a lo que tiende el pago por consignación, por lo demás, según veremos más adelante, no es el único efecto posible de la mora del acreedor, ya que ellos también se despliegan en otros ámbitos, como en sede de responsabilidad civil – enténdase en sentido estricto- puesto que se configura una causal de exoneración de dicha responsabilidad de parte del deudor, a más otros efectos complementarios que analizaremos sintéticamente, como advertimos al comienzo de esta líneas.⁵⁷³

En seguida, decíamos que la mora del acreedor también suele vincularse con el hecho, y con la culpa del acreedor.⁵⁷⁴ La denominación que refiere a la culpa del acreedor,

⁵⁷¹ FABRES, José Clemente, *Instituciones de derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta y librerías Ercilla, 1902. p. 114 s.; BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno. De la teoría de las obligaciones*, op. cit., p. 162.; CANO, María Dolores, *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, op. cit., C. III. La autora propone la siguiente definición de consignación: “mecanismo de liberación del deudor al que está facultado recurrir legalmente cuando, por una causa que recae exclusivamente en la esfera del acreedor, no haya podido proceder al pago y que se realiza, previo anuncio a las personas interesadas y con las formalidades y requisitos exigidos por la ley, en contra o prescindiendo de la voluntad del acreedor, mediante el depósito de la cosa debida bajo el poder de la autoridad judicial y a disposición del acreedor, generando su liberación de forma retroactiva al momento de su práctica, cuando el acreedor acepte lo consignado, o en su defecto, cuando judicialmente se declare bien hecha, no pudiéndose imponer coactivamente al acreedor la recepción de la prestación así realizada, conservando el acreedor hasta esos acontecimientos el derecho a retirar lo consignado”. p. 22.

⁵⁷² CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevenida por la falta de cooperación del acreedor*. En Homenaje al profesor Juan Roca Juan. Murcia, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989. p. 119.

⁵⁷³ BARAONA, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 44; CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor*, op. cit., p. 119 ss.

⁵⁷⁴ RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual* op. cit., p. 199 ss. Incluso el autor, luego de tratar al hecho del tercero como una causa extraña que excluiría la imputabilidad del deudor contractual – p. 196-, analiza el hecho y culpa del acreedor como otro factor que eliminaría tal imputabilidad y, renglón seguido, refiere a la mora del acreedor diciendo: “Lo anterior- es decir, la culpa del acreedor- está estrechamente ligado a la llamada mora del acreedor, llamada también *mora accipiendi*”. p. 201. Ducci, sigue una línea similar en lo que respecta a la denominación de culpa del

supone contestar la pregunta en orden a si dentro de los requisitos de la mora del acreedor, es necesario que el acreedor incurra en culpa, cuestión que ha sido tratada *in extenso*. Por ello, es que preferimos utilizar una denominación más técnica y genérica, como es la mora del acreedor, que por lo demás no es ajena a las normas del código civil, según se lee de los artículos 1548 y 1827, ya citados, además de otras disposiciones diseminadas a lo largo del código civil, como el artículo 1996 en materia de contrato de confección de obra material.⁵⁷⁵

2.1.3 La mora del acreedor: una precisión a nivel de definiciones y efectos.

Tal como se expuso en el capítulo anterior, al tratar sobre la forma en que la doctrina y legislaciones foráneas regulan la colaboración del acreedor, hay un sinnúmero de definiciones de mora del acreedor, legales y doctrinarias, algunas de las cuales ya fueron reproducidas en esa oportunidad.⁵⁷⁶ Autores nacionales también han construido definiciones, por ejemplo, “el acreedor incurre en mora en todos aquellos casos en que sin motivo legítimo alguno se niega a recibir el precio ofrecido o bien no realiza lo necesario para que el deudor pueda cumplir su obligación”;⁵⁷⁷ o aquella que entiende que la mora del acreedor es el “retraso del cumplimiento motivado por la falta de cooperación indispensable del acreedor; o bien por su negativa a la aceptación de la prestación que le ofrece su

acreedor, si bien, no la vincula con la mora del acreedor. DUCCI, Carlos, *La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual*, op. cit., p.485.

⁵⁷⁵ Esta norma es especialmente interesante, aunque no es mayormente citada por nuestra doctrina, como un argumento dogmático para aceptar que en el derecho chileno hay fundamentos de la mora del acreedor. Ello, pues está inserta en un contrato en que, si quien encargó la obra aporta los materiales, el artífice se obliga a un hacer, lo que permite sustentar que a pesar de que la mayor parte de las normas que aluden a la mora del acreedor refieren a obligaciones de dar, también se configura mora del acreedor cuando el deudor se obliga a un hacer y el acreedor no colabora.

⁵⁷⁶ En efecto, en el capítulo anterior reproducimos varias de dichas definiciones, aunque para recordar alguna idea sobre ellas, recordemos a Cabanillas que expresa que “mora del acreedor es aquella situación en la cual se produce un objetivo retraso en la producción del resultado de la prestación como consecuencia de un comportamiento que es debido a una causa imputable al acreedor. Este comportamiento no determina una definitiva insatisfacción del derecho del acreedor, ni una imposibilidad sobrevenida, sino simplemente un retraso. Por lo tanto, se produce la mora del acreedor cuando la obligación ha vencido y el deudor ofrece la prestación debida al acreedor, negándose este sin razón a admitirla”. CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil*, op. cit., p. 122. CABANILLAS, Antonio, *La mora del acreedor*. ADC, Madrid, n° XL, fasc. IV, 1987. p. 1141.

⁵⁷⁷ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Teoría de las obligaciones*, op. cit., p.305.

deudor” – que ya fue citada en páginas anteriores-, o como una “institución creada por la ley para permitir la subsistencia de la obligación, a pesar de la reticencia del acreedor a recibir cuando la obligación aún puede cumplirse”.⁵⁷⁸ Si se da una mirada general a las definiciones, se aprecia que en algunas de ellas se pone el énfasis en los supuestos fácticos de la mora del acreedor, en tanto que en otras se adiciona el efecto o efectos más peculiares que esa institución genera. Además, se advierte que no todas expresan con meridiana claridad a lo que se alude con la figura de la mora del acreedor, por dos razones: primera, porque algunos autores tienen una visión más bien restrictiva en lo que refiere a sus supuestos fácticos;⁵⁷⁹ y en seguida, debido a que ya en este nivel de análisis se constata la enorme dispersión que existe en torno a los efectos que dicha mora del acreedor produce, lo que se encuentra asociado con cierta estrechez en la determinación de los requisitos que debiesen reunirse para que se configure.

Nuestro propósito no es proponer una definición diversa, sino identificar los elementos que la constituyen de acuerdo a las normas del derecho chileno,⁵⁸⁰ y muy especialmente a las contenidas en el código civil; estos elementos son: el supuesto fáctico y las consecuencias jurídicas.

i. En lo que respecta al supuesto fáctico, se configura mora del acreedor cada vez que se requiera de su colaboración para que el deudor pueda cumplir con su o sus obligaciones - ya sea que dicha colaboración se materialice en la necesidad de que reciba el pago que se le ofrece atendida la naturaleza de la obligación, o bien, cuando la colaboración se manifieste de otras formas-⁵⁸¹ y no la presta. Esta amplitud del supuesto fáctico de la *mora*

⁵⁷⁸ FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 453. LAGOS, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, op. cit., p. 44. El profesor Abeliuk señala que se hace referencia a las “situaciones en que la actuación del acreedor sea o la causa única del incumplimiento, haya contribuido a él, o a hacer más gravosos los prejuicios”. ABELIUK, René, *Las obligaciones*, op. cit., p. 863.

⁵⁷⁹ REZZÓNICO, Luis, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*. Buenos Aires, Depalma, 1966. p. 140;

⁵⁸⁰ De ahí, que tampoco haremos referencia a los antecedentes de la *mora creditoris* en el derecho romano, sobre lo cual se puede consultar SAN MARTÍN, Lilian, *Sobre la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes*, op. cit., p. 166 ss. CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y el mercantil*, op. cit., p. 140 s.

⁵⁸¹ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Teoría de las obligaciones*, op. cit., p.305; FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 453; ABELIUK, René, *Las obligaciones*, op. cit., p. 864 s.; HEDEMANN, J.W., *Tratado de derecho*

creditoris, es la que nos lleva a sustentar que en aquellos grupos de casos que sistematizamos en el capítulo anterior, si falta la debida colaboración del acreedor se configura su propia mora. Cabe recordar que en esos casos estamos ante lo que constituye la colaboración del acreedor en sentido técnico, por lo que se erige como un deber secundario de conducta. No obstante, si en algunos contratos la colaboración no alcanza a tener la naturaleza de deber secundario de conducta, debido a que su inobservancia no produce la totalidad de los efectos que ella genera -en tanto deber de conducta-, igualmente se puede configurar *mora creditoris* si se requiere de un comportamiento del acreedor para que la prestación se produzca.⁵⁸²

ii. El segundo elemento que perfila la mora del acreedor está constituido por las consecuencias jurídicas que trae aparejada para la obligación u obligaciones del deudor. Para efectos de esta investigación, entendemos que el efecto primario es la readecuación en la distribución de riesgos que contenía el contrato,⁵⁸³ lo que implica la modificación de la relación obligatoria producto de la falta de la debida colaboración del acreedor, y que tiene como principal finalidad evitar al deudor las consecuencias dañosas que ella le acarrea.⁵⁸⁴ Este efecto constituye una manifestación de que un elemento central en el contrato son los intereses de ambas partes, y no sólo el interés del acreedor. De modo tal, que la mora del acreedor constituye una clara demostración de que el interés del acreedor se encuentra limitado o, al menos, morigerado por el interés del deudor, como ya hemos señalado.

La readecuación de la relación contractual ha sido explicada de las más diversas formas por la doctrina, por ejemplo, se ha entendido que la mora del acreedor es un simple

civil. Derecho de obligaciones, op. cit., p. 187 s.; VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 311 s.; TRABUCCHI, *Instituciones de derecho civil*, op. cit., p. 67.

⁵⁸² DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. vol II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 204.

⁵⁸³ De ahí que en la mora del acreedor “los riesgos se reparten de tal modo entre el deudor y el acreedor, que cada cual responde de aquellos obstáculos para la prestación que se desenvuelven en la esfera de su alcance (teoría de las esferas de riesgos)”. ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 291. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría general del contrato*, op. cit., p. 150. “La función de traslado del riesgo o aseguramiento de los contratos se relaciona con el hecho de que un contrato (distinto del intercambio efectivamente simultáneo, que no es problemático) compromete a las partes, por su propia naturaleza, a un curso de acción futuro, y el futuro es incierto”. POSTNER, Richard, *El análisis económico del derecho*. México, Fondo de cultura económica, 2007. p. 179. LAMARCA Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op.cit., p. 82.

⁵⁸⁴CABALLERO, José, op. cit., p. 243.

retraso,⁵⁸⁵ por lo que no implica que la obligación del deudor se extingue; para otros, la *mora creditoris* acarrea una imposibilidad de cumplimiento que puede ser transitoria o permanente, dependiendo de las circunstancias; o bien que opera como una causal de exoneración de responsabilidad civil – en sentido estricto – para el deudor,⁵⁸⁶ todas las cuales, empero, están íntimamente relacionadas, dependiendo del prisma con que se la analice.

Considerando nuestra normativa jurídica, nos parece que el efecto primario que la mora del acreedor genera en la o las obligaciones del deudor es su inexigibilidad, concordando con la opinión sustentada por Jorge Baraona a propósito de la legislación española:⁵⁸⁷ la mora del acreedor constituye una causal de inexigibilidad de la obligación del deudor, inexigibilidad que será total o parcial, de acuerdo a la incidencia que tenga dicha colaboración en el cumplimiento de la misma. En efecto, si relacionamos las consecuencias que se producen a nivel de la obligación del deudor, originadas en la inobservancia de la colaboración de la contraparte, resulta que se suspende la exigibilidad de la obligación debido a un comportamiento del acreedor que se encontraba previsto en el contrato, ya sea en forma expresa, o bien, porque emanaba de la naturaleza de la o las prestaciones contractuales, y la razón es que el propio acreedor ha obstaculizado que el deudor cumpla.⁵⁸⁸ En este punto, hay que anticipar que es debido a que existe este obstáculo que, además, se configura una causal de exoneración de responsabilidad del deudor, por la vía de interrumpir el nexo causal entre la no ejecución de su obligación y las eventuales consecuencias dañosas para el acreedor.

⁵⁸⁵ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. vol II*, op. cit., p. 204; LAMARCA Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op.cit., p. 80. ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 290.

⁵⁸⁶ Así lo explica Rodríguez, al postular que la mora del acreedor elimina el factor de atribución de responsabilidad imputabilidad del deudor. RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, op. cit., p. 199 y 204.

⁵⁸⁷ “Mientras el deudor no consigne subsiste la obligación (cfr. Artículo 1.176.1 CC), lo que es demostrativo de los efectos de liberación de responsabilidad y no extintivos que la *mora creditoris* genera, por otra parte, la mora del acreedor impide considerar al deudor en incumplimiento, lo que indica que hay una obligación vigente pero no existe deber actual de cumplir. Ambas constataciones nos llevan a concluir que el fundamento de ambas circunstancias está en la inexigibilidad temporal que la mora del acreedor produce en el deber de prestación. Por ello, aparte de excluir la *mora debitoris*, la mora del acreedor, al hacer inexigible temporalmente la obligación, excluye el retraso.” BARAONA, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 44.

⁵⁸⁸ TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, op. cit., p. 67. HEDEMANN, J.W, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p.187 s.

Por consiguiente, y coherente con lo que hemos venido sustentando a lo largo de esta investigación, se debe partir del supuesto que el deudor despliega el comportamiento debido, o está dispuesto a ello, pero no puede cumplir pues requiere de la cooperación de la contraparte. Este comportamiento ha de ser necesario para que el deudor pueda cumplir, ya sea que la obligación del deudor tenga el carácter de medios o de resultado. Si la obligación es de resultado –como pagar una cantidad de dinero, y en la generalidad de las obligaciones de dar -, es más evidente que habrá casos en que la colaboración del acreedor se precisa, como en varios de aquellos descritos en el capítulo anterior. Pero aún tratándose de una obligación del deudor de medios, es perfectamente posible que para que se lleve a efecto el comportamiento debido por el deudor, requiera de la colaboración del acreedor, por lo que su inobservancia igualmente impedirá el cumplimiento.

iii. Ahora bien, este comportamiento del acreedor que impide que el deudor cumpla, puede deberse a cualquier razón: así, puede provenir de un hecho que no le es imputable al acreedor – es perfectamente posible, por ejemplo, que no haya puesto a disposición del deudor las especificaciones técnicas necesarias para que éste ejecute una obra cualquiera porque, a su vez, los especialistas a quienes encargó la elaboración de las mismas, no las elaboraron en tiempo oportuno-; o puede derivar de un hecho que efectivamente es imputable al acreedor – como sería el caso si el acreedor debe poner a disposición del deudor un inmueble de su propiedad para que se lleve a cabo una serie de capacitaciones para los trabajadores de su empresa, y esas dependencias estaban ocupadas, pues el mismo acreedor les dio otro destino-; o, incluso, es factible que el acreedor no colabore con el deudor porque perdió interés en el contrato. De ahí que, a juicio nuestro, para que se configure la mora del acreedor y produzca los efectos previstos, no parece que sea necesaria la culpa del acreedor,⁵⁸⁹ sin perjuicio que la naturaleza del comportamiento del

⁵⁸⁹ Como se sabe, una cuestión bastante debatida en doctrina, es si la *mora creditoris* requiere o no culpa del acreedor, debate que surge de la tesis unitaria de mora; de modo que la mora del acreedor debiese reunir los mismos requisitos que la *mora debitoris*. Una completa relación de las diversas opiniones en la doctrina europea en CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y el mercantil*, op. cit., p. 86 ss. Planiol y Ripert se inclinan por la culpa del acreedor, de hecho, no la califican de mora, sino de “culpa del acreedor”. PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. Sexto, La Habana, Cultural S.A., 1946. p. 550; Cattaneo considera que este es uno de los aspectos esenciales de la institución, y que la doctrina no ha resuelto en forma definitiva. CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all’ adempimento*, op. cit., p. 10 s.; Ennecerus, Kipp y Wolff, afirman que no requiere de culpa, salvo cuando exista un deber para el acreedor. ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p.294. En Chile, hay opiniones que

acreedor puede tener relevancia para los efectos que genera la falta de la colaboración, en el segundo estadio que identificamos.

Mientras subsista la actitud no colaborativa del acreedor, se suspende la exigibilidad de la prestación, por ello es que cuando se califica a la mora del acreedor como un retraso, se requiere una explicación adicional: y es que efectivamente hay materialmente un atraso en el cumplimiento del deudor, toda vez que no se llevará a efecto la prestación o prestaciones en la oportunidad prevista en el contrato; sin embargo, jurídicamente no hay un retraso de aquellos que constituyen incumplimiento del deudor y que el código denomina “cumplimiento retardado” – pues si el retraso constituyera incumplimiento del deudor, el acreedor tendría, entre otras, la posibilidad de solicitar el cumplimiento, de hacer valer las garantías que pudieren existir, a más de cobrar perjuicios si el deudor está constituido en mora.⁵⁹⁰ En efecto, siguiendo nuevamente a Baraona, el retraso es efectivamente un estadio de incumplimiento del deudor, en la medida que se cumplan determinados requisitos: que la obligación sea exigible, que no obstante haya llegado el tiempo para ello el deudor no la haya cumplido, y que la obligación pueda cumplirse aún específicamente.⁵⁹¹ En el caso de inobservancia de la colaboración debida, no hay un retraso susceptible de ser calificado de incumplimiento, que genere los efectos antes señalados, al no reunirse tales requisitos, ya que la obligación es inexigible debido al obstáculo que el propio acreedor ha puesto en su camino.⁵⁹²

Si falta la colaboración del acreedor, tampoco el deudor se sitúa en los otros dos estadios de incumplimiento contractual contenidos en el artículo 1556 del código civil, susceptibles de producir los efectos que ya mencionamos. Por ejemplo, es posible que materialmente el deudor haya podido ejecutar el contrato en forma imperfecta, debido a que se requería de la colaboración del acreedor para obtener un cumplimiento íntegro – como el caso en que la colaboración del acreedor haya debido manifestarse durante la vigencia de un contrato de prestación de servicios, mediante la entrega periódica de información

contestan en sentido afirmativo. RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, op. cit., p.200 ss.; DUCCI, Carlos, *La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual*, op. cit., p. 485 ss.

⁵⁹⁰ BARAONA, Jorge, *Algunas condiciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su configuración y eficacia*, op. cit., p. 378 s.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 370.

⁵⁹² Así lo ha sostenido alguna sentencia, como la de fecha 28 de octubre de 2004, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 6º del fallo de alzada. N° descriptor vlex 32031519. En sentido similar, sentencia de 14 de abril de 2011, de la Corte de Apelaciones de Buenos Aires, considerando quinto, N° descriptor vlex 339596102. CABANILLAS, Antonio, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 1395.

veraz y fidedigna por parte del acreedor, necesaria para el cumplimiento por el deudor de su obligación de auditar los estados financieros de la primera, y no se entrega en forma completa dicha información, razón por la cual, las auditorías no reflejan la situación financiera real del comitente-;⁵⁹³ pero es la inobservancia de la colaboración del acreedor la que impide que el deudor ejecute íntegramente el contrato, por tanto, no se configura incumplimiento para éste, pues el “cumplimiento imperfecto” a que alude el código civil, se debe al obstáculo creado por el propio acreedor que torna a la obligación del deudor inexigible en la forma perfecta.

Finalmente, aún si hay una inejecución completa y definitiva del contrato por el deudor debido a la misma circunstancia, tampoco se configura jurídicamente un incumplimiento contractual del que deba responder, por el contrario, y según indicaremos a continuación, en este caso probablemente habrá imposibilidad sobrevenida de la obligación.

Este efecto de no situar al deudor en un estadio de incumplimiento es, por lo demás, generalmente aceptado por la doctrina,⁵⁹⁴ lo que evidentemente repercute en los remedios contractuales con que habría contado el acreedor, viéndose privado de algunos o de todos,

⁵⁹³ En efecto, el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de octubre de 2004, refleja la situación descrita. En el caso, demanda el Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux a la empresa consultora Price Waterhouse, por incumplimiento de contrato, y solicita indemnización de perjuicios. Funda su demanda en el hecho de que fue objeto de una cuantiosa defraudación por uno de sus dependientes, que prestaba servicios como contador jefe, fraude que habría sido posible debido al incumplimiento por parte de la demandada de su obligación de auditar los estados financieros de la actora. La demandada, por su parte, arguye que no le cabe responsabilidad contractual alguna, toda vez que la demandante no adoptó las medidas correctivas por ella propuestas, las que, en todo caso, resultaban ineficaces para evitar el fraude; agrega que cumplió a cabalidad con las normas de contabilidad generalmente aceptadas. La sentencia de segunda instancia rechaza la demanda, teniendo en consideración que la labor del auditor no tiene por objeto evitar la ocurrencia de fraudes, y que además “a la auditora demandada se le entregaron datos falsos, como así también, que al interior del Instituto se ejecutaron sofisticadas maniobras de encubrimiento destinadas a que la defraudación no se descubriera con la sola aplicación de las normas de contabilidad generalmente aceptadas” – considerando 12º-. Por consiguiente, toda vez que el Instituto demandante incurrió en actos que facilitaron el fraude, “Ello, en razón de que el artículo 1547 del código civil obliga al acreedor a no crear obstáculos o escollos que impidan al deudor cumplir su obligación” – considerando 6º-, se rechaza la demanda por no reunirse los requisitos para hacer efectiva la responsabilidad contractual. Esta sentencia refleja que aunque la demandada ejecutó en forma imperfecta el contrato, técnicamente no hay incumplimiento, pues ello se debe a la falta de colaboración del Instituto demandante, que en este caso se manifiesta en un obstáculo que pone a la empresa demandada para cumplir jurídicamente en forma íntegra.

⁵⁹⁴ PADILLA, René, *Responsabilidad civil por mora*. Buenos Aires, Astrea, 1996. p. 564. LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 96 s. Se encuentra también contenido en la Propuesta española de modernización de las obligaciones, artículo 1188. Il que dispone: “Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión de quien lo invoque”. FENOY, Nieves, *La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Aspectos generales. El incumplimiento*, op. cit., p. 93.

según veremos, y que es como se manifiestan en forma más precisa las consecuencias jurídicas de la *mora creditoris*.⁵⁹⁵

En el derecho uniforme también se vislumbra esta consecuencia, aunque no siempre se encuentre tratada explícitamente la mora del acreedor. Así, el artículo 80 de la CISG dispone que una parte no puede invocar el incumplimiento de la otra, si tal incumplimiento fue causado por acción u omisión de la primera. Sobre esta disposición, se ha dicho que invoca la teoría de los actos propios, de modo que no puede hablarse en estos casos que ha habido “incumplimiento del deudor”.⁵⁹⁶

Los Principios UNIDROIT, contemplan en el artículo 7.1.2 el caso de la “interferencia de la otra parte”⁵⁹⁷. Los Comentarios de los principios aclaran que en la norma hay dos situaciones distintas: que el incumplimiento se haya originado por acción u omisión de la parte que alega el incumplimiento; y la segunda, que el incumplimiento se haya originado por un riesgo que asumió la parte que alega el incumplimiento. Respecto de la primera, que es la que interesa a efectos de esta tesis, los Comentarios explican que “cuando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento

⁵⁹⁵ LAMARCA Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op.cit., p. 96.

⁵⁹⁶ “Esencial para la aplicación del artículo 80 es que el acreedor *mismo* haya causado el incumplimiento (así, su negativa a pedir la correspondiente licencia de importación de la mercancía, el envío de especificaciones incorrectas o de planos equivocados al vendedor): por eso mismo no se puede hablar de incumplimiento del deudor”. SALVADOR CORDECH, Pablo, *Exoneración*, En DIEZ PICAZO, Luis, *La compraventa internacional de mercaderías*, op. cit., p. 657.

⁵⁹⁷ Artículo 7.1.2. “Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción o por omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento”.^{598 599} Aunque no hay referencia a la *mora creditoris*, la aplicación del mismo principio se advierte en el artículo 9:504 de los PELC, “pérdidas imputables a la parte perjudicada”.⁶⁰⁰

El MCR también contempla el caso de que el deudor no cumpla por hecho del acreedor, estableciendo que el deudor no responde de los perjuicios que dicho acreedor alega, de conformidad al artículo III. 3: 704, y antes ya había regulado los efectos de la no recepción del pago ofrecido al acreedor, en III 2:111 y 2:112.

En el Anteproyecto de Código europeo de contratos se contempla la mora del acreedor entre los artículos 103 a 105; en el artículo 104 se establece que ante ella el deudor está facultado a requerir por escrito al acreedor para que desista de su actitud, fijándole un plazo para que cesen esos comportamientos que impiden el cumplimiento, si transcurrido tal plazo el comportamiento no ha cesado “se considerará que ha habido incumplimiento por parte del acreedor”;⁶⁰¹ coherente con esta solución, el artículo 114 veda al acreedor la resolución del contrato, si el incumplimiento depende “exclusivamente de una acción o de

⁵⁹⁸ El ejemplo que se contiene en los Comentarios es “A” conviene realizar trabajos de construcción en el terreno de “B” a partir del 1º de febrero. Si “B” cierra con llave el acceso al terreno y no permite entrar a “A”, “B” no puede quejarse de que “A” no ha comenzado los trabajos. La conducta de “A” suele equipararse a un incumplimiento no excusable, ya sea porque existe una disposición expresa facultando a “A” a acceder al terreno o porque la conducta de “B” contraviene los deberes de buena fe y cooperación. Este resultado, sin embargo, no depende de que el incumplimiento de “B” sea excusable. El resultado será el mismo, independiente de la excusabilidad del incumplimiento de “B”, por ejemplo, en el supuesto de que el acceso al terreno fuera obstaculizado por huelguistas.” *Principios UNIDROT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma, Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), op. cit., p. 201 s. Estos comentarios van directamente en la línea planteada en esta investigación, pues incluso se distingue según si la conducta colaborativa del acreedor está expresamente establecida en el contrato, o si ella se infiere de su contenido y naturaleza; pero además, no sólo apunta al efecto primordial de la falta de colaboración de B y que supone que el deudor no se sitúa en un incumplimiento contractual debido a la ausencia de colaboración de la contraparte, sino que tampoco exige que esta falta de colaboración requiera de un comportamiento imputable del acreedor, para producir este efecto, sin perjuicio de lo que señalaremos unos acápites más adelante en la otra órbita de efectos que genera la inobservancia de la colaboración del acreedor.

⁵⁹⁹ *COMENTARIOS a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*. David Morán Bovio (Coordinador), op. cit., p. 327 s.

⁶⁰⁰ “Cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento”. Los Comentarios de los Principios explicitan que la norma se refiere a las siguientes situaciones: conductas que dan lugar o favorecen el incumplimiento; y conductas que contribuyen a las pérdidas derivadas del incumplimiento. LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. Trabajos de la Comisión de derecho contractual europeo*, op cit., p. 655 s.

⁶⁰¹ ROGEL, Carlos (coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa*, op. cit., p.74.

una omisión que le sea imputable, dejando a salvo la aplicación de los artículos 103 y 104”-⁶⁰² que regulan la mora del acreedor-.

2.1.4. Consecuencias jurídicas precisas de la mora del acreedor: las acciones o remedios contractuales del acreedor.

Si se observa la doctrina que trata la mora del acreedor, se constata que antes de entrar al estudio de sus efectos, se analizan con mayor o menor profundidad los requisitos que deben reunirse para que se configure. No obstante, para esta investigación hemos optado por penetrar directamente en las consecuencias que emanan de la *mora creditoris*, que refieren especialmente a dos tópicos que se interrelacionan: el destino de la obligación del deudor, y el destino de los remedios contractuales con que contaba el acreedor. Procederemos de esta forma, porque en cada acápite se irán identificando los supuestos para que se genere cada una de estas consecuencias jurídicas.

2.1.4.1 La mora del acreedor y la demanda de cumplimiento específico del acreedor. El destino de la obligación del deudor.

Hemos indicado que el efecto primordial de la mora del acreedor es que la obligación del deudor no es exigible, en tanto el acreedor no preste la colaboración debida, por consiguiente, al acreedor le está vedado demandar el cumplimiento específico,⁶⁰³ y si de hecho así lo pretendiere, la demanda debería ser rechazada teniendo como argumento precisamente esa inexigibilidad fundada en el propio hecho del acreedor, pero además en

⁶⁰² *Ibidem*, p.80.

⁶⁰³ En STS español de 17 de diciembre de 2008, aunque no se hace expresa referencia a la mora del acreedor, rechaza la demanda de cumplimiento específico interpuesta por el acreedor, fundado en que no habría incumplimiento del deudor, entre otras razones, porque éste se debió al hecho del propio acreedor. La causa se origina en un contrato de compraventa de un conjunto de viviendas, en que la parte compradora alega incumplimiento oportuno de la constructora, por lo que solicita cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios derivados del retraso y del deterioro de los materiales. Sin embargo, se prueba por la demandada que el retraso se debió fundamentalmente a que no se habría entregado en forma oportuna la autorización para llevar adelante la construcción, por el Ayuntamiento de León, lo que debió ser advertido por la compradora.

aplicación de principios generales como la buena fe contractual, y la teoría de los actos propios.⁶⁰⁴

Hay que aclarar que la *mora creditoris* no extingue la obligación del deudor, sólo suspende su exigibilidad,⁶⁰⁵ de modo tal que una vez que el acreedor despliegue la colaboración debida el deudor podrá cumplir, y si se niega, el acreedor podrá proceder coactivamente a fin de obtener el cumplimiento específico de la obligación. Si nos situamos en los grupos de casos que hemos venido analizando, este efecto es claro; en primer lugar, si estamos en presencia de un acreedor que inicialmente no recibe el pago de una obligación de dar que se le ofrece, en circunstancias que lo ofrecido corresponde a la prestación acordada,⁶⁰⁶ pero luego dicho acreedor la acepta, no habrá, en principio, inconvenientes para que el deudor cumpla en esa oportunidad, sin perjuicio de que en el intertanto se le abre a este deudor la posibilidad de pagar por consignación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1606 del código civil,⁶⁰⁷ teniendo presente que pago por consignación y mora del acreedor son, como decíamos, instituciones distintas.

⁶⁰⁴ El fundamento del “principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia”. PUIG, José, *Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios*. Barcelona, Ariel, 1951. p. 102. EKDAHL, *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas pasadas*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 75-102. BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993. p. 67-104. CORRAL, Hernán, *La raíz histórica del adagio “venire contra factum proprium non valet*. En *Venire contra factum proprium*. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Santiago, Cuadernos de extensión jurídica, 2010. p. 19-33.

⁶⁰⁵ CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all’ adempimento*, op. cit., p. 27 s. VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 313. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. vol II*, op. cit., p. 204. Esta misma diferencia resalta el fallo de la Corte Suprema con fecha 14 de agosto de 1961, en causa “Fisco con Pelegrino Cariola”, considerado sexto, ya individualizado.

⁶⁰⁶ A diferencia de las legislaciones que regulan la mora del acreedor de forma sistemática, en las que se contempla el requisito de la “oferta real” para que efectivamente se configure *mora creditoris* (§ 294 del BGB; artículo 1208 N°3 del código civil italiano de 1942; artículo 41 del código civil suizo de obligaciones), nuestro derecho no lo establece directamente, lo que no es óbice para sustentar que necesariamente para que haya mora del acreedor, en caso de rechazo al pago que se le ofrece, el deudor debe ofrecer la prestación a que se obliga, según dispone el artículo 1569, inciso segundo, en que se consagra el denominado “principio de identidad del pago”. BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno. De la teoría de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 158. Esa misma línea sigue la jurisprudencia nacional desde hace tiempo, como se evidencia en sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de septiembre de 1937, N° descriptor Westlaw Chile J4103/1937, ya reseñada, causa caratulada “Banco Germánico de la América del Sur con Barbagelata”.

⁶⁰⁷ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 387; ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 298; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 161; LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 183 s.; LETE, José M, *Derecho de obligaciones*. Madrid, Tecnos, 2000. p. 160.

Ahora bien, en este primer caso surge la duda en cuanto a si, de ser posible recurrir al pago por consignación, es necesario que el deudor lo utilice. Nuestra doctrina no se ha ocupado mayormente de este extremo, aunque alguna jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en sentido positivo.⁶⁰⁸ Nos parece, sin embargo, que no se puede afirmar que dentro de la prestación de dar que debe ejecutar el deudor, se encuentre contenida la necesidad jurídica de proceder a través del mecanismo del pago por consignación, en caso de reticencia del acreedor. En efecto, no debemos confundir la disposición del deudor a pagar lo que debe, condición necesaria para que se configure la *mora creditoris* en todos los casos en que se requiere de la colaboración del acreedor - y que implica que el deudor no ha podido cumplir debido al obstáculo que ha puesto el acreedor-, con el hecho de que se precise utilizar el mecanismo del pago por consignación.

El pago por consignación constituye únicamente una facultad que puede ejercer el deudor que se halla en el caso del artículo 1599, con la finalidad de liberarse de la relación obligacional; así ha sido también entendido por la doctrina extranjera.⁶⁰⁹ Distinto es que, en aquellas situaciones en que la no recepción de pago de una obligación de dar atente contra otros intereses del deudor, por lo que esta especie de colaboración del acreedor se erige como un deber contractual, y el deudor pretenda demandar los perjuicios resultantes de esa reticencia a recibir el pago, el acreedor pueda enervar total o parcialmente la demanda indemnizatoria del deudor, fundado en que no mitigó los daños a través de la utilización del mecanismo del pago por consignación. Ello, de conformidad a los principios generales que presiden el remedio indemnizatorio es perfectamente posible, pero no torna al pago por consignación en un deber que tenga que cumplir el deudor de un acreedor reticente. A mayor abundamiento, esta posibilidad de excepcionarse de la demanda indemnizatoria del deudor, según indicaremos en el apartado siguiente, mediante la alegación de que el deudor no mitigó los daños, es aplicable no sólo al deudor de obligación de dar que no paga

⁶⁰⁸ Así, un antiguo fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de La Serena, el 22 de octubre de 1907, en que se demanda la resolución de un contrato de arrendamiento por no pago de renta, en que la defensa del demandado se centra en que la demandante no recibió las rentas por él ofrecidas. El fallo de primera instancia expresa que “la alegación hecha por el arrendatario para excusar la falta de cumplimiento de lo pactado no es atendible, porque si había repugnancia o no comparecencia de la parte acreedora a recibir el pago, tenía expedita la vía de la consignación, cosa que no hizo en tiempo y forma” -considerando quinto-. Sentencia confirmada en alzada. N° descriptor Westlaw J4763-1907.

⁶⁰⁹ LAMARCA Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op.cit., p. 60 s.; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 161; LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, op. cit., p. 184. MEDICUS, Dieter, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 199; ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 292 s.

por consignación, sino a cualquier otro deudor que requiere la colaboración del acreedor para cumplir, el acreedor efectivamente no colabore, y ello le genera daños que, sin embargo, no mitiga pudiendo hacerlo.

En los otros grupos de casos que describimos en el capítulo anterior - obligación de hacer que requiere de la colaboración del acreedor para que se recepcione su pago; o los casos en que la colaboración del acreedor se manifiesta de forma más compleja-, si el acreedor no despliega la conducta debida, razón por la cual el deudor no puede cumplir, la obligación del deudor es inexigible en tanto el acreedor no colabore, por lo que no se puede calificar al comportamiento omisivo del deudor como un incumplimiento contractual. Por consiguiente, si el acreedor pretende el cumplimiento debe, a su vez, colaborar.

No obstante la mora del acreedor no genera por sí misma la extinción de la obligación del deudor, bajo ciertas condiciones su inobservancia puede acarrear imposibilidad sobreviniente definitiva. Por ello es que hay algunos autores que califican a la falta de cooperación necesaria del acreedor como un caso de imposibilidad sobrevinida, que puede ser transitoria o definitiva,⁶¹⁰ por causa no imputable al deudor; transitoria en los casos en que una vez despejado el obstáculo, según decíamos, el deudor pueda igualmente cumplir, por lo que únicamente se ha producido una suspensión temporal de su exigibilidad;⁶¹¹ y definitiva, en tanto acarree la extinción de la obligación generando un efecto liberatorio de la misma.⁶¹² Como ha puesto de relieve la doctrina, este efecto sólo se producirá en algunos casos, entre los cuales se citan especialmente aquellos en que el acreedor no coopera atendido que ha perdido el interés en la prestación.⁶¹³

⁶¹⁰ CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevinida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor*, op. cit., p. 119. LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op.cit., p.75.

⁶¹¹ CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevinida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor*, op. cit., p. 122;

⁶¹² Para efectos de nuestro derecho, cabe recordar que la imposibilidad de cumplimiento se encuentra tratada a propósito de la pérdida de cosa que se debe, concordante con la preocupación por las obligaciones de dar una especie, pero ello no significa que no sea aplicable como causal liberatoria de la relación obligacional para todas las demás obligaciones. BARROS, Enrique, *La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos*, op. cit., p. 737; BRANTT, María, *Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevinida de la prestación*. En *Estudios de derecho civil II*, op. cit., p. 481. BRANTT, María, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*. Santiago, Abeledo Perrot, 2010.p. 173 ss.

⁶¹³ "Puede acontecer, sin embargo, que en el momento en que el obstáculo temporal al cumplimiento desaparece, la prestación del deudor ya no ofrezca interés para el acreedor por razones atinentes a la propia relación obligatoria (los límites implícitos de su utilidad, tal como fueron considerados en ella por las partes) o la naturaleza de la prestación (prestaciones continuadas, con término esencial

En síntesis, la falta de colaboración del acreedor tornará, como regla general, a la obligación del deudor en imposible de ser cumplida temporalmente, de manera tal que de mantenerse por el acreedor su interés en la prestación, bastará que despliegue la colaboración requerida para que el deudor cumpla a su vez.

Interesa, entonces, detenernos en aquellas situaciones en que la falta de cooperación del acreedor puede producir la extinción de la obligación. Aquí hay que distinguir dos situaciones diversas, a saber: aquellas en que debido a que el acreedor no colabora el deudor no puede cumplir, y en el intertanto la obligación objetivamente ya no puede ser cumplida –decimos objetivamente, en el sentido de que razones externas a la conducta de acreedor o deudor son las que impiden con posterioridad el cumplimiento, aunque el acreedor decida luego cooperar-; y en segundo lugar, aquellas en que el acreedor ha perdido su interés en el contrato, por lo que no pretende cooperar al cumplimiento, lo que equivale a dicho efecto extintivo o liberatorio de la obligación.

Los casos en que la obligación se hace imposible por circunstancias externas al acreedor y deudor, no son más que la aplicación de las normas generales en materia de extinción de la obligación por imposibilidad sobreviniente y definitiva de la obligación; así, si el acreedor no ha recibido el pago de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, y en el ínterin dicha cosa se pierde por un hecho externo; o bien, si el acreedor no recibe el pago de una obligación de dar un género, y en el tiempo intermedio el género sale del comercio, o se trataba de un género muy limitado que finalmente desaparece.⁶¹⁴ O pudiere ocurrir que el acreedor no colaboró al cumplimiento de una obligación de hacer no fungible, y debido a un hecho exterior el deudor ya no podrá ejecutarlo.⁶¹⁵ En todas estas situaciones se aplican los efectos generales que derivan de dicha imposibilidad, extinguiéndose la obligación del deudor.⁶¹⁶

o a fecha fija). En estos casos la imposibilidad temporal se hace definitiva y, consiguientemente, extingue la obligación”. CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobreviniente de la prestación por la falta de cooperación del acreedor*, op. cit., p. 122.

⁶¹⁴ BARROS, Enrique, *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*, op. cit., p. 738- 740.

⁶¹⁵ DE LARA, Julio, *La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible*. ADC, Madrid, 2001, n°XIV, fasc. III. p. 1176 s.

⁶¹⁶ Omitimos intencionalmente la mención a otros tipos de imposibilidad, como la imposibilidad práctica, debido a que no hay norma expresa en nuestro derecho; no obstante lo cual, doctrina nacional considera que de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico sería posible de ser configurada. Sobre ella, BARROS, Enrique, *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*, op. cit., p. 746. Distinto el caso del derecho alemán, en que luego de la reforma del año 2002 al derecho de obligaciones la incorporó expresamente en el § 275 (2) “el

El segundo grupo de situaciones, decíamos, son aquellas en las que no hay una imposibilidad para el deudor derivada de circunstancias externas y objetivas, por lo que si luego se materializara la colaboración del acreedor, el primero estaría facultado a cumplir; empero, el acreedor no coopera debido a que perdió el interés en el contrato. Aquí la obligación se vuelve para el deudor en imposible en forma definitiva,⁶¹⁷ debido a que sin la cooperación de la contraparte no habrá posibilidad alguna de ejecutar el contrato, o de ejecutarlo se forma íntegra, y el acreedor decide en forma concluyente no cooperar. El problema que surge, sin embargo, es cómo el deudor podrá tener la certeza de que efectivamente su obligación se ha extinguido en forma definitiva, en circunstancias que ello depende únicamente de la mera voluntad del acreedor. Esto evoca a una obligación condicional en que la condición es suspensiva y, o simplemente potestativa que depende de un hecho voluntario del acreedor, o bien, meramente potestativa que depende de la sola

deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación”, norma inspirada por el artículo 801: 8 de los PECL. ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de las obligaciones*, op. cit., p. 48 s. ALBIEZ, Klaus, *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, op. cit., p. 1166. Es importante resaltar que la Propuesta española de modernización al derecho de las obligaciones va en línea similar por medio de lo dispuesto en el artículo 1192 de la misma. FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del cumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*. ADC, Madrid, n°. LXIV, 2011, fasc. IV. p. 1513. VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español*, op. cit., p. 279. En los proyectos de franceses de reforma, el que mayormente innova recogiendo un límite a la pretensión de cumplimiento específico asociada al interés del acreedor, es el proyecto Terré. PIZARRO, Carlos, *Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos*, op. cit., p. 15.

⁶¹⁷ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, op. cit., p. 736. CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor*, op. cit., p. 122. Cita Cabanillas, al inciso segundo del artículo 1256 del código civil italiano, que establece: “Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”. En términos similares, artículo 119 del código suizo de derecho de obligaciones: “1 An obligation is deemed extinguished where its performance is made impossible by circumstances not attributable to the obligor.

2 In a bilateral contract, the obligor thus released is liable for the consideration already received pursuant to the provisions on unjust enrichment and loses his counter-claim to the extent it has not yet been satisfied.

3 This does not apply to cases in which, by law or contractual agreement, the risk passes to the obligee prior to performance.”

voluntad del acreedor, ambas posibilidades consagradas en el artículo 1478, norma de la que se infiere que dichas condiciones son perfectamente válidas.

Sin embargo, por mucho que se asemeje, no nos parece que sea posible calificar a la obligación del deudor como condicional, en ninguna de las dos modalidades indicadas. Ello, por cuanto, una obligación sujeta a una condición suspensiva adquiere tal carácter desde el momento en que se contrae, lo que supone que las partes la han perfilado como tal *ab initio*; distinto en los contratos objeto de nuestro estudio, especialmente en los casos en que la colaboración se erige como un deber secundario de conducta, pues la colaboración no ha sido concebida como una simple posibilidad que se produzca, sino que el deudor espera de la misma para poder ejecutar el contrato; la colaboración del acreedor surge con una finalidad instrumental: que lo que ambas partes esperan del contrato se materialice, acorde a los intereses en juego de los contratantes. Diferente es que durante el curso del contrato, una de las partes - en este caso, acreedor- pierda interés en el contrato, caso que nos ocupa.

El problema, como mencionamos más atrás, es que a menos que el acreedor lo declare formalmente, el deudor no tendrá la total certeza de que el acreedor definitivamente no cooperará, lo que genera una incertidumbre indeseada. Sobre ello, una alternativa es sustentar que se encuentra incorporada en forma implícita al deber de colaboración, la necesidad jurídica del acreedor de informar al deudor su decisión de no colaborar, fundado en que ha perdido interés en permanecer vinculado contractualmente, lo que parece difícil de sostener para todos los casos; una segunda alternativa, es recomendar que en aquellos contratos en que se necesite de la colaboración del acreedor se inserte una cláusula que prevea esta pérdida de interés del acreedor, estableciendo que esa decisión debe ser informada oportunamente; y una tercera, la más probable, es que ante una demanda del acreedor fundada en el incumplimiento del deudor, éste se exceptione alegando la extinción de la obligación por imposibilidad definitiva de la obligación, atendida la decisión del acreedor de no colaborar, lo que deberá ser acreditado a través de todos los medios probatorios. Si aquello es probado, el acreedor no podría pretender dejar sin efecto su decisión definitiva de no cooperar, con la finalidad de alegar el incumplimiento del deudor, pues atentaría contra el principio *venire contra factum proprium*.

Una interrogante íntimamente relacionada con este segundo grupo de situaciones descritas, en las cuales la falta de colaboración del acreedor torna a la obligación imposible de cumplir en forma definitiva, dice relación con el destino de las otras obligaciones que

pesan sobre el acreedor, en tanto deudor contractual, atendido que nuestro ambiente de análisis, como indicamos en el acápite primero, es el contrato bilateral. El BGB da una solución expresa a estos casos, distinta de lo que ocurre en la generalidad de las legislaciones europeas,⁶¹⁸ en que la doctrina ha venido a suplir este silencio del legislador.⁶¹⁹

Nuestro código no contiene una solución expresa, por lo que deberíamos tener como punto de partida para elaborar una respuesta, lo dispuesto en el artículo 1550 del código civil, que intenta resolver el problema de la distribución de riesgos en el contrato, para el caso de pérdida de la cosa debida tratándose de contratos bilaterales en que la obligación de dar especie o cuerpo cierto se hace imposible, haciendo recaer tal riesgo en el acreedor. Esta norma, como se sabe, ha sido duramente criticada por ser del todo inarmónica con nuestro sistema de transferencia y adquisición de derechos reales por acto entre vivos, además de hacer recaer los riesgos en quien no los controla, por lo que se sostiene que no debiera ser aplicada a otro tipo de obligaciones.⁶²⁰ Ahora bien, en el caso que nos ocupa hay sólo dos posibles soluciones: una, aplicar lo dispuesto en el artículo citado, de manera tal que ante la extinción de la obligación del deudor porque el acreedor no colaboró, el acreedor igualmente debería quedar vinculado contractualmente, teniendo que cumplir con sus otras prestaciones; o bien, hacer recaer el riesgo en el deudor, de modo que no pueda exigir al acreedor el cumplimiento del contrato, pues las otras obligaciones de éste se verán también extinguidas.

Por cierto que en la generalidad de los casos es comprensible que la solución contenida en el artículo 1550 del código civil sea cuestionada, pero en las situaciones que estamos analizando es posible hacer un análisis diverso. En efecto, coherente con la concepción

⁶¹⁸ CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor*, op. cit., p. 127 s. Cita el autor los anteriores § 323 y 324 del BGB, normativa hoy contenida en el § 326 Liberación de la contraprestación y resolución en caso de exclusión del deber de prestación. (2) “Si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia por la cual el deudor no debe cumplir la prestación, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, o bien si esta circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación, el deudor conserva la pretensión a la contraprestación. Sin embargo, él debe dejarse deducir lo que, como consecuencia de la liberación de la prestación, ha ahorrado o ha ganado con el empleo de su trabajo en otras actividades o maliciosamente ha dejado de obtener.”

⁶¹⁹ Así, por ejemplo, Díez Picazo es de opinión que en estos casos el acreedor igualmente “conserva su derecho a la contraprestación o remuneración que en virtud del contrato debía recibir”. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, op. cit., p. 736 s.

⁶²⁰ BARROS, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*, op. cit., 421.

pragmática del contrato que adopta el nuevo derecho de la contratación, que es en que situamos este estudio, es necesario recordar que el contrato constituye un instrumento de distribución de riesgos, en que las partes, como dice el profesor Morales Moreno, se comprometen no sólo a deberes de conducta, “sino también a situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia, corre a cargo del deudor”.⁶²¹ *Mutatis mutandis*, cabe preguntarse si esta función del contrato se ve satisfecha de aplicarse en forma rigurosa una interpretación *a contrario sensu* de la solución que se contiene en el mentado artículo 1550, extinguiendo también las otras obligaciones del acreedor.

Recordemos que, a diferencia de los grupos de casos en que se sitúa corrientemente el estudio crítico de esta norma - y que son aquellas situaciones en que la obligación del deudor se hace imposible por causa que no le imputable a él, pero que tampoco lo es al acreedor-, aquí hay una imposibilidad de cumplir en forma definitiva para el deudor, que proviene directamente de la inobservancia a la colaboración debida. Ello es clarísimo si el acreedor decide definitivamente no cooperar porque perdió el interés en el contrato, pero también lo es para el caso en que mientras el acreedor no colabora, la obligación del deudor se vuelve imposible de ejecutar debido a causas externas y objetivas, como las que antes describimos.

Parece que en estos casos toman fuerza las observaciones de Larenz, a pesar de que en nuestro derecho no hay norma análoga a los § 323 y 324 del BGB – hoy § 275-, en tanto para el deudor “esto sería manifiestamente injusto si hubiese de responder de la imposibilidad de la prestación del acreedor. Por ello, el § 324, p. I, determina que el deudor en este caso conserva su pretensión a la contraprestación”.⁶²² A mayor abundamiento, recordemos que el énfasis de este estudio se centra en los casos en que la colaboración del acreedor se erige como un deber secundario de conducta, de modo que su inobservancia constituye un incumplimiento contractual del acreedor para con el deudor contractual, por lo que, como diremos más adelante, de verse afectados otros intereses del deudor derivado de tal incumplimiento, este último podrá valerse del remedio

⁶²¹ MORALES, Manuel, *Modernización del derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 19 s.

⁶²² LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 388. HEDEMANN, J.W, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p.189. MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, op. cit., p. 227. De igual opinión, aunque sin contar con norma expresa, CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all' adempimento*, op. cit., p. 28 s.

indemnizatorio, y uno de los rubros susceptibles de ser demandados será precisamente el daño que le ha generado el que el acreedor no haya cumplido con sus otras prestaciones. Ese rubro indemnizatorio no sería posible de ser demandado, si se entiende que las prestaciones del acreedor se han extinguido en forma consecencial con las del deudor, derivado de la imposibilidad definitiva generada por la falta de cooperación, lo que es totalmente contradictorio con la calificación de incumplimiento contractual a la inobservancia de dicha colaboración del acreedor, y a los principios generales que emanan del remedio indemnizatorio.

Por lo demás, mantener vigentes las prestaciones del acreedor, a pesar de que las del deudor se han extinguido, constituye manifestación clara de que las partes han distribuido riesgos a través del contrato: estaba previsto en el contrato que el acreedor colaborara para posibilitar su cumplimiento, a la vez que estaba previsto el cumplimiento de las otras prestaciones -principales o primordiales- del acreedor, en tanto deudor de contrato bilateral. Este delicado equilibrio contractual se rompería en forma abrupta si el deudor, además, no puede obtener que se hagan efectivos sus créditos en el contrato.

2.1.4.2 La mora del acreedor como causal de exoneración de responsabilidad civil.

El efecto propio de la *mora creditoris* es su configuración como causal de exoneración de responsabilidad civil,⁶²³ que deriva del principio de que no se puede considerar al deudor en mora mientras el acreedor no colabore, por lo que su obligación es inexigible: no hay una hipótesis de incumplimiento contractual. Por consiguiente, aunque por regla general la obligación del deudor no se extingue, por lo que una vez que acreedor coopere el deudor tendrá que cumplir, no corresponde que se le haga responsable de los eventuales perjuicios que haya padecido el acreedor debido a su propia mora. Este efecto se encuentra acogido por prácticamente la totalidad de la doctrina nacional y extranjera,⁶²⁴ como asimismo, por la jurisprudencia, según veremos a continuación.

⁶²³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado práctico de derecho civil francés*, op. cit., p. 550.

⁶²⁴ A propósito de la culpa del acreedor, se observa que el efecto es la disminución de la indemnización de perjuicios que podría recibir el acreedor. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général. Effets des obligations*, op. cit., p. 367.

Al ser analizada esta consecuencia de la *mora creditoris*, no toda la doctrina le brinda el mismo tratamiento, lo que también se visualiza en los escasos estudios de los autores nacionales. De una parte, algunos sectores señalan que la mora del acreedor implica la descarga del deudor de los gastos y riesgos de la cosa, los que pasan a ser de cargo del acreedor,⁶²⁵ ya que sería injusto que el primero siguiera respondiendo civilmente en los mismos términos que sin *mora creditoris*, ello justifica que estando el acreedor en mora el deudor sólo responda por la pérdida de la cosa causada por dolo o culpa grave; consecuentemente, que la mora del acreedor supone una atenuación de la responsabilidad del deudor;⁶²⁶ que se produce una exclusión de la mora del deudor;⁶²⁷ o bien, que habría una compensación de moras.⁶²⁸

Estos enfoques disímiles tienen una explicación: la mora del acreedor constituye una causal de exoneración de responsabilidad civil, por lo que el deudor no podrá ser condenado a una indemnización por eventuales daños que pudiere reclamar el primero, padecidos durante su estado moratorio; los demás efectos que se enuncian son consecuencia de dicha exoneración del deudor contractual, teniendo además presente la naturaleza de la obligación de que se trate.

En efecto, y como se ha venido señalando, los códigos civiles decimonónicos se han centrado especialmente en la regulación de las obligaciones de dar y, más específicamente, una especie o cuerpo cierto, de manera que si esa cosa se pierde durante la mora del

⁶²⁵ La mora del acreedor impediría la prestación del deudor por causa no imputable. CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all' adempimento*, op. cit., p. 28. WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette. Vol secondo*. Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1930. p. 338 s. CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 119. LACRUZ, José Luis, *Manual de derecho civil*, op. cit., p. 502.

⁶²⁶ HEDEMANN, J.W., *Tratado de derecho civil, vol. III, Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 189. VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 313. LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 83. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Teoría de las obligaciones*, op. cit., p. 311. FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 458.

⁶²⁷ PUIG, Federico, *Compendio de derecho civil español, T. III. Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 185. LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 183. ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 297.

⁶²⁸ "La mora del acreedor tiene también la virtualidad de hacer cesar la mora del deudor. Difícilmente se puede pensar que los dos sujetos de la relación incurran en retraso al mismo tiempo con relación al cumplimiento de la misma obligación. Así, se afirma que los dos supuestos de mora son incompatibles entre ellos, se compensan." LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 97. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, op. cit., p. 737 s. ESPÍN, Diego, *Manual de derecho civil español, vol. III. Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 201 s. CABANILLAS, Antonio, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 1393 s.

acreedor, se produce un doble efecto: se extingue la obligación -habría una exoneración de la obligación-,⁶²⁹ y además, el deudor se exonera de la responsabilidad civil,⁶³⁰ a menos

⁶²⁹ BARROS, Enrique, *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*, op. cit., p. 735 s.

⁶³⁰ La jurisprudencia chilena y extranjera ha también reconocido este efecto. A vía ejemplar, sentencia dictada por nuestra Corte Suprema en causa “Fisco con Pelegrino”, antes citada, en cuyo considerando 5º de la sentencia de reemplazo se lee: “Que aun cuando se considerara que los llamados intereses penales constituyen una indemnización de los perjuicios derivados del no pago oportuno del impuesto, de todas maneras ellos no podrían recaer sobre el deudor diligente que, para evitar su propia mora, realizó la oferta destinada a colocar en mora al acreedor”- el destacado es nuestro-. En TAVOLARI, Raúl, *Jurisprudencias esenciales. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 1098. Sentencia de la Corte Suprema de 6 de abril de 2011, N° descriptor vlex 333047470, causa caratulada “Agreda Pohl, Ignacio con Sande S.A.”, en ella demanda la compradora resolución de contrato de compraventa e indemnización de perjuicios, debido a que la vendedora no habría entregado la cosa comprada, consistente en un elevador industrial de dos columnas. La demandada solicita se rechace la demanda, además que se acepte el pago por consignación de la cosa, y se condene a la actora a pagar una suma de dinero que indica, por los gastos de conservación y custodia de la misma, en los que incurrió. Agrega la demandada, que si no se llevó a cabo la entrega de la cosa, fue porque la compradora se negó a recibirla, argumentando que no tenía espacio suficiente para ubicar el elevador. Transcurrido aproximadamente un mes de ello, la vendedora nuevamente intentó hacer la entrega del elevador, y nuevamente la compradora se negó a recibirla, por las mismas tazonas expuestas. Tanto el fallo de primera, como de segunda instancia, rechazaron la demanda, acogiendo además la consignación de la cosa ofrecida por la demandada. La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo, declaró que atendido que no hay claridad con respecto a quien atribuir el incumplimiento, si al vendedor por no entregar la cosa o al comprador por no recibirla “esta Corte se vería impedida de resolver de acuerdo a lo solicitado por el demandante, toda vez que no se ha establecido en autos a quien atribuir el supuesto incumplimiento, ni los perjuicios que ello pudo eventualmente ocasionarle” – considerando décimo cuarto-. La jurisprudencia española, por ejemplo, ha destacado este efecto, como observa Cabanillas Sánchez, haciendo referencia a sentencias del Tribunal Supremo español, especialmente aquellas de 31 de octubre de 1968 y de 15 de junio de 1987. CABANILLAS, Antonio, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 1395. Más recientemente, por ejemplo, STS español de fecha 17 de diciembre de 2008, en que de los hechos del acreedor se vislumbra su calificación de *mora creditoris*. El caso es el siguiente: demanda un grupo de compradores, el cumplimiento de contrato de compraventa e indemnización de perjuicios, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1124 del código civil español, fundado en el retraso por parte de la demandada, de la entrega de los inmuebles adquiridos a esta. De los hechos de la causa se desprende que el retraso en la construcción y posterior entrega de los inmuebles se debió a dos hechos: la denegación de la licencia de obras por parte del Ayuntamiento de León, y la paralización temporal de las obras debido a la necesidad de modificar el proyecto original de construcción. La demanda se rechaza, declarando el Tribunal Supremo que “b) No existe una voluntad incumplidora de los deudores que han ido superando los obstáculos presentados, algunos de los cuales pueden ser imputados al propio acreedor cuando era dueño de los terrenos” y, luego, sobre la pretendida indemnización de perjuicios agrega “Estos mismos argumentos dan respuesta a lo planteado en los motivos sexto y séptimo. El sexto porque al no haber incumplimiento esencial no es posible la indemnización pretendida y más teniendo en cuenta el ofrecimiento de pago efectuado por los deudores y rechazado por el acreedor”. Discurre en forma similar, STS español de 18 de octubre de 2007, referida a una demanda de incumplimiento de contrato de compraventa de termos. Razona el Tribunal, señalando que de acuerdo al contrato, pesa sobre la compradora un deber de colaboración en la determinación del momento y lugar en que debía efectuarse la entrega por la empresa demandante “ese deber de colaboración tiene enorme trascendencia a la hora de configurar “mora creditoris” o mora en que incurre el acreedor por oponerse o retardar maliciosamente la prestación del deudor. Así, pues, la cuestión planteada pasa necesariamente por resolver en qué momento preciso, o bien, dentro de qué plazo debía la demandada Caja España dirigir a Bacab Marketing SL, la obligada comunicación, manifestándole el lugar y el momento de la

que la pérdida se deba a culpa grave o dolo, que sería el límite de tal exoneración, lo que es coherente con el repudio general del derecho positivo civil, a la mala fe.

Las normas contenidas en el código civil chileno permiten arribar a la misma conclusión. En primer lugar, si se analizan sistemáticamente las disposiciones que aluden a la mora del acreedor,⁶³¹ y que ya hemos citado en otros apartados, es posible concluir que se constituye como causal de exoneración de responsabilidad civil para el deudor. Una norma central para sustentar este efecto es, precisamente, el artículo 1548 del código civil, pues aunque se refiere a obligaciones de dar especie o cuerpo cierto, según ella si no se cumple con el deber de conservación de la cosa – que hemos calificado anteriormente, como funcional a la de transferir el dominio-, el deudor responde civilmente, pudiendo entonces el acreedor demandar de indemnización por los daños que del incumplimiento de tal deber se le produzcan, pero con una excepción: no puede el acreedor obtener tal indemnización si se ha constituido en mora de recibir. La disposición es clara: la *mora creditoris* constituye una excepción a la indemnización de perjuicios que pudiere intentar dicho acreedor, esto es, el deudor se exonera de responder civilmente por los daños que hubiere padecido el acreedor durante su propia mora. Esta regla es confirmada en el artículo 1680, aunque en la misma se contempla una contra excepción: si la cosa se ha destruido por culpa grave o dolo del deudor. En efecto, si la regulación se preocupa especialmente de las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto, como señalamos en el punto inmediatamente anterior, el hecho constitutivo de mora del acreedor puede a veces generar una imposibilidad sobrevenida definitiva de la obligación de dar, si la cosa se ha perdido. En ese caso, la obligación se extingue, y como ello se ha producido estando el acreedor en mora, el deudor no responde civilmente, a menos que la pérdida se deba a su culpa grave o dolo. A su turno, el artículo 1827, establece un principio de resarcimiento al deudor, por los mayores gastos en que ha incurrido debido a la mora del acreedor a recibir la cosa. Esta última disposición la analizaremos con mayor detención en el próximo apartado.

En segundo término, hay que prevenir que esta conclusión pudiera ser objetada para otro tipo de obligaciones en que se requiera de la colaboración del acreedor, como en gran

entrega de los 31.600 termos “restantes”, pues en tal momento incurrió Caja España en la situación de “mora creditoris”, con la doble consecuencia de excluir, por un lado, la “mora debitoris” o mora del deudor y, por otra parte, responder de los daños que el retraso en el ordenado desenvolvimiento del contrato, haya ocasionado a la contraparte”.

⁶³¹ GUZMÁN, Alejandro, *Las reglas del “código civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2011. p. 148 s. QUINTANA, Fernando, *Interpretación, ratio iuris y objetividad*, op. cit., p. 84.

cantidad de obligaciones de hacer, según hemos ejemplificado a lo largo de este trabajo, puesto que no hay normas que regulen en forma expresa la mora del acreedor. Pero como se ha argumentado, la *mora creditoris* es aplicable en todos los grupos de casos en que se requiera de la colaboración del acreedor, y éste no la preste. En nuestra opinión, siendo coherente con las concepciones de contrato, incumplimiento contractual, y sistema de acciones o remedios contractuales que se adopta en esta tesis, nos parece que la calificación de la mora del acreedor como causal de exoneración de responsabilidad civil es de aplicación general. Por lo demás, hay un argumento adicional importantísimo: el principal fundamento de la *mora creditoris* como causal de exoneración de responsabilidad para el deudor, es justamente el carácter instrumental que tiene el deber de colaboración, es en este carácter instrumental o funcional que hemos destacado, que se comprende que durante el desenvolvimiento del contrato el deudor requiere de dicha colaboración para ejecutar el contrato, sin ella, no es posible un cumplimiento íntegro y oportuno. Es por este carácter instrumental del deber de colaboración, que su inobservancia genera que el deudor se exonere de responsabilidad civil al constituirse una *mora creditoris*, y es también este carácter, el que permite diferenciar claramente la mora del acreedor en tanto causal de exoneración, del caso fortuito.⁶³² Son causales de exoneración distintas, por lo que la mora del acreedor es técnicamente una causal de exoneración autónoma del caso fortuito, lo que se sustenta en una construcción conceptual diversa.⁶³³

⁶³² Si bien no lo trata directamente, se infiere del tratamiento que se observa en toda la obra, la independencia del caso fortuito, de la mora del acreedor –que denomina “hecho del acreedor”-, como causales diferenciadas de exoneración de responsabilidad civil. BRANTT, María, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 185 y 187.

⁶³³ Sin entrar en la discusión sobre el énfasis y alcance que se ha de dar a cada uno de los requisitos del caso fortuito, es constatable que hoy existe una concepción diversa de las causales de exoneración de responsabilidad civil, especialmente en lo que refiere a la fuerza mayor o caso fortuito. Ello deriva de una tendencia a la objetivización de dicha responsabilidad, por lo que el caso fortuito se ha ido desplazando a la relación de causalidad. Esta ubicación tiene una serie de consecuencias jurídicas, entre ellas, la forma en que se comprenden sus requisitos, entre ellos, el de extraneidad del hecho que lo constituye. Así se visualiza en BARAONA, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*, op. cit., p. 175. Y BRANTT, María Graciela, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*. En Valparaíso, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, 2009. p. 58 s. y 94. Interesa destacar, así, que el caso fortuito tiende a ser construido a partir de la noción de las esferas de control de las partes, la que está supeditada a los riesgos que cada una de ellas asumió en el contrato. Línea coherente con el derecho uniforme de contratos, como se resalta en los artículos 7.1.7 de los Principios UNIDROIT; artículo 8:108 de los PECL; y fundamentalmente el artículo 79 de la CISG. En relación a esta última disposición, Pablo Salvador Coderch señala que “El impedimento es ajeno a la voluntad del deudor en el sentido de que ha de haberse originado fuera de su esfera de influencia, más allá de aquella que le es posible controlar según el contrato”. En *La compraventa internacional e mercaderías*.

En efecto, la mora del acreedor supone que una de las previsiones que han hecho las partes al momento de contratar, es que el acreedor prestará la colaboración debida, ya sea que se haya especificado explícitamente en el contrato, o que emane de la naturaleza del mismo, como ya tuvimos oportunidad de revisar. Por ello, es que el deudor razonablemente espera dicha colaboración para ejecutar el contrato, de manera tal que de no observarse la debida colaboración por parte del acreedor, las consecuencias que de ello emanen quedan dentro de la esfera de control del acreedor, y no en el ámbito del deudor.⁶³⁴

Distinto es el caso fortuito, pues aunque la mora del acreedor tiene en común con el caso fortuito, el hecho de que también sus consecuencias quedan fuera de la esfera de influencia del deudor, en esta última, por lo general, será necesario determinar quién asume el riesgo del incumplimiento ocasionado por dicho caso fortuito. Esa determinación, en el caso de la *mora creditoris*, ha quedado desde ya asentada en la celebración del contrato y, por ende, ubicada en la órbita de control del acreedor.⁶³⁵

2.1.4.3 La mora del acreedor y la excepción de contrato no cumplido o excepción por incumplimiento contractual.

Ante una demanda intentada por el acreedor contractual fundado en el incumplimiento de la contraparte, es muy habitual que la demandada oponga la denominada *exceptio non*

SALVADOR CODERCH, Pablo, *Exoneración*. En Comentario de la Convención de Viena, Luis Díez Picazo, editor, op. cit., p. 645.

⁶³⁴ Eso explica que en el artículo 9:504 de los PECL, se establezca: “Pérdidas imputables a la parte perjudicada. Cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento”. Mismo principio se asienta en el artículo 7.4.7 de los Principios UNIDROIT, “Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.”

⁶³⁵ Una cuestión a destacar, es que siguiendo la tendencia objetivadora de la responsabilidad civil contractual, nos parece que es acertado situar la *mora creditoris* en el vínculo causal, de manera tal que la mora del acreedor opera interrumpiendo dicha relación causal. En Chile, entre otros BARAONA, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*, op. cit., p. 151-177; PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Íñigo, *Responsabilidad civil. Casos prácticos*. Santiago, Lexis Nexis, 2006. p. 103 s.; PEÑAILILLO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*. En Estudios de derecho civil IV Olmué, 2008, op. cit., p. 343 s.

adimpleti contractus,⁶³⁶ que se asienta en la doctrina del cumplimiento simultáneo de las obligaciones que emanan del contrato bilateral,⁶³⁷ y que, en principio, constituye un medio para suspender el cumplimiento de la parte demandada, en tanto la otra parte no cumpla, o no esté dispuesta a cumplir a la vez.⁶³⁸

No es objeto de este estudio un análisis pormenorizado de la excepción por incumplimiento del contrato, salvo en lo que es estrictamente necesario para determinar las diversas consecuencias que se generan en relación con la mora del acreedor, teniendo presente que hay enormes discrepancias en la doctrina, tanto en lo que refiere a la consagración legal de la institución, a las condiciones de procedencia, y muy especialmente en cuanto a los efectos que ella produce.

En lo que toca a la mora del acreedor y su relación con la excepción por incumplimiento contractual, hay dos situaciones que interesa estudiar: una, en la que demanda el acreedor reclamando un incumplimiento contractual de su deudor, y este último opone la excepción argumentando que el acreedor no ha cumplido su deber de colaboración. La segunda situación, es aquella en que el deudor demanda al acreedor ejerciendo alguna acción contractual, fundada en que el acreedor no cumplió con el contrato, pues no le prestó la debida colaboración para que, a la vez, pudiera cumplir, y el acreedor opone la excepción teniendo como antecedente que el deudor no cumplió.

i. En el primer caso, el deudor contractual pretende neutralizar la demanda intentada por el acreedor,⁶³⁹ puesto que éste ha incumplido con su deber de colaboración, lo que ha

⁶³⁶ Se le denomina *non adimpleti contractus* cuando se opone la excepción respecto de un acreedor que no ha cumplido nada de su obligación, y *non rite adimpleti contractus*, si el acreedor sólo ha cumplido una parte de su obligación. A. COLIN y H. CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, op. cit., p. 727. En Chile, recientemente PIZARRO, Carlos, *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho chileno*. En Estudios de derecho civil, op. cit., p. 319.

⁶³⁷ ESPÍN, Diego, *La excepción de incumplimiento contractual*. ADC, Madrid, n° XVII, fasc. III, 1964. p.543.

⁶³⁸ ESPÍN, Diego, *La excepción de incumplimiento contractual*, op. cit., p. 556. MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 191. ". PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 634.

⁶³⁹ Hacemos referencia en términos generales a una demanda interpuesta por el acreedor en contra del deudor, sin entrar a calificar la naturaleza de la demanda que se intenta, pues se discute si la excepción sólo es oponible para el caso en que se demande cumplimiento contractual, o si también lo es para el caso en que se intente una acción resolutoria por incumplimiento. En nuestro país, ALCALDE, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación*. Revista Actualidad jurídica, Santiago, Universidad del Desarrollo, n°8, 2003. p. 84 ss. ALCALDE, Enrique, *Incumplimiento recíproco*,

impedido que el deudor pueda ejecutar el programa contractual. En esta hipótesis, es necesario cuestionarse sobre la pertinencia de la oposición de la excepción de contrato no cumplido por parte del deudor, especialmente teniendo presente dos cuestiones: en primer lugar, que el deudor justifica un incumplimiento fundado en que el acreedor no le permitió cumplir, y, en seguida, que el incumplimiento denunciado por el deudor refiere a un deber secundario o funcional de conducta, según la naturaleza que le hemos asignado.

En lo que toca a la primera cuestión, es decir, la justificación del deudor que opone la excepción y que está constituida por el incumplimiento del acreedor que no colaboró para efectos de llevar a cabo sus prestaciones y, a su vez, en la calificación jurídica de su propia obligación por esa circunstancia, es necesario recordar las conclusiones a que arribamos en el punto inmediatamente anterior, esto es, que la obligación del deudor se torna inexigible – y que es lo que explica que la demanda que pudiera intentar el acreedor para obtener indemnización de perjuicios debido a que el deudor no ha cumplido, deba ser rechazada-. Íntimamente vinculado con ello, hay que tener presente los requisitos que se enuncian para que se pueda oponer exitosamente la excepción.⁶⁴⁰ Entre dichos requisitos, interesa detenernos en el que se refiere a la exigibilidad de las obligaciones de las partes;

resolución y cumplimiento de contrato bilateral. Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 31, nº3, 2004. p. 567. Alcalde postula que sólo es aplicable para el caso en que se demande indemnización de perjuicios, y no ante una demanda de cumplimiento o de resolución por incumplimiento, deducida por el acreedor. Empero, hay que tener presente que la opinión del autor tiene sólo a la vista lo dispuesto en el artículo 1552 del código civil, que efectivamente consagra el principio conocido como “la mora purga la mora”, en circunstancias que respecto a la excepción general de incumplimiento contractual, es discutible si la norma efectivamente la consagra o si es necesario inferirla a partir de otras disposiciones. MEJÍAS, Claudia, *Una aproximación al incumplimiento que hace procedente la excepción de contrato no cumplido*, Estudios de derecho civil VII, op. cit., p. 482. PIZARRO, Carlos (coordinador), *El derecho de los contratos en Latinoamérica*, op. cit., p. 385. Nos parece que la posición que en nuestro derecho se adopte, con relación a su consagración legislativa, influirá en cuanto a su ámbito de aplicación. La excepción está consagrada explícitamente en el artículo 1460 del código civil italiano, antes reproducido; en el § 320 del BGB; en el artículo 151 del código civil de Quebec; en el artículo 82 del código suizo de derecho de obligaciones, entre otros. En el derecho uniforme, está consagrada en el artículo 9:201 de los PECL, y 108 del Anteproyecto de código europeo de contratos. Curiosamente, el código civil peruano no la consagra expresamente, a pesar de tratarse de un código reciente, según se constata del artículo 1335, en que se establece una disposición muy similar a nuestro artículo 1552.

⁶⁴⁰ En nuestra doctrina, Baraona, por ejemplo, enumera: 1) que se trate de obligaciones recíprocas; 2) que las prestaciones deban ejecutarse simultáneamente, o que, por lo menos, la obligación de la parte que exige el cumplimiento, no esté sujeta en su cumplimiento a alguna modalidad; 3) que ninguna de las partes haya cumplido su prestación o se manifieste dispuesta a cumplirla; 4) que una de las partes exija a la otra el cumplimiento de la obligación; 5) que el requerido de cumplimiento se oponga o haga valer la excepción; 6) que el ejercicio de la excepción se haga conforme a la buena fe. BARAONA, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 316 s. PIZARRO cita: que las obligaciones recíprocas sean exigibles, y la buena fe en quien la opone. PIZARRO, Carlos, *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho chileno*, op. cit., p. 336 s. FELIÚ, Sergio, *Las obligaciones*. Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 943-945.

según algunos, es requisito esencial para la aplicación de la excepción, que las obligaciones recíprocas sean exigibles,⁶⁴¹ lo que sería compatible con el principio según el cual, la regla general es que en esos casos el cumplimiento ha de ser simultáneo.⁶⁴²

Sin embargo, coherente con lo señalado en un apartado anterior, la falta de la debida colaboración del acreedor vuelve a la obligación del deudor en inexigible, al menos transitoriamente, por lo que en estos casos el requisito hay que matizarlo, concordando con aquellos que centran su atención, más bien, en la exigibilidad de la o las obligaciones de aquel que pretende el cumplimiento, en este caso, en el acreedor que no colabora.⁶⁴³ Si consideramos los grupos de situaciones en estudio, partimos del supuesto que el acreedor no ha desplegado la colaboración debida,⁶⁴⁴ en circunstancias que es un deber actualmente exigible, según las partes lo dispusieron en el contrato o ello emana de la naturaleza del mismo. Por consiguiente, estamos en presencia de aquellas obligaciones que no son simultáneas en su cumplimiento, pues para que el deudor cumpla, se requiere previamente que el acreedor colabore para ello; en tanto el acreedor no coopere, la obligación del deudor no es exigible, de manera tal, que es perfectamente posible que oponga la excepción de contrato no cumplido en contra de la demanda intentada por dicho acreedor, que, por ejemplo, le exige cumplimiento.⁶⁴⁵ Por cierto que esta conclusión alude únicamente al deber

⁶⁴¹ PIZARRO, Carlos, *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho chileno*, op. cit., p. 336. Señala que “La excepción supone que el demandado es deudor de una obligación actualmente exigible, siendo el motivo que excusa su incumplimiento, la inejecución por parte del acreedor requirente”.

⁶⁴² ESPÍN, Diego, *La excepción de incumplimiento contractual*, op. cit., p. 561. Principio acogido en el § 271 del BGB: “(1) Si no está determinado un tiempo para la prestación ni resulta de las circunstancias, el acreedor puede exigir la prestación de inmediato y el deudor cumplirla de inmediato”; y en el artículo 75 del código suizo de obligaciones “Where no time of performance is stated in the contract or evident from the nature of the legal relationship, the obligation may be discharged or called immediately”. En el derecho uniforme, se establece en el artículo 7:104 de los PECL y en el artículo 6.1.4 (1) de los Principios UNIDROIT.

⁶⁴³ BARAONA, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. Al enunciar este requisito, como ya indicamos, aclara que, por lo menos debe ser exigible la obligación de aquel que exige el cumplimiento. Aunque no lo dice explícitamente, al parecer esta es también la opinión también de Jorge López. LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general. Quinta Ed.*, op. cit., p. 497.

⁶⁴⁴ Por cierto, que es perfectamente posible que el deber de colaboración se sujete a un plazo o condición suspensiva – así, por ejemplo, si el acreedor se compromete a entregar las especificaciones técnicas para la confección de una obra material, las que, a la vez, están siendo elaboradas por un grupo de técnico-, por lo que partimos de la base que en tales casos el deber ya es actualmente exigible.

⁶⁴⁵ “Por ello, cuando falte la simultaneidad de cumplimiento, no puede pretenderse la exigibilidad de una de las obligaciones por la otra parte. Si faltando la simultaneidad, se pretende por una parte exigir a la otra parte su prestación, es cuando ésta puede oponer la excepción de incumplimiento. Así el no cumplimiento de la parte demandante es el requisito básico para alegar con éxito la excepción”. Agrega que “No es una sanción para una conducta culposa de una de las partes, sino el mantenimiento del equilibrio temporal de las obligaciones bilaterales. Por ello su fundamento, la

de colaboración del acreedor, en relación a aquella o aquellas obligaciones del deudor para cuyo cumplimiento se necesita de tal cooperación; no nos referimos a otras obligaciones que pudieren surgir entre las partes, y que no tengan relación alguna con la colaboración debida, pues en ese caso se vuelve a los principios generales, es decir, si las partes nada han acordado, se entiende que las obligaciones son recíprocamente exigibles.⁶⁴⁶

Una segunda cuestión, dice relación con la naturaleza del incumplimiento del acreedor, que es denunciado por el deudor al oponer la excepción de contrato no cumplido. Y es que sería posible sustentar que como lo que no se ha cumplido por el acreedor es la cooperación necesaria, le estaría vedado al deudor oponer la excepción por dos órdenes de razones: la primera, porque, según hemos visto, para algunos la colaboración del acreedor no constituye un deber contractual, sino que una carga,⁶⁴⁷ postura con la que no concordamos, como hemos analizado en el capítulo anterior; y la segunda, porque hay una línea de pensamiento en la doctrina, según la cual no se podría oponer la excepción en caso de un incumplimiento de una obligación secundaria o accesoría, lo que se relaciona con otro requisito de procedencia de la excepción: la buena fe por quien la opone.⁶⁴⁸

simultaneidad de cumplimiento de ambas obligaciones cae cuando el tiempo de cumplimiento por pacto o disposición legal, sea distinto, teniendo que cumplirse previamente una de las obligaciones. La parte así obligada no podría invocar a su favor la excepción. Sólo la parte que puede cumplir después podría alegar la excepción si el obligado al cumplimiento previo, no sólo no realiza dicho anticipado cumplimiento, sino que, además, pretende exigir a la otra parte su obligación previamente". ESPÍN, Diego, *La excepción de incumplimiento contractual*, op. cit., p. 563. El artículo 82 del código suizo de obligaciones dispone: "A party to a bilateral contract may not demand performance until he has discharged or offered discharged his own obligation, unless the terms or nature of the contract allow him to do so at a later date".

⁶⁴⁶ Ello se puede constatar, por ejemplo, en STS español de fecha 13 de marzo de 2008, en que se demanda indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento contractual de la empresa constructora, primer vendedor de un inmueble, y la demandada opone excepción de incumplimiento contractual, arguyendo que la compradora no colaboró oportunamente, pues no denunció los vicios de ruina de la construcción que ahora demanda –hay que agregar, que primeramente se opone excepción de prescripción extintiva de la acción-. La demanda se acoge, siendo rechazada la excepción de incumplimiento contractual opuesta por la constructora, fundada en el supuesto incumplimiento del deber de colaboración. En este caso queda de manifiesto que, a pesar de que se puede oponer la excepción por el deudor, fundada en la inobservancia del deber de colaboración, ella sólo podría ser acogida en la medida que el incumplimiento del deudor denunciado por el acreedor, efectivamente se deba a dicha inobservancia de la colaboración debida, no pudiendo oponerse ante los incumplimientos de la deudora generados por otras razones que sólo a ella competen.

⁶⁴⁷ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 114. De opinión distinta, CABALLERO, José, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 286.

⁶⁴⁸ ESPÍN, Diego, *La excepción de incumplimiento contractual*, op. cit., p. 566. PIZARRO, Carlos, *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho chileno*, op. cit., p. 338; MEJÍAS, Claudia, *Una aproximación al incumplimiento que hace procedente la excepción de contrato no cumplido*. En *Estudios de derecho civil VII*, op. cit., p. 486 s. Esta última sostiene que este requisito no debe ser

En este segundo orden de razones, la apelación al estándar de la buena fe supone que el deudor no podría oponer la excepción de incumplimiento contractual, ante incumplimientos del acreedor que son de escasa envergadura. Empero, en caso de inobservancia de la colaboración debida por parte del demandante no se atenta contra la buena fe, por cuanto la calificación de la colaboración como un deber accesorio o secundario, ha tenido en vista su rol de funcionalidad respecto de la prestación o prestaciones primordiales que debe ejecutar el deudor: sin la colaboración de su acreedor, este último no puede cumplir; y en seguida, porque indudablemente el incumplimiento del acreedor es atribuible a él mismo, y no al deudor, de modo que no cabe duda que no ha sido el deudor el que ha motivado el incumplimiento del deber de cooperación del acreedor.

En síntesis, se concluye que la excepción de incumplimiento opuesta por el deudor en caso que el acreedor demandante ejerza una demanda cuyo fundamento sea el incumplimiento del primero, es perfectamente idónea.

ii. La segunda situación, es aquella en que el deudor ejerce una acción contractual en contra del acreedor, arguyendo que éste no ha cumplido con su deber de colaboración. Sobre este caso nos detendremos en el próximo apartado, por lo que sólo determinaremos si es posible que el acreedor oponga la excepción de contrato no cumplido en contra de la demanda del deudor. Se trata de un caso más sencillo que el anterior, pues el acreedor no podría pretender oponerse a la acción del deudor, atribuyendo un incumplimiento del deudor, en tanto éste no se encuentra en una hipótesis de incumplimiento contractual, como hemos señalado: su obligación es inexigible en tanto el acreedor no colabore. A mayor abundamiento, el deudor se encuentra en esta situación a causa de que el acreedor no ha colaborado; falta, así, un requisito fundamental para que sea susceptible de ser opuesta la *exceptio non adimpleti contractus*, que la obligación contra quien se opone no se haya

analizado en términos de envergadura del incumplimiento del demandante, en forma análoga al requisito del incumplimiento relevante o esencial, en que se funda la resolución por incumplimiento; sino más bien debe atender precisamente a la buena fe, con la finalidad de excluir los casos en que “le sea imputable la falta de cumplimiento de la otra parte al que la opone, o bien, si se interpone la excepción de mala fe como un mecanismo de dilación para cumplir con la propia obligación”. p. 492. El artículo 1460 del código civil italiano lo consagra en los siguientes términos: *Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede*. *Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede*”. El § 320 (2) BGB, dispone: “Si una parte ha cumplido parcialmente la prestación, no puede por ello denegarse la contraprestación, si la denegación, de acuerdo con las circunstancias, especialmente por la relativamente poca entidad de la parte restante, fuera contraria a la buena fe.”

cumplido, o no está dispuesto a cumplirla. Ciertamente que ello no se cumple en el caso del deudor.

2.1.4.4 Resolución solicitada por el acreedor. Pérdida de interés del acreedor en la prestación.

Hemos dicho previamente, que para la configuración de la *mora creditoris* no es relevante la calificación de las razones que llevaron al acreedor a infringir la debida colaboración, pues cual sea el fundamento de la misma, igualmente se producen las consecuencias que emanan de este instituto. Así, el acreedor pudo abstenerse de cumplir con su deber de colaboración, debido a que perdió interés en el contrato- por ejemplo, se había celebrado un contrato de ejecución de un obra de ingeniería consistente en un galpón metálico que contemplara algunas oficinas, completamente habilitado, incluyendo redes de incendio; para tal efecto, el mandante además de obligarse a pagar el precio de la obra, debía entregar las especificaciones técnicas para su realización. Al tiempo, decide no cumplir con la entrega de tales especificaciones, pues procedió a celebrar un nuevo contrato con otra empresa, cuyo precio es muy inferior al que se había pactado con la primera-. En esta coyuntura, cabe preguntarse si un acreedor que no ha cooperado debidamente, está legitimado para ejercer la acción de resolución por incumplimiento,⁶⁴⁹ fundado en el incumplimiento del deudor – por ejemplo el deudor en cuestión no dio por iniciada y culminada la primera etapa de proyecto, de acuerdo a la carta Gantt que se había incorporado al contrato-, pero que, en último término, no es sino porque perdió interés en la convención.

⁶⁴⁹ Cfr. ALESSANDRI, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 395 s. Hablamos de acción resolutoria por incumplimiento, atendido que de acuerdo a la legislación nacional, a menos que se pacte un pacto comisorio calificado, la resolución por incumplimiento contractual requiere de declaración por sentencia judicial, a diferencia de lo que ocurre en el derecho más contemporáneo, tanto en legislaciones internas, como en derecho uniforme de contratos. Así, el modelo adoptado por la CISG, en que a pesar de que no se optó por la una resolución *ipso iure*, la resolución se supedita a que sea comunicada a la otra parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26, es decir, requiere de una declaración recepticia del contratante que se encuentra facultado para resolver el contrato. DÍEZ PICAZO, Luis, *Artículo 64*. CABANILLAS, Antonio, *Artículo 27*, LÓPEZ, Ángel, *Artículo 49*, En Comentario de la Convención de Viena, Luis Díez Picazo, editor, op. cit., p. 225 s., 436 y 503.

Esta hipótesis fáctica, entonces, conlleva revisar los efectos de la *mora creditoris*, en relación con el ejercicio de la acción resolutoria por parte del acreedor.

Un primer asunto a tener en consideración es que, a diferencia de las líneas doctrinales más tradicionales, que exigían un incumplimiento del deudor con culpa para efectos de poder ejercer la acción de resolución por incumplimiento,⁶⁵⁰ la tendencia es hoy a que baste constatar un incumplimiento del deudor, siendo indiferente la determinación de las razones que lo motivaron, por ejemplo, fuerza mayor o caso fortuito, lo que es plenamente armónico con la concepción de incumplimiento del nuevo derecho de la contratación al que ya hemos tenido ocasión de referimos, y que lo concibe como un incumplimiento objetivo, aséptico, abstractamente considerado.⁶⁵¹ Si es así, entonces el supuesto incumplimiento en que podría sustentarse la demanda resolutoria interpuesta por el acreedor, podría ser la apropiada para que la demanda sea acogida constituyendo un incumplimiento de aquellos que la doctrina califica de resolutorio. Agregado a lo anterior, si se considera que efectivamente el acreedor ha decidido no colaborar en forma definitiva, una demanda resolutoria podría ser útil para poner término a un contrato que no será, en los hechos, ejecutado por las partes.⁶⁵² Con la resolución, se evita mantener una situación de incertidumbre contractual. Agregado a lo cual, se podría argumentar que no habría razón

⁶⁵⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*. Madrid, Thomson Civitas, 2005. p. 38 s. Misma interpretación se mantiene en la jurisprudencia nacional reciente, así: causa Rol 180-11, caratulada “Administradora de recursos humanos y Marketing Adepex Ltda. con Distribución y servicio D y S S.A.”, sentencia de la Corte Suprema de fecha 31 de enero de 2012, N° descriptor MJJ 30767, considerando sexto: “En referencia a la imputabilidad del incumplimiento, debe ser voluntario e imputable, es decir, con dolo o culpa del deudor, no siendo procedente la resolución si ha mediado fuerza mayor o caso fortuito, por cuanto, en tal caso, se habrá extinguido la obligación por otro modo de poner término a la misma, como es la imposibilidad en el cumplimiento”. Sentencia de fecha 4 de noviembre de 2011, Rol 8918-10, caratulada “Contreras Soto, Eliana con Aguirre Fernández, Patricio”, N° descriptor MJJ 30057, considerando décimo.

⁶⁵¹ PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op. cit., p. 1731. SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?* ADC, Madrid, n° LXIV, fasc. IV, 2011. p. 1701 s. VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, En Estudios de derecho civil IV, op. cit., p. 365 s. Cfr. MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

⁶⁵² Lo que ha sido reconocido por alguna sentencia, como la dictada con fecha 4 de diciembre de 2003, caratulada “Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios, Manuel”; N° descriptor MJJ 9382, considerando quinto: “En efecto, no parece ni 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 la naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella, se acoja en ese caso, porque la resolución, precisamente es 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.”

alguna para mantener vinculadas a las partes contractualmente, no permitiendo que salgan al mercado con la finalidad de celebrar un negocio de reemplazo con terceros.⁶⁵³

Sin embargo, lo que en una primera aproximación parece sencillo de contestar en términos positivos, permitiendo al acreedor desligarse del contrato a través de la resolución, merece un estudio con mayor detenimiento, pues para resolver esta dificultad hay que recordar dos elementos de juicio fundamentales: primero que, como señalamos previamente, es posible calificar este caso como de imposibilidad sobrevenida definitiva de la prestación del deudor, por lo que no hay incumplimiento del deudor contractual, de manera tal que mal podría resolverse un contrato fundado en un incumplimiento inexistente. En seguida, por cuanto es perfectamente posible, decíamos, que la resolución demandada por el acreedor sea totalmente contradictoria con los intereses del deudor contractual, pues este último puede pretender que el acreedor le cumpla con las obligaciones que ha asumido en cuanto deudor de contrato bilateral, que es nuestro sustrato de análisis, toda vez que hemos concluido que las otras obligaciones del acreedor, no pueden considerarse extinguidas debido a la inobservancia de su propio deber de colaboración. De resolverse el contrato, si tales obligaciones no se han cumplido, se extinguirán, como regla general; y si ya se cumplieron, será necesario proceder a las restituciones mutuas a que da lugar la resolución contractual.

De ahí, que debemos fijar nuestra atención en el requisito del incumplimiento contractual, que sustenta toda acción de resolución por incumplimiento, en este preciso caso. La pregunta es, si el acreedor que no ha colaborado ¿se encuentra legitimado para ejercer la acción de resolución por un supuesto incumplimiento del deudor, el que fue originado porque él mismo no ha colaborado para permitir dicho cumplimiento?

El derecho chileno nada señala para estos casos, lo que es comprensible atendido que no se encuentra regulada sistemáticamente la mora del acreedor, como tampoco la resolución por incumplimiento contractual. En el derecho extranjero hay normativa que expresamente resuelve el caso, en orden a determinar si procede o no que el acreedor solicite la resolución del contrato o lo de por resuelto, según el sistema que rija - ya sea por

⁶⁵³ El profesor Morales Moreno, a propósito de la indemnización por lucro cesante, afirma que la resolución "permite al contratante insatisfecho liberar los recursos económicos destinados al cumplimiento de la obligación, mientras que al contratante que ha incumplido el contrato no le libera del todo: le libera del deber de prestación pero no del deber de indemnizar. MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 189.

sentencia judicial, o por declaración unilateral de voluntad del acreedor-.⁶⁵⁴ Así, en el § 323 (6) del BGB se excluye la resolución si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia que legitimaría para resolver, y agrega “o bien, si la circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación”.⁶⁵⁵ Similar solución en el código civil argentino y paraguayo,⁶⁵⁶ Una solución diversa es la que se contempla por el código civil peruano.⁶⁵⁷

En el derecho uniforme, la regla general ha ido por la línea de vedar al acreedor de la resolución, en caso que el incumplimiento fuere provocado por él. En la CISG, se ha tendido a pensar que dada la amplitud de la norma contenida en el artículo 80, que establece una parte no puede invocar el incumplimiento de la otra, si ha sido provocado por ella, uno de sus efectos es que no se podría mantener la facultad de resolver el contrato.⁶⁵⁸ Los PECL adoptan igual solución, pues el artículo 8:101 (3) establece que la parte que ha provocado el incumplimiento de la otra, no puede recurrir a los medios contenidos en el capítulo 9, entre ellos, la resolución – sección 3-. Regla muy similar está en el artículo 3:101 (3) del MCR.⁶⁵⁹ El anteproyecto del código europeo de contratos también establece en el artículo 114 (6) que el acreedor no tiene derecho a proceder a la resolución del contrato si el incumplimiento depende exclusivamente de una acción o de una omisión que le sea

⁶⁵⁴ SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?*, op. cit., p. 1715.

⁶⁵⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, op. cit., p. 76. Recordemos que en estos casos también el deudor mantiene su derecho a la contraprestación debida por el acreedor. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 202.

⁶⁵⁶ En el código argentino, el artículo 1203 prescribe: “Si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservare la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda”. A su turno, se puede desprender la misma solución del inciso primero del artículo 725 del código civil de Paraguay: “En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas.”

⁶⁵⁷ Artículo 1432.- “Resolución por culpa de las partes.

Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.”

⁶⁵⁸ SALVADOR CODERCH, Pablo, *Exoneración*. En Comentario de la Convención de Viena, Luis Díez Picazo, editor, op. cit., p. 659.

⁶⁵⁹ 3:101 (3) “The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor`s non-performance.”

imputable, incluso agrega que no tiene derecho a tal resolución, “si ha generado en la otra parte la convicción de que no procederá a la dicha resolución ni tan siquiera en el caso de un incumplimiento de singular importancia”.⁶⁶⁰

No obstante en nuestro derecho no hay solución expresa, la respuesta ha de buscarse en el propio artículo 1489 del código civil, pues a pesar de la gran cantidad de debates que ha provocado la norma en cuestión,⁶⁶¹ lo indudable es que el fundamento de la resolución es el incumplimiento de la otra parte, y en caso que el acreedor no coopere al cumplimiento, mal podría demandar la resolución toda vez que el deudor no se encuentra en situación de incumplimiento contractual, como ya hemos expuesto.⁶⁶²

Por consiguiente, el contrato se mantendrá vigente, pudiendo el deudor contractual exigir al acreedor el cumplimiento de sus prestaciones en cuanto deudor de contrato bilateral, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercer las demás acciones o remedios contractuales en contra de este último, fundado en la inobservancia del deber de colaboración, según veremos a continuación.

⁶⁶⁰ ROGEL, Carlos (coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa*, op. cit., p. 80.

⁶⁶¹ Cfr. CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, p. cit., p. 241 ss.

⁶⁶² A la misma conclusión arriban los Comentarios de los Principios de UNIDROIT, en que expresamente a propósito del artículo 7.1.2, ya citado. *Principios UNIDROT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, op. cit., p. 201. A diferencia de lo que ocurre en la mayoría del derecho uniforme, la Propuesta española de Modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos, no contempla norma expresa sobre este extremo, a pesar que hay jurisprudencia que ha desechado la demanda resolutoria en caso de *mora creditoris*. DÍEZ PICAZO, Luis, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*. ADC, Madrid, n°XXII, fasc. II, 1969. p. 392. ATIYAH, P.S., *An introduction to the law of contract*. Oxford, Clarendon Express, 1995. p. 402.

2.2 Efectos derivados de la inobservancia de la colaboración del acreedor: Incumplimiento del deber de colaboración.

2.2.1. El delicado equilibrio de los intereses entre las partes contratantes.

Como ya es posible advertir a lo largo de este trabajo, el enfoque que hemos dado al análisis del deber de colaboración del acreedor, se enmarca en una noción realista o pragmática del contrato, en que lo primordial es la satisfacción de intereses de las partes contratantes, tanto deudor como acreedor. De ahí, que este es el primer eje a resaltar, al momento de estudiar la configuración de un incumplimiento contractual de aquel acreedor que no colabora.

Naturalmente, el deber de colaboración del acreedor, especialmente en los grupos que hemos analizado, demuestra que, a pesar de que el centro de atención del derecho contemporáneo de contratos se ubica en la satisfacción del interés del acreedor, hay un límite claro, cual es el interés del deudor. Interés que tiene dos vertientes, según hemos evidenciado: la primera, que el deudor requiere que el acreedor coopere para ejecutar el contrato, de modo que atendida la naturaleza del contrato, y/o las cláusulas que se incorporaron al mismo, el deudor espera legítimamente que dicha colaboración se materialice; la segunda vertiente, está dada por aquellos otros intereses anexos del deudor, que pueden verse vulnerados debido a la inobservancia de la colaboración por parte de acreedor.

En síntesis, el contrato supone un delicado equilibrio de intereses contractuales que puede ser alterado en caso de incumplimiento de cualquiera de las dos partes, pero sin que ello implique una negación absoluta a los mismos. En ese sentido, no sería posible argüir en estos casos, que el interés o intereses del acreedor son absolutos, pues su límite es el interés del deudor.

2.2.2 El incumplimiento contractual de la colaboración del acreedor. Un cumplimiento imperfecto.

El supuesto en que nos situamos, es aquel en que la inobservancia de la colaboración del acreedor vulnera intereses del deudor, configurando un incumplimiento contractual.⁶⁶³ Como el sustrato de análisis es el contrato bilateral, el acreedor que debe colaborar, también ha contraído obligaciones primordiales y funcionales, acordes al contenido contractual de que se trate. Por cierto que es posible que el acreedor no sólo no cumpla con el deber de cooperar al cumplimiento del deudor, sino que tampoco lo haga respecto de sus demás obligaciones, en cuyo caso estaremos en presencia de la total no realización de las prestaciones a que se obliga, o como lo denomina la doctrina, de un incumplimiento completo o absoluto. Sin embargo, el núcleo de este estudio es el incumplimiento del deber de colaboración, y no los eventuales incumplimientos de sus otras obligaciones, en tanto parte de un contrato sinalagmático. Este énfasis, además, tiene consonancia con el hecho de que en la realidad, la calificación del incumplimiento es mucho más compleja de como ha sido usualmente tratada por la doctrina tradicional chilena, como se ha puesto en evidencia recientemente,⁶⁶⁴ pues lo más probable es que ante un conflicto judicial, los incumplimientos que se reprochen las partes no sean aquellos en que una o ambas no ejecuten en lo absoluto el contrato - estos casos son los menos-, sino que el incumplimiento objeto de debate, sea de aquellos en que el contrato se ha ejecutado defectuosamente, obedeciendo a la noción de cumplimiento imperfecto.

La temática del cumplimiento imperfecto es una de las áreas en que se aprecia la marcada disociación entre la doctrina y el tráfico jurídico,⁶⁶⁵ puesto que a pesar de que se

⁶⁶³ Así también lo considera el Contract Code, a propósito de la obstrucción del cumplimiento de la otra parte, en que expresamente se dispone: "La parte contratante que injustificadamente impida u obstaculice el cumplimiento de la otra parte incurre en incumplimiento de contrato. Mc GREGOR, Harvey, *Contract Code*, op. cit., p. 86 s

⁶⁶⁴ VIDAL, Álvaro, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista*, op. cit., p. 47. A vía ejemplar, GATICA, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, op. cit., p. 80. Se hace referencia sólo cumplimiento parcial, omitiéndose un análisis de la gran variedad de situaciones a que puede dar lugar el cumplimiento imperfecto.

⁶⁶⁵ En efecto, basta una somera revisión a la jurisprudencia nacional, para constatar que las materias más debatidas son precisamente los casos de cumplimientos imperfectos. Así, sentencia de la Corte Suprema dictada con fecha 28 de enero de 2010, N° descriptor MJJ 23037, causa caratulada "Corante Maizares, Clara con Banco del Estado". Se alega el incumplimiento imperfecto de un abogado del Banco, quien fue el encargado de realizar el estudio de títulos del inmueble que fue

trata del incumplimiento que mayormente se presenta, es, a la vez, al que menos dedicación le han brindado los autores.⁶⁶⁶ De ahí, que el análisis de la inobservancia del deber de colaboración del acreedor, permite aislar un caso de cumplimiento imperfecto o defectuoso y estudiarlo dogmáticamente. La razón por la que calificamos de cumplimiento imperfecto a la inobservancia del deber de colaboración, se debe a que en el contrato bilateral, el acreedor sobre el cual pesa el deber de colaborar también ha asumido aquellas obligaciones que le corresponden en tanto deudor contractual, las que puede haber cumplido, por lo que sólo fijaremos nuestra atención en el incumplimiento de dicho deber

comprado por la actora. El informe elaborado por el abogado omitió considerar un conjunto de antecedentes, asegurando que la propiedad raíz no tenía impedimento alguno para ser adquirida, en circunstancias que de acuerdo a las inscripciones registrales, el vendedor sólo era titular de un porcentaje de los derechos sobre el mismo, lo que impidió a la demandante inscribir el inmueble, luego de celebrada la compraventa. Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo de fecha 27 de mayo de 2010, N° de descriptor MJJ 24023, causa caratulada “Empresa constructora de viviendas económicas Diez, Luengo Weil con Supermercado de materiales para la construcción Ltda.”. El objeto de la controversia es el cumplimiento imperfecto de un contrato de suministro de adoquines a la empresa demandante, los que presentaron una serie de defectos, ordenando la sentencia indemnizar la totalidad de los perjuicios padecidos por ésta. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de julio de 2011, N° de descriptor MJJ 289455, causa caratulada “Toro Briones, Juan con Leonelli Guidoti, Alfonso”. Alega el demandante cumplimiento imperfecto de contrato de compraventa de un bosque de veintidós años de edad, toda vez que el bosque que le fuera entregado cubría una superficie menor de hectáreas que las que se supone se había adquirido, y los árboles no tenían la edad que correspondía. En este caso, la demanda de la compradora se rechaza, decisión refrendada por la Corte Suprema, conociendo recurso de casación en el fondo de la actora.

⁶⁶⁶ En el caso de la doctrina nacional, esta despreocupación es nítida, con algunas excepciones; así, se habla en un solo párrafo de “la infracción de la obligación”, la que puede consistir en el incumplimiento total, parcial o tardío. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio. *Teoría de las obligaciones*. Quinta Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 264. O bien, con ocasión del estudio de la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, se clasifica el incumplimiento definitivo de la obligación, en incumplimiento total y parcial, indicándose que “el incumplimiento parcial sólo tiene cabida en aquellas obligaciones en que el pago por partes no altera el contenido de la prestación, y trae consigo naturalmente una ejecución incompleta de la misma. Esta ejecución parcial puede ser cuantitativamente parcial o cualitativamente parcial”; respecto de la segunda, se agrega que “según que las obligaciones se cumplan en todo o en parte, pero en condiciones defectuosas, como cuando las cosas entregadas son ineficaces para el uso a que estaban destinadas por su naturaleza o por la voluntad de las partes”. GATICA, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, op. cit., p. 77. ABELIUK, René, *Las obligaciones*. T. II, op. cit., p. 710, aunque se analiza el incumplimiento como antecedente general para el ejercicio de las acciones derivadas de la inobservancia del contrato – en este caso, el cumplimiento forzado, la indemnización de perjuicios y las consecuencias del incumplimiento recíproco-, sólo se expresa que el incumplimiento puede ser total o parcial, y el parcial se configura “a) si se cumple imperfectamente una deuda de 10.000, el acreedor acepta un abono de 5.000, o un edificio que tenía defectos de construcción, y b) cuando existe retardo en el cumplimiento. Algo similar, en LARRAÍN, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*. Santiago, Lexis Nexis, 2003. p. 213.

de colaboración, sin considerar si se han cumplido o no sus demás obligaciones contractuales.

En seguida, como se ha anticipado, analizar el incumplimiento del deber de colaboración por parte del acreedor del contrato, permite estudiar una clase de cumplimiento imperfecto con sus correspondientes consecuencias concretas. En esa línea, cabe advertir que esta hipótesis de incumplimiento a que da lugar la inobservancia del deber de colaboración del acreedor, lo analizamos en tanto supuesto de cualquier acción o remedio contractual que pueda ser ejercitado por el deudor,⁶⁶⁷ pues aunque en la norma sobre el cumplimiento imperfecto en nuestro país, se encuentre tratada a propósito de la acción de indemnización de perjuicios, no cabe duda que es de aplicación general;⁶⁶⁸ teniendo siempre presente que para el ejercicio de alguna o algunas acciones o remedios contractuales, existen exigencias adicionales al incumplimiento -como en el caso de la resolución contractual por incumplimiento-.

Las variantes que puede adoptar el cumplimiento imperfecto es amplísima, cubriendo las más diversas clases de desajustes al programa contractual, por lo que, en principio, se trataría de una cuestión eminentemente casuística. Sin embargo, cuando nos enfrentamos a deberes que tienen una configuración o perfil preciso, como el de colaboración, es posible hacer un análisis más sistemático de las consecuencias que de dicho incumplimiento surgen. Por tal razón es que es posible afirmar que algunos cumplimientos imperfectos tienen cierta tipicidad, entendiendo por tal, al hecho de que han sido identificados en base a características y efectos comunes, ya sea por la ley, la doctrina y/o por la jurisprudencia.⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op. cit., p. 1720. MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 29. MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*. Derecho de daños, op. cit., p. 212.

⁶⁶⁸ Así se reconoce, por ejemplo, por Fueyo, quien antes de tratar las acciones contractuales derivadas del incumplimiento –en su esquema: la ejecución forzada, la resolución por incumplimiento, y la reparación de daños-, y a partir de lo dispuesto en el artículo 1556, plantea un esquema de las diversas formas que puede adoptar cada una las modalidades que puede adoptar el incumplimiento. FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 253 ss.

⁶⁶⁹ A vía ejemplar, es posible calificar de cumplimiento imperfecto a la falta de conformidad. Cfr. DE LA IGLESIA, María Isabel, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercadería*, op. cit., p. 54 ss. VAQUER, Antoni, *El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?* ADC, Madrid, n°.LXIV, fasc. 1, 2011. p. 11. Aunque en la generalidad de los casos se entiende que hay defecto en el cumplimiento, destaca el autor que en algunos códigos civiles la entrega de una cosa distinta también constituye falta de conformidad. p. 19.

La inobservancia al deber de colaboración por parte del acreedor, constituye un cumplimiento imperfecto atendido lo dispuesto en el artículo 1556, ya citado, pero naturalmente que las diversas legislaciones internas abordan en forma diversa la regulación de esta clase de incumplimiento. Es así, como en algunas de ellas sólo se habla de incumplimiento, en términos generales, sin distinción alguna;⁶⁷⁰ en otras efectivamente se hace un distinguo, pero sólo entre el incumplimiento y el retardo en el cumplimiento;⁶⁷¹ en tanto que hay aquellas en que se reconocen de forma explícita otras varias formas de incumplimiento,⁶⁷² como el imperfecto, también denominado defectuoso, pues el contrato no se cumple adecuadamente.⁶⁷³

Sin embargo, ya sea que se establezca expresamente la modalidad del cumplimiento imperfecto, o no, dada la amplitud de la concepción que contemporáneamente se sigue de incumplimiento contractual, especialmente por el derecho uniforme, y que se ha visto refrendada en algunos proyectos de modernización del

⁶⁷⁰ En el código suizo de obligaciones, se habla de incumplimiento en términos generales, en los artículos 97 y 98. El artículo 1101 del código español establece que “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”. El código civil de Paraguay es bastante peculiar, pues si bien a propósito de la normativa general refiere únicamente al “incumplimiento”, cuando regula la cláusula penal, distingue entre “incumplimiento total y parcial, y retardo en el cumplimiento”, según se lee en el artículo 454.

⁶⁷¹ El artículo 1147 del código civil francés alude a la indemnización de perjuicios que procede para el caso de “incumplimiento de la obligación o de un retraso en el cumplimiento”. En el código civil italiano de 1942, los artículos 1218 y 1223 hablan de “incumplimiento o retraso en el cumplimiento”, lo que luego queda refrendado en el artículo 1382, a propósito de los efectos de la cláusula penal. “Art. 1218. Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (1256; att. 160)”. “Art. 1223 Risarcimento del danno Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti).”

⁶⁷² El código peruano, que regula en forma diferenciada según se trate de obligaciones de dar, hacer y no hacer, establece que el incumplimiento de una obligación de hacer puede ser parcial, tardío o defectuoso, artículo 1151; y luego, al regular en general el incumplimiento de las obligaciones, diferencia entre la inejecución de la obligación, el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso - artículo 1314-. El artículo 1590 del código de Quebec de 1991, también distingue entre la ejecución completa de la obligación, correcta y sin retardo. El § 281 (1) del BGB, dispone: “En la medida en que el deudor no ha cumplido la prestación vencida o no la ha cumplido según lo debido, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la prestación, de acuerdo a los requisitos del § 280, apartado 1, si ha fijado sin éxito un plazo razonable al deudor para la prestación o para la corrección del cumplimiento. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la entera prestación si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha cumplido la prestación según lo debido, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la entera prestación si la violación del deber es irrelevante”.

⁶⁷³ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, op. cit., p. 57.

derecho de obligaciones⁶⁷⁴- y que es la que se sigue en este trabajo-, ciertamente que al cumplimiento imperfecto no sólo se le reconoce como una clase de incumplimiento contractual, sino que, además, se trata de la variable más prolífica de inobservancia del contrato que se presenta en los hechos.

El cumplimiento imperfecto o defectuoso supone una inexactitud en el cumplimiento del contrato,⁶⁷⁵ al decir de un tratadista nacional, hay sólo una apariencia de cumplimiento “con todo, este es insatisfactorio, imperfecto, insuficiente para entender cumplida la obligación y liberado el deudor. En esta hipótesis se realiza el pago con violación de alguno de los requisitos de exactitud, de tiempo, de lugar, de ejecución de buena fe, etc. De cualquier modo, el pago es irregular”,⁶⁷⁶ supone, entonces, una contravención “de cualquier modo” al cumplimiento de la obligación.⁶⁷⁷

Desde la óptica de las partes contratantes, el cumplimiento imperfecto supone una frustración a sus expectativas,⁶⁷⁸ lo que ciertamente está presente en el caso de la inobservancia de la cooperación debida del acreedor, como hemos dejado asentado, pues

⁶⁷⁴ Como se visualiza en el artículo 45 y 61 de la CISG; en el artículo 7.1.1 de los Principios UNIDROIT; en los artículos 1:301, 8:101 de los PECL, en los que, por lo demás, en el artículo 8:104 hay expresa referencia a una prestación “defectuosa”, para efectos de su corrección; también se infiere de varias normas de los PEL SC; como de los artículos 2:101, 2:102, 2:103 y 3:101 del MCR; y del artículo 89 del Anteproyecto de código europeo de contratos. Un antecedente adicional es lo que se establece en el artículo 301 del Contract Code: “La parte de un contrato que deja de cumplir por completo cualquier obligación que le incumbe o la cumple tardíamente o sólo en parte, o de cualquier otro modo que no se ajuste a sus obligaciones, incurre en incumplimiento de contrato”. En la Propuesta española de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos, el artículo 1188, inciso 1º, dispone: “Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”. El caso del proceso de reforma francés al código del ramo, es un tanto distinto, pues se requiere distinguir el proyecto sobre el cual nos referimos. Así, el artículo 159 del Proyecto de la Cancillería o “Proyecto de la Chancellerie”, distingue entre diversas clases de incumplimiento, y entre ellos, el cumplimiento imperfecto; por su parte, el artículo 1363 del Proyecto Catala, alude a la inexecución, en términos generales. No obstante, siguiendo a Pizarro, en los distintos proyectos, se aborda al incumplimiento total y al cumplimiento perfecto. PIZARRO, Carlos, *Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos*, op. cit., p. 126.

⁶⁷⁵ Por ejemplo, “la inexactitud obedece a que no se ha obrado conforme a las reglas del arte o de la profesión, en las obligaciones de dar en que la cosa no posee los requisitos pactados o anunciados en la propaganda”; y se agrega que el cumplimiento defectuoso implica que no se satisface el interés del acreedor en forma plena. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, op. cit., p. 195. De “inexacto” también lo califica Messineo. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial. Derecho de las obligaciones. Parte general*. T. IV, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1955. p. 221 y 334. REZZÓNICO, Luis, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho*, op. cit., p. 126.

⁶⁷⁶ FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 254.

⁶⁷⁷ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 177.

⁶⁷⁸ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 123.

al momento de contratar, ya sea debido a la naturaleza del contrato, o a las cláusulas que los propios contratantes incorporaron, el deudor espera legítimamente que el acreedor colabore para cumplir íntegramente, posibilitando su liberación obligacional. Por cierto que esta caracterización a la colaboración del acreedor, queda limitada a los grupos de casos que hemos identificado.⁶⁷⁹

Y es que el carácter de cumplimiento imperfecto se advierte de los mismos casos que han sido conocidos, tanto por tribunales nacionales como extranjeros. Así, es posible inferir un cumplimiento imperfecto o defectuoso en la falta de colaboración del acreedor, si se ha celebrado un contrato de prestación de servicios entre un abogado y su cliente, y este último demanda al letrado alegando que no ha cumplido el contrato, por no haber desplegado la diligencia debida, en circunstancias que le fueron pagados los honorarios. Sin embargo, al abogado no le fue posible ejecutar íntegramente el contrato, atendido que no contó con la colaboración del cliente durante la vigencia de los servicios.⁶⁸⁰ De igual forma, se puede calificar de cumplimiento imperfecto por inobservancia a la colaboración del acreedor, el caso en que se celebra un contrato entre dos empresas: la comitente o mandante encarga a la artífice la ejecución de una obra material consistente en el suministro y extendido de obras asfálticas aportando los materiales para ello, fijando una fecha aproximada de inicio de las obras, previo aviso de la empresa mandante; sin embargo, transcurrido varios meses, la comitente nunca le dio el aviso necesario a la artífice para el inicio de tales obras, por lo que esta última demanda resolución de contrato e indemnización de perjuicios, pues no se cumplió por la mandante la obligación de dar el aviso para iniciar las obras contratadas⁶⁸¹. Claro cumplimiento imperfecto se visualiza, también, en un

⁶⁷⁹ Pues se atenta contra intereses del deudor. A propósito de la no regulación expresa del deber de colaboración en la Propuesta española de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos. FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*, op. cit., p. 75. GARCÍA, Rosa, *Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del derecho privado europeo*. En *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 352 s.

⁶⁸⁰ STS español de 18 de diciembre de 2007, en este caso, se demandó de indemnización de perjuicios al abogado, fundado en el supuesto incumplimiento del contrato. Demanda que finalmente fue rechazada, toda vez que a pesar de que se pagó los honorarios por parte del actor, éste no desplegó la colaboración debida al letrado, para permitir la ejecución del contrato de servicios. Si bien la falta de la debida colaboración constituyó la defensa del abogado demandado, y efectivamente se configuró como causal de exoneración de responsabilidad civil, es indudable que aunque fueron pagados por el demandante los honorarios pactados, no se cumplió el contrato en forma perfecta, al no haberse cumplido con el deber de cooperación que sobre él pesaba.

⁶⁸¹ STS español de 16 de marzo de 2009. En la causa en cuestión, interpone demanda de resolución de contrato e indemnización de perjuicios la comitente o mandante, y en contra de esa demanda la

contrato de cierre de negocios y contrato de promesa de compraventa de acciones y cesión de créditos, en que la prometiente vendedora demanda a la prometiente compradora, el pago de la pena contenida en la cláusula penal acordada para el caso en que dicho contrato se incumpliera; sin embargo, la razón por la que la prometiente compradora no pudo celebrar el contrato definitivo, se debió a que la prometiente vendedora nunca entregó la documentación necesaria para realizar el due diligence, cuya finalidad era determinar el precio definitivo del negocio, y que era desconocido hasta la fecha.⁶⁸² Igual calificación, en el caso de un contrato de construcción, en que la empresa constructora demanda a la mandante de resolución de contrato e indemnización de los perjuicios, causados por los mayores costos que le implicó la realización de las obras, pues la mandante no le entregó el terreno libre de escombros - y de hecho tuvo gran demora en retirarlos-, como asimismo, no hizo los estudios de factibilidad de servicios de luz y alcantarillado, aunque pagó parte de las obras encargadas.⁶⁸³

Este supuesto de cumplimiento imperfecto a que da lugar la inobservancia del deber de colaboración por parte del acreedor contractual, le permite a la contraparte ejercer determinadas acciones o remedios contractuales, de acuerdo a las reglas generales.

2.2.3 De las acciones o remedios contractuales del deudor contra el acreedor por inobservancia del deber de colaboración.

En el capítulo precedente, concluimos que la naturaleza jurídica de la colaboración del acreedor es la de un deber secundario, funcional o instrumental dentro del contrato, razón por la cual es perfectamente posible que el deudor intente obtener su cumplimiento

artífice deduce demanda reconvenicional de resolución e indemnización de perjuicios, argumentando que el retardo en el cumplimiento se debió exclusivamente a que la mandante no dio el aviso para el inicio de las obras, siendo rechazada la demanda de la comitente, y acogida la demanda reconvenicional de la artífice.

⁶⁸² Sentencia arbitral CCAM de Santiago, Rol N° 711 de fecha 19 de mayo de 2007. En este caso, la prometiente compradora demanda reconvenicionalmente la resolución del contrato e indemnización de perjuicios, fundada precisamente en la falta de entrega de los antecedentes mínimos para realizar el “due diligence”. La causa terminó por avenimiento.

⁶⁸³ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de noviembre de 2004, Rol 2773-04. En esta causa, tanto la sentencia de primera como de segunda instancia, rechazan la demanda de la empresa constructora, por no haber sido acreditada la relación causal entre los perjuicios demandados y el incumplimiento que se atribuye a la demandada. La Corte Suprema desechó el recurso, por considerar que la prueba del vínculo causal constituye un elemento fáctico.

específico, como también el resarcimiento de los daños ocasionados debido a su inobservancia, oponiéndonos a aquellas opiniones que sustentan que atendido el carácter de carga contractual que supuestamente tendría en todos los casos, se impediría el ejercicio de ambos derechos.

En tal sentido, ya hemos señalado que ni la acción de cumplimiento, ni la de indemnización de perjuicios, le están vedadas al deudor contractual, quien podrá ejercitarlas en la medida que se cumpla con los requisitos de procedencia de cada una de ellas. Y es que la calificación de deber secundario de conducta, que se sitúa al interior del contrato, le permiten al deudor hacer valer todos y cada uno de los remedios o acciones contractuales, tendientes a satisfacer su interés.

En este punto conviene hacer una aclaración: para efectos de esta tesis, hemos utilizado indistintamente las expresiones “acciones” y “remedios” contractuales; si bien se advierte que la segunda tiene un origen anglosajón,⁶⁸⁴ lo cierto es que se trata de una expresión que paulatinamente se ha ido incorporando al lenguaje jurídico continental, incluyendo a nuestro país.⁶⁸⁵ En seguida, es necesario tener presente que hay diversas acepciones de la expresión “responsabilidad contractual”. Como es sabido, a veces se habla de responsabilidad civil en sentido amplio, y otras en sentido estricto; la primera, para aludir a la potestad del acreedor de actuar contra el patrimonio del deudor; y en sentido estricto, para referir a la acción de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual,⁶⁸⁶ y en algunas ocasiones incluyendo a la pretensión de cumplimiento; y otras,

⁶⁸⁴ BIRKS, Peter, *Rights, wrongs and remedies*. Oxford Journal of legal studies, Oxford, vol. 20, n° 1, 2000. p. 6 s. Incluso es posible constatar que en el derecho anglosajón tan pronto se habla de acciones, como de remedios, así, en Sale of goods Act de 1979, Part IV, “Actions for breach of the contract, *Blackstone’s Statutes on Contract, tort & Restitution 2011-2012*. Oxford, University Press, 2011. p. 96 s.

⁶⁸⁵ PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op. cit., p. 1727; VIDAL, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el código civil*, op. cit., p. 518, el autor agrega “A estas medidas llamaré remedios y al conjunto, sistema de remedios por incumplimiento, que se articula a partir del incumplimiento.”

⁶⁸⁶ BARROS, Enrique, *Diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*, op. cit., p. 722 y 724. Según García Amigo, consiste “en reparar los daños ocasionados al acreedor por el incumplimiento – o defectuoso cumplimiento de la prestación que le es debida- del crédito por el deudor” GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de derecho civil. Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid, Mc Graw-Hall, 1995. p. 596. Para Tapia: “es responsabilidad contractual la que proviene del hecho de no haberse cumplido una obligación, o de haberse retardado su cumplimiento por causas imputables al deudor”. TAPIA, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Santiago, Legal Publishing, 2007. p. 35.

para aludir a la totalidad de las acciones o remedios con que cuenta el acreedor ante el incumplimiento de contrato.⁶⁸⁷ En este trabajo, hemos usado anteriormente la expresión “responsabilidad civil contractual” en un sentido estricto, esto es, identificándola con la acción o remedio indemnizatorio derivado del incumplimiento de contrato, sin desconocer que tiene los dos alcances ya indicados.

Una última aclaración: reconocemos que hay varias acciones o remedios contractuales con que las partes cuentan frente al incumplimiento, cuya finalidad es obtener la satisfacción de sus intereses. En ese sentido, concordamos con asignarle la mayor extensión posible a tales acciones o remedios, incluyendo, como lo hace la doctrina contemporánea a: la pretensión de cumplimiento, la indemnización de perjuicios, la resolución por incumplimiento, la reducción del precio, y la excepción de incumplimiento de contrato.⁶⁸⁸ Sin embargo, como hemos indicado en otra parte, el énfasis en el análisis de los efectos que genera la inobservancia del deber de colaboración del acreedor, lo pondremos en la acción de indemnización de perjuicios, o remedio indemnizatorio.

Las razones que motivan la opción de privilegiar el estudio de la indemnización de perjuicios en este trabajo, son las siguientes: en primer lugar, ya hemos afirmado que no hay ningún obstáculo jurídico para que el deudor pretenda obtener el cumplimiento del deber de colaboración del acreedor; empero, también destacamos que desde el punto de vista práctico, atendida la naturaleza de funcional o instrumental que postulamos tiene el deber de colaboración, lo más probable es que su inobservancia se conocerá cuando el propio acreedor pretenda demandar por incumplimiento al deudor, y este se defienda fundado en que no le fue posible ejecutar el contrato, debido a la infracción del acreedor; a la vez, hay una segunda cuestión que puede incidir en que no se opte por la acción de cumplimiento, y es que debido a la extensa duración de las causas en nuestro actual procedimiento civil,⁶⁸⁹ no siempre satisfaga al deudor intentar obtener el cumplimiento de la colaboración debida, para que le permita, a su turno, ejecutar el contrato en los términos acordados. Hay que advertir, sin embargo, que es posible encontrar casos en que se ha demandado judicialmente el cumplimiento, especialmente aquellos en que la falta de

⁶⁸⁷ MORALES, Antonio, *Modernización del derecho de obligaciones*, op. cit., p. 21.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁸⁹ Como lo reconoce el propio Mensaje del Ejecutivo con el que se inicia el Proyecto de ley de nuevo código procesal civil, de fecha 12 de marzo de 2012, Mensaje 004-360, p. 13.

colaboración refiere a la no recepción de pago, más que en aquellos otros en que la colaboración del acreedor se materializa en forma más compleja.⁶⁹⁰

También es perfectamente posible, y así se constata de algunos casos conocidos por la jurisprudencia, que se ejerza la acción de resolución por incumplimiento, si se reúnen los requisitos de procedencia de la misma. Sobre esta acción no nos detendremos, pues escapa de los márgenes de este trabajo, aunque hacemos presente que no hay inconveniente alguno en que este sea el camino elegido por el deudor.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ Como en STS español de 1 de septiembre de 2009, en que se demanda el pago de la parte de precio adeudada por la compradora, en virtud de un contrato preparatorio de compraventa, contrato de compraventa definitivo que no se ha podido celebrar, a pesar de que el prometiente vendedor ha estado dispuesto a ello, a tal punto que el notario designado por ella tenía la escritura preparada para que los compradores la firmaran, y estos no prestaron la debida colaboración para documentar públicamente el contrato. Hay que hacer presente, que el fallo de casación dejó sin efecto parcialmente el fallo, en lo que respecta a los montos que se ordena pagar a las demandadas. Un caso especialmente demostrativo del hecho que atendido el interés del deudor contractual, le resulta conveniente solicitar el cumplimiento de la colaboración debida, se denota en aquellas situaciones en que tal colaboración consiste en recibir el pago que la deudora está dispuesta a efectuar; así, se visualiza en STS español de fecha 18 de octubre de 2007. En la causa se demanda por la empresa fabricante de unos termos, para que la compradora de los mismos reciba la cantidad completa sobre la cual se había celebrado el contrato, pues sólo fueron recibidos 28.400 de un total de 60.000. La defensa de la compradora se centró en que la adquisición de los restantes termos estaría supeditada al éxito de la campaña publicitaria que se llevara a efecto, por lo que se trataba de una obligación sujeta a esa condición suspensiva, la que falló. La sentencia de primera instancia que acoge la demanda de la vendedora, expresa que las partes han atribuido al acreedor “un deber de colaboración en la ejecución del pago o cumplimiento. Este deber de colaboración tiene una enorme trascendencia a la hora de configurar la mora *creditoris* o mora en que incurre el acreedor por oponerse o retardar maliciosamente la prestación del deudor. Así, pues, la cuestión planteada pasa necesariamente por resolver en qué momento preciso o bien dentro de qué plazo debía la demandada Caja España dirigir a Bacab Marketing S.L. la obligada comunicación, manifestándole el lugar y momento de la entrega de los 31.600 termos “restantes”; pues en tal momento incurrió Caja España en la situación de mora *creditoris*, con la doble consecuencia de excluir, por un lado, la mora *debetoris* o mora del deudor, y por otra parte, de responder de los daños que el retraso en el ordenado desenvolvimiento del contrato, haya ocasionado a la contraparte”. Se acoge así la demanda, ordenando al a compradora a hacerse cargo de los 31.600 termos restantes y a indemnizar de perjuicios a la demandante vendedora, sentencia confirmada en apelación, y el recurso de casación interpuesto por la demandada, rechazado en todas sus partes.

⁶⁹¹ Así, STS español, de fecha 16 de marzo de 2009, antes referida. STS español de fecha 19 de noviembre de 2009, en ella se demanda reconventionalmente por la parte vendedora, la resolución del contrato e indemnización de perjuicios, fundado en que la compradora no habría estado dispuesta a concurrir a firmar el contrato de compraventa de inmueble, demanda reconventional que, en todo caso, fue rechazada. En nuestro país también encontramos algunos casos en que se ha demandado de conformidad al artículo 1489 del código civil, la resolución del contrato e indemnización de perjuicios, fundándola en el incumplimiento de deberes de colaboración del acreedor contractual, como en causa conocida por la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 5 de abril de 2010, conocida en primera instancia en juicio arbitral, N° de descriptor MJJ 23522. En este caso, demanda Pesqueira Puluqui a la empresa Fjord Seafood Chile S.A. la resolución del contrato de maquila, a través del cual la actora se obligaba a transformar por medio de un proceso industrial, el salmón fresco suministrado por la demandada, en salmón ahumado, obligación que no podía cumplir si el producto que la demandada le entregó no estaba en óptimas condiciones, pues se encontraba

En tercer lugar, nos centraremos en el análisis de la acción de indemnización de perjuicios, pues como hemos dejado asentado, a través de ella es posible solucionar de forma más adecuada aquellos efectos que trae aparejada la inobservancia del deber de colaboración, y que implican una lesión a los otros intereses del deudor contractual, supuesto que nos lleva a calificar a la colaboración de deber contractual en los grupos de casos que se han identificado.

Finalmente, cabe recordar que en el apartado anterior hemos concluido que es perfectamente procedente que el deudor oponga excepción de incumplimiento contractual, en contra de una demanda intentada por el acreedor que se funde en un supuesto incumplimiento suyo.

2.2.4. De la acción o remedio de indemnización de perjuicios interpuesto por el deudor, fundado en la inobservancia del deber de colaboración del acreedor.

Abordaremos esta temática, poniendo el acento en las manifestaciones que puede adoptar el daño padecido por el deudor, debido a la infracción del deber de colaboración por parte del acreedor contractual. En esa línea, partimos del supuesto que para obtener la indemnización que se pretende, es necesario que se reúnan todos los requisitos de la responsabilidad contractual, aunque nos detendremos especialmente en el daño, debido a que este elemento es el que viene a determinar que la colaboración del acreedor sea calificada de deber secundario o instrumental de conducta para el acreedor, puesto que de no colaborar con el deudor, se verán menoscabados otros intereses de este último, los que no pueden quedar sin resarcimiento, como ya hemos resaltado.

contaminado con listeria. La demanda fue acogida por laudo y ordenata, ante lo cual la demandada interpuso recurso de queja, el que fue desechado. Similar, en sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 2009, N° de descriptor MJJ 21802, en que demanda Copat Ltda. a Sociedad Pesquera Galeb Ltda. la resolución de contrato de construcción de suma alzada, con indemnización de perjuicios, debido a que la demandada se negó sistemáticamente a recibir la obra, alegando que tenía defectos, impidiendo a los trabajadores de la actora a ingresar a dicha obra, con la finalidad de verificar y, eventualmente, reparar los supuestos defectos de la obra, negándose además a restituir la boleta bancaria en garantía entregada por la demandante, y reteniendo los estados de pago. La demanda es acogida tanto en primera como en segunda instancia, y el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada, desechado.

De ahí, que un supuesto indispensable para que pueda ser intentado con éxito el remedio o acción indemnizatoria, es que se cumplan todos los requisitos del daño indemnizable, esto es, que el daño sea cierto o efectivo, que se trate de una lesión a un interés legítimo del deudor, que el daño sea una perturbación anormal o significativa, y que no esté ya reparado.⁶⁹² Hay que destacar, que la determinación de si se reúnen o no tales requisitos en las diversas manifestaciones que puede adoptar el daño, en los grupos de caso de este estudio, debemos llevarla a cabo teniendo presente los intereses del deudor contractual que confluyen: primero, el interés de que el acreedor le preste la colaboración debida para ejecutar el contrato; y segundo, que por la infracción a dicha colaboración, se ven afectados otros intereses del deudor, lo que fue observado previamente.

2.2.5 Manifestaciones de los daños padecidos por el deudor, debido a la inobservancia del deber de colaboración del acreedor.

2.2.5.1. El reembolso de gastos.

Como se ha puesto en evidencia al revisar la forma en que se trata a la colaboración, y muy especialmente en sede de *mora creditoris*, hay prácticamente unanimidad, tanto en la doctrina como en los ordenamientos jurídicos que la regulan, en cuanto a que el acreedor debe reembolsar los gastos ocasionados al deudor, derivados de su propia mora.⁶⁹³

⁶⁹² Evidentemente que la enunciación de los requisitos que se deben reunir para que el daño sea reparado, dependerá del autor que se revise, puesto que ellos han sido identificados a partir de una labor de inferencia de las distintas normas jurídicas que regulan la acción de indemnización de perjuicios, teniendo presente que, en este aspecto no hay mayor diferencia con el daño reparable en sede extracontractual, salvo en lo que refiere a la extensión del daño indemnizable. Cfr. TAPIA, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, op. cit., p. 94- 203. TAPIA, Mauricio, *Código civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Op. cit., p. 330 s. Díez, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996. p. 27.

⁶⁹³ Así, el § 304 del BGB; el artículo 1207 del código civil italiano; artículo 92 del código suizo de obligaciones; artículo 816 del código civil portugués; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, op.cit., p. 202; ENNECERUS Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 299; LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, op. cit., p. 183.

No obstante, hay varios aspectos en que nos interesa ahondar. Una primera cuestión, es que el reembolso de estos mayores gastos se estima procedente, independientemente de la naturaleza que se postule de la colaboración del acreedor, ya sea que ella se la analice con particularidad o a propósito de la mora del acreedor. Es decir, tanto para aquellos autores que consideran que la colaboración del acreedor no tendría el carácter de deber, como para los que sostienen lo contrario, se reconoce que el reembolso de los gastos es un ítem que no debe ser soportado por el deudor.

Para la doctrina que sustenta que la colaboración del acreedor constituiría una carga contractual, el acreedor tendría que reembolsar o restituir los gastos que realizó el deudor debido a que ha incurrido en mora, es decir, se trataría de un efecto que generaría la *mora creditoris*.⁶⁹⁴ Como no se le asigna la naturaleza de deber, se afirma que no se está en presencia de una verdadera indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento del acreedor, sino que su fundamento sería el repudio al enriquecimiento injustificado, o razones de equidad.⁶⁹⁵ De otra parte, hay algunos autores que, sea cual fuere la naturaleza que asignen a la colaboración del acreedor, consideran que la *mora creditoris* permite al deudor no sólo recuperar los gastos en que incurrió, sino también obtener la indemnización de los demás perjuicios derivados de la mora,⁶⁹⁶ aunque hay que advertir que el fundamento

⁶⁹⁴ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 182; LAGOS, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, op. cit., p. 47. Sobre este aspecto de la *mora accipiendi*, Lamarca, a propósito del artículo 1179 del código civil español – que en el pago por consignación hace recaer los gastos de ella en el acreedor- señala que la norma se refiere a “gastos” y no a una indemnización de un interés al cumplimiento que no tiene tutela; aunque luego admite que en algunos casos puede ser difícil distinguir entre gastos y daños. LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 108 s.

⁶⁹⁵ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 187. Ennecerus, por ejemplo, afirma que “de la *mora accipiendi* no surge una pretensión de indemnización (como por los daños que la cosa debida haya causado al deudor después de la *mora accipiendi*) pues la mora del acreedor no presupone culpa en el mismo”. ENNECERUS Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil. Doctrina general. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 299.

⁶⁹⁶ Así, WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*. vol. segundo, Torino Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. p. 339; “El acreedor estará obligado a resarcir los perjuicios que se derivaran para el deudor, debiendo reembolsar las expensas hechas para custodiar y conservar la cosa”, TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, op. cit., p. 70. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 66 s. “Produce, como es lógico, a favor del deudor la pretensión a la indemnización de daños y perjuicios por la negativa del acreedor a cooperar a su actividad de cumplimiento”, PUIG, Federico, *Compendio de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 185. Alguna doctrina nacional, sin mayores argumentaciones, aceptan que uno de los efectos de la mora del acreedor es que el deudor puede solicitar indemnización de perjuicios, aunque se advierte que se la vincula precisamente con el reembolso de mayores gastos derivados de la conservación y custodia. VODANOVIC, Antonio, ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *Teoría de las obligaciones*, op. cit., p. 311; FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 459.

de estas opiniones se suele encontrar en la forma como se consagra este efecto de la *mora creditoris*, en normas positivas de algunas legislaciones, como la alemana o la italiana, y más recientemente, en la legislación portuguesa y peruana.⁶⁹⁷

Para comprender la procedencia de este ítem como, asimismo, su fundamento, nos parece que un primer elemento a tomar en consideración, es el origen romano de esta regla,⁶⁹⁸ lo que indudablemente ha influenciado a los diversos ordenamientos jurídicos, de ahí que prácticamente no se duda acerca de la total procedencia de la solicitud del deudor, en orden a que el acreedor le restituya los mayores gastos en que incurrió, independiente de la naturaleza jurídica que se predique de la colaboración del acreedor. Sin embargo, debemos acentuar que desde la génesis de este efecto de la mora del acreedor, queda en

⁶⁹⁷ Artículo 1207 del código civil italiano: "Effetti. Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (1256 e seguenti, 1673). Non sono più dovuti gli interessi né i frutti (820) della cosa che non siano stati percepiti dal debitore.

Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora (1224) e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta.

Gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa è successivamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato (Cod. Proc. Civ. 324) o se è accettata dal creditore."

A la vez, el § 304 del BGB dispone: "Resarcimiento de gastos adicionales. Con ocasión de la mora del acreedor, el deudor puede solicitar el resarcimiento de los gastos adicionales en que debe incurrir por el ofrecimiento infructuoso y la custodia y conservación del bien debido". El artículo 816 del código civil de Portugal, establece: "(Indemnização) O credor em mora indemnizará o devedor das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto". Y mucho más claramente el artículo 1339 del código civil peruano: "Indemnización por mora del acreedor. El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso".

⁶⁹⁸ En D. 19.1.38.1, D. 18.6.1.3 y D. 33.6.8. CABALLERO, José, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 300 y MOREU, José, *El artículo 1452, párrafo 3º del código civil y la mora del acreedor*, op. cit., p. 491 s. En efecto, especialmente en las últimas dos referencias al Digesto, se denota el principio del reembolso por mayores gastos ante la demora al recibir la cosa. Así, en D.18.6.1.3, a propósito del riesgo y beneficio de la cosa vendida, se lee "Mas es lícito al vendedor verter el vino si se señaló día para que se midiese, y no se rindió dentro del término; pero no podrá verterlo desde luego, antes que avise ante testigos al comprador, para que o se lleve el vino o sepa que se había de verter el vino; pero si pudiendo verterlo no lo vertió, es más bien digno de gracias; y puede también exigir retribución de las tinajas, pero solamente si le importó y estuviesen vacías las vasijas en que estuvo el vino, por ejemplo, si las hubiese de dar en arrendamiento, o si tuvo necesidad de tomar alquiladas otras tinajas. Pero es más conveniente que se tomen vasijas arrendadas, y que no se vierta el vino, a no ser que se pague por el comprador la cantidad en que las hubiere tomado alquiladas, o vender de buena fe el vino, esto es, procurar, en cuanto puede hacerse sin perjuicio del mismo que al comprador le resulte la cosa con el menor detrimento posible. *Cuerpo de derecho civil romano. Traducción de Ildefonso García del Corral*. vol 1. Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889. p.922. Y en D. 33.6.8 en materia del legado de trigo, vino o aceite "Si el heredero hubiera sido condenado a dar el vino que hubiese en las tinajas, y consistió en el legatario no recibirlo, el heredero obrará con riesgo si vaciara el vino; pero se determinó que al pedirle el legatario el vino al heredero fuese repelido con la excepción de dolo malo, si no pagase el daño que por la tardanza sufrió el heredero. *Cuerpo de derecho civil romano. Traducción de Ildefonso García del Corral*. Vol. 2, op.cit, p. 624.

evidencia que los casos a que se alude, son aquellos en que el acreedor no recibe el pago de una obligación de dar. Así queda de manifiesto en legislaciones decimonónicas como la nuestra, en que el artículo 1604 del código civil hace recaer las expensas del procedimiento de pago por consignación en el acreedor, como ocurre en otras legislaciones foráneas.⁶⁹⁹

El énfasis que ha tenido tradicionalmente la reglamentación civil en las obligaciones de dar, es coherente con la concepción de las relaciones obligatorias, y especialmente contractuales, propias del siglo diecinueve, como ya hemos comentado. De ahí, que es del todo comprensible que los ordenamientos jurídicos que no regulan sistemáticamente la mora del acreedor, sólo contengan disposiciones que, a propósito del pago por consignación o de otras materias, como en el contrato de compraventa – así, en el código civil chileno-, sólo se refieran a los mayores gastos que ocasiona la conservación y custodia de la cosa debida.

En nuestra opinión, en estos casos en que el acreedor no recibe la cosa debida, y producto de ello el deudor sólo incurre en gastos de conservación y custodia, pero no se ven afectados otros intereses del deudor, no habría, en principio, inconveniente en aceptar que no se está ante un deber de colaboración incumplido por parte del acreedor, como hemos afirmado en el acápite anterior. No obstante, hay ciertas cuestiones que hacer presente: primero, nos parece del todo discutible que se fundamente la restitución de estas sumas al deudor, en principios tales como el repudio al enriquecimiento sin causa o la equidad, en circunstancias que tales gastos se materializan es una disminución patrimonial efectiva, que puede mejor encuadrarse en la categoría de daño emergente, atendido lo dispuesto en el artículo 1556 de nuestro código civil, con lo que se evita recurrir a otros principios, o bien, pudiendo recurrir a ellos, pero en forma complementaria de las normas y principios de la responsabilidad contractual.⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ En nuestro código civil, un principio análogo se encuentra en el artículo 1827 ubicado en el contrato de compraventa, en el que nuevamente se denota su raigambre romana, aunque como hemos comentado anteriormente, esta norma ha sido a veces interpretada de forma más amplia. Similar regulación se encuentra en el artículo 1179 del código civil español, ya citado, y en el artículo 1260 del código civil francés.

⁷⁰⁰ Aunque igualmente evoca la idea de evitar el enriquecimiento injusto, técnicamente parece más acertado acercarse a la idea de *restitution interest*, en los términos de Fuller y Perdue, que en su clásico artículo sobre indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza distinguen tres finalidades principales que puede perseguir la indemnización, el primero de ellos, el “interés dirigido a una restitución”, en que se trata de evitar que el contratante incumplidor retenga una ganancia a costa de la contraparte. En su estructura, el reembolso de gastos es análogo a esta

En segundo término, la clásica objeción de la doctrina que considera que el reembolso de mayores gastos no puede constituir indemnización de perjuicios, toda vez que para obtener dicho reembolso no se requiere culpa del acreedor,⁷⁰¹ es perfectamente salvable, si consideramos la evolución que ha experimentado la responsabilidad civil contractual, la que ha tendido a una mayor objetivización,⁷⁰² por lo que el elemento de la culpa de las partes del contrato ya no tiene aquel marcado tinte subjetivista, propio de concepciones más tradicionales.

Agregado a lo anterior, incluso en este grupo de casos en que el deudor ha incurrido en mayores gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa, puede resultar no sólo complejo, sino ficticio, trazar una línea divisoria entre este ítem pecuniario y otros perjuicios que el deudor pudiere padecer;⁷⁰³ para graficarlo comparemos dos situaciones: una en la que el deudor debe contratar guardias de seguridad para custodiar la cosa, porque el acreedor se niega a recibirla; y la otra, en que el deudor tiene una empresa de seguridad cuyo giro es proporcionar a otras empresas guardias de seguridad; en este último caso, debido a que el acreedor se niega a recibir la cosa debida, el deudor tiene que destinar de los guardias que trabajan para él para que custodien la cosa, impidiendo que ellos se desempeñen en la empresa o empresas, clientes del deudor, incluso más, para cumplir con

finalidad. Cfr. FULLER, Lon y PERDUE, William, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, op. cit., p. 9 s.

⁷⁰¹ CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, op. cit., p. 185. CABALLERO, José, *La mora del acreedor*, op. cit., p. 313.

⁷⁰² Esta tendencia a una mayor objetivización, no sólo está presente en el derecho extranjero, sino también en el nuestro, como se denota en investigaciones recientes, especialmente a través del reconocimiento que se ha hecho tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, del distingo entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. En las primeras, la diligencia tiene un rol promotor e integrador de la misma, y en las de resultado, sólo un rol promotor. De ahí, que la calificación de incumplimiento de una obligación de medios implica que no se ha desplegado la debida diligencia, y en el caso de las obligaciones de resultado, cuando no se ha obtenido el resultado. Sobre ello, cfr. PEÑAILILLO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, op. cit., p. BARAONA, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*, op. cit., p. 152, 171. Más recientemente, URREJOLA, Sergio, *El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del código civil*. Revista de derecho privado, Santiago, nº17, diciembre 2011. pp. 27-69. VIDAL, Álvaro y BRANTT, María Graciela, *Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el código civil. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2010*. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, Coquimbo, año 19, nº1, 2012. p. 282. Como destaca el profesor Morales Moreno, "La utilización de la noción de culpa, entendida de modo objetivado y normativizado (conforme a las reglas de conducta exigible), no nos impide afirmar que en este caso el incumplimiento es también la falta de realización de las exigencias del contrato. MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato, respuesta a Enrique Barros*. En Derecho de daños, op. cit., p. 219.

⁷⁰³ LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, op. cit., p. 111.

sus propios compromisos contractuales, el deudor tal vez deberá contratar a otras personas para que laboren en las dependencias de la empresa o empresas con quienes contrató. Otro caso: piénsese, por ejemplo, en una situación en que el deudor deba guardar la cosa debida en bodegas que le son de su propiedad, pero que, a la vez, habían sido comprometidas para ser objeto de un posterior contrato de arrendamiento con un tercero interesado, bodegas que finalmente no podrán ser arrendadas, debido a que están siendo ocupadas por las cosas que el acreedor no recibe. Aquí, podría sostenerse que el deudor no ha llevado a cabo ningún desembolso de gastos, pues las bodegas le pertenecen, sin embargo, hay una ganancia esperada que se deja de obtener, como es la renta por tales bodegas.

Ante este tipo de situaciones, es posible preguntarse ¿qué justificaría que sólo los gastos efectivamente realizados para la conservación y custodia de la cosa, sean los susceptibles de ser recuperados, y no así otras pérdidas, en circunstancias que ambos rubros provienen directa e inmediatamente del hecho que el acreedor se niega a recibir el pago de la cosa debida? Nos parece una interpretación dogmáticamente forzada, sustentar que el reembolso de gastos se funda en el enriquecimiento sin causa o en la equidad si, de otra parte, es perfectamente posible calificar a dicho reembolso como daño emergente.⁷⁰⁴ Consecuencialmente, si se le califica de daño emergente, no hay fundamento alguno para restringir al deudor a obtener la indemnización sólo de esta clase de daño, y no de otras manifestaciones de daño emergente que pudiere producirse, como tampoco del lucro cesante, pues unos y otros emanan del mismo hecho: la no recepción del pago de la cosa debida por parte del acreedor.

A mayor abundamiento, aunque puede haber casos en que el deudor sólo haya incurrido en gastos de conservación y custodia, estos serán los menos;⁷⁰⁵ en los hechos, lo

⁷⁰⁴ Esto es, la pérdida efectiva experimentada a consecuencia del incumplimiento”, TAPIA, Orlando, *De la responsabilidad civil general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, op. cit., p. 115.

⁷⁰⁵ Así, en sentencia de la Corte Suprema de 6 de abril de 2011, en causa caratulada “Agreda Pohl, Ignacio con Sande S.A.”, a que ya hicimos referencia. En ella, ante la demanda de la compradora de resolución de contrato e indemnización de perjuicios, la demandada solicita se rechace la demanda, que se acepte el pago por consignación de la cosa, y se condene a la actora a pagar la suma de un millón de pesos, por los gastos de conservación y custodia de la misma. O en STS español de fecha 9 de mayo de 2008, en que se demanda por la arrendataria de un local comercial, que se condene a la arrendadora a recibir la cantidad que se indica por concepto de pago de las mensualidades de renta devengadas desde abril de 1995 hasta octubre de 1997; a recibir, el pago de las mensualidades de renta por dicho alquiler que se devengaren durante el juicio; a admitir el pago por consignación de las mensualidades de alquiler que se devenguen en lo sucesivo, ordenando abrir una cuenta

más probable es que también se hayan visto menoscabados otros intereses del deudor, en cuyo caso la colaboración del acreedor tiene la naturaleza de deber secundario de conducta, cuya inobservancia constituye incumplimiento contractual del acreedor, posibilitando al deudor ejercer las acciones y remedios contractuales que sean procedentes, entre ellas, la de indemnización de perjuicios. Esta ha sido, por lo demás, la interpretación que alguna jurisprudencia ha hecho del artículo 1827 del código civil, ya citada.⁷⁰⁶

Por esta última razón, es que también en los demás grupos de casos que han sido objeto de este estudio, - esto es, no recepción de pago de una obligación de hacer, y aquellos en que la colaboración del acreedor se manifiesta de forma compleja a lo largo del íter contractual-, si se ven lesionados otros intereses del deudor derivados de la inobservancia de la colaboración debida, es plenamente procedente obtener indemnización de perjuicios, consecuencia a que se arriba a partir de las normas y principios generales contenidos, principalmente, en el Título XII del Libro IV del código civil. En estos casos, según hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la colaboración tiene el carácter de deber secundario o instrumental.

Por consiguiente, acorde al origen y a la regulación que tiene en nuestro derecho y por razones de sistematización, en el ítem reembolso de los mayores gastos en que el deudor ha incurrido, sólo incluiremos a los gastos ocasionados en la conservación y custodia de la cosa. Si, además, hay otros intereses del deudor que se ven menoscabados, este reembolso constituirá la base mínima de la indemnización de perjuicios que el deudor está facultado a demandar, teniendo el carácter de daño emergente,⁷⁰⁷ pues constituye una

corriente a favor del demandado; y reembolsar los gastos ocasionado por la negativa del deudor a admitir el pago. Demanda que se acoge.

⁷⁰⁶ Nos referimos a la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de 1912, RDJ IX, Secc. 1ª, p. 416.

⁷⁰⁷ Precisamente esa base de la indemnización de perjuicios es lo que se demandó en causa caratulada "Empresa constructora e inmobiliaria Confe Ltda. con Comsa de Chile S.A.", sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de septiembre de 2010, N° descriptor MJJ24837, en que la demandante solicita el pago de los mayores costos que le habría ocasionado la realización de obras extraordinarias en la construcción de dos plantas de tratamiento de aguas servidas, montos ocasionados, entre otras razones que aduce, porque la empresa mandante no habría entregado las especificaciones técnicas correctas al momento de iniciarse la relación contractual. Para fundar la demanda, se ampara en la aplicación práctica que habrían hecho las partes durante la ejecución del contrato de acuerdo a lo establecido en el artículo 1564, especialmente por órdenes de compras sucesivas que habrían sido de conocimiento de la demandada. Cabe señalar que en la causa, la actora demanda la restitución de los valores en que incurrió por obras extraordinarias, sin embargo, de acuerdo a la sistematización que adoptamos en este trabajo, estas sumas serían la base de la indemnización de perjuicios, derivada de la falta de colaboración de la contraparte durante la vigencia

pérdida o disminución patrimonial efectiva, a la vez que, atendida la naturaleza del contrato en que está incorporado el deber de colaboración, constituye un daño calificable de perjuicio previsto, de conformidad a lo que dispone el artículo 1558 del código civil.

2.2.5.2 El daño ocasionado por la no liberación del vínculo obligacional.

Situándonos nuevamente en los grupos de casos que hemos analizado, cabe preguntarse si entre los posibles rubros indemnizatorios susceptibles de ser demandados por el deudor, es factible obtener el resarcimiento del daño que le produce el hecho de no ejecutar el contrato celebrado con el acreedor. Esto es, si es calificable como daño indemnizable la especial situación patrimonial en que se encuentra un deudor que no se ha liberado del vínculo obligacional, debido a la inobservancia del deber de colaboración del acreedor. Grafiquemos cada una estas situaciones: por ejemplo, si el acreedor no recibe el pago de la suma de dinero adeudada, el patrimonio del deudor reflejará la existencia de un pasivo, lo que podría afectar su capacidad crediticia; o bien, si el acreedor no colabora durante la vigencia del contrato, al deudor no le es posible desligarse del contrato, a menos que se configure una imposibilidad de cumplimiento, extinguiendo la obligación. Así, la inobservancia de la colaboración debida trae como consecuencia que el deudor no se ha desligado del contrato, pues no constituye una causal de extinción de la obligación que el deudor no ha podido ejecutar. Por consiguiente, surge el cuestionamiento en torno a si la

del contrato. La demanda se rechaza por falta de prueba. También como base de la indemnización de perjuicios, se demanda reconventionalmente en sentencia arbitral CCAM de fecha 29 de julio de 2010, causa Rol 1087-2009; en ella la demandante reconventional solicita se declare el incumplimiento de contrato de arquitectura, suministro y construcción, debido a que la demandada reconventional habría introducido durante la vigencia del contrato una serie de modificaciones al proyecto original, lo que le impidió ejecutar el contrato de la forma prevista, solicita que se declare que ella ha cumplido con sus obligaciones surgidas del contrato; que la demandada reconventional pague una serie de cantidades de dinero, correspondientes a: estados de pago pendientes; restitución de las cantidades retenidas de los estados de pago correspondientes a las obras ordinarias o extraordinarias; obras adicionales no pagadas; gastos generales por permanencia extendida y por la ejecución de las obras adicionales y extraordinarias pagadas y no pagadas; utilidad correspondiente a las mismas obras señaladas; restitución de los mayores recursos invertidos como consecuencia de las modificaciones introducidas por la demandada; costos financieros por no haber sido pagada oportunamente en sus créditos en contra de la mandante. La sentencia declara el término del contrato, y acoge parcialmente la demanda y la demanda reconventional.

mantención de la relación contractual puede erigirse, por sí misma, como un daño resarcible.

La respuesta, nos parece, se encuentra en lo que hemos venido evidenciando a lo largo de este estudio, es decir, habrá derecho a obtener el resarcimiento del daño, en tanto la no desvinculación contractual afecte otros intereses del deudor. Esto es, la sola permanencia de la relación contractual con el acreedor, no constituye un daño resarcible, debido a que no necesariamente se reunirán los requisitos del daño indemnizable; sólo en la medida que efectivamente se reúnan tales requisitos, podría dar lugar a ser resarcido aquel deudor que no ha podido apartarse del contrato.

2.2.5.3 Otros daños padecidos por el deudor.

Para el análisis de los diversos daños padecidos por el deudor, debido a la inobservancia del deber de colaboración, nuevamente recurriremos a la sistematización que propusimos en el capítulo anterior, teniendo presente que se trata de una mera ordenación, cuya única finalidad ha sido ilustrar las diversas manifestaciones que puede adoptar el deber en comento. Para tal efecto, en este apartado haremos especial referencia a algunas causas conocidas por los tribunales de justicia, en que se evidencia que la inobservancia a la colaboración del acreedor, ha formado parte de los hechos de las mismas. Con todo, debemos advertir que no en todas las causas que mencionaremos, este incumplimiento del acreedor ha servido como fundamento para que el deudor demande indemnización de perjuicios, a pesar de que han visto afectados intereses susceptibles de ser resarcidos. En efecto, en algunas de ellas, las más, sólo se ha planteado la inobservancia de la colaboración debida como defensa ante la demanda del acreedor; en otras, el deudor ha demandado directamente sólo la indemnización de perjuicios, o dicha pretensión ha complementado la demanda de resolución o de cumplimiento.

a. Casos en que el acreedor no recibe el pago de una obligación de dar o de simple entrega.

Si bien el primer grupo de casos está constituido por aquellas situaciones en que el acreedor no recibe el pago que se le ofrece, ya sea de una obligación de dar como de hacer, para ilustrar adecuadamente los intereses vulnerados del deudor, abordaremos en primer lugar aquellas situaciones en que no se recibe el pago de una obligación de dar, pero también incluiremos algunas en que no se recibe una cosa en cumplimiento de una obligación de simple entrega.⁷⁰⁸

El contrato de compraventa constituye, sin duda, un ámbito propicio para que el acreedor se niegue a recibir la cosa, ya sea que se trate de la cosa vendida, o del precio que se deba pagar por ella. Un caso paradigmático, es aquel que antes comentamos y que versa sobre una cantidad de madera que la compradora se niega a recibir,⁷⁰⁹ alegando que, según ella, la madera que el vendedor ofrece no es de la calidad convenida, por lo que demanda cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios por la mora. El vendedor, a la vez, demanda reconvencionalmente, a fin de que se le indemnicen los siguientes rubros derivados del rechazo de la compradora a recibir la madera: el precio de la madera que ya le fue entregada al comprador; la diferencia de valor entre el precio de la madera en la época de la ejecución, con el precio que tenía la madera a la fecha de la celebración del contrato; otros daños padecidos debido a la mora del comprador a recibir la madera. Si bien, tanto la demanda principal como la demanda reconvencional fueron desechadas por falta de prueba, cabe hacer las siguientes observaciones con respecto a los daños cuya indemnización pretende el vendedor. En primer lugar, al ser demandado el precio de la madera que ya fue entregada, en rigor, lo que se solicita es el cumplimiento del contrato por parte del comprador, en lo que al pago del precio estipulado refiere; en seguida, en lo que dice relación con la diferencia de valor experimentado por la madera, se debe tener presente que a la fecha de celebración del contrato, regía en nuestro país el sistema del nominalismo monetario, por lo que una posibilidad es concluir que lo que se solicita es la revalorización de las cantidades que le son adeudadas por el comprador, suma que, para

⁷⁰⁸ Que para efectos nuestros, se la considera como obligación de hacer, siguiendo la postura mayoritaria de la doctrina nacional contemporánea. Cfr. PENAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, op, cit., p. 199 s.

⁷⁰⁹ RDJ T. X, Secc. 1ª, p. 416, recurso de casación en el fondo de 1912.

estos efectos, tendría el carácter de lucro cesante; o bien, se demanda la diferencia de valor económico que por razones extrínsecas puede haber experimentado la madera, entre la fecha de celebración del contrato y del pago efectivo del precio. Si es lo último, nos parece discutible que el vendedor esté facultado para solicitar indemnización de perjuicios por tal concepto, teniendo presente que el precio que rige en el contrato es el que ha sido acordado por las partes, a menos que ella hayan indicado expresamente que el precio se calculará de acuerdo al valor de mercado que tiene la madera al tiempo de la entrega. Distinto es el tercer rubro demandado, consistente en los demás daños que padeció el vendedor por la mora de recibir del comprador, en que caben los más diversos ítems, por ejemplo: los gastos de conservación y custodia de la madera – como hemos indicado en el apartado que antecede-, los daños que otros bienes del vendedor podrían experimentar, debido a que la mantención en su poder de la cosa vendida –aunque podría ponerse en entredicho la existencia del nexo causal-.⁷¹⁰ Diferente habría sido si el vendedor hubiere demandado reconventionalmente la resolución el contrato por el incumplimiento del acreedor a recibir la cosa,⁷¹¹ pues entre los rubros indemnizatorios sería posible demandar, por ejemplo, la diferencia de valor experimentada entre el valor de la madera al tiempo del contrato, y el que efectivamente tiene al tiempo de la restitución, supuesto que el valor de mercado hubiere disminuido.⁷¹²

En otro caso, la compraventa recayó sobre algodón en rama, contrato celebrado el 14 de noviembre de 1989 entre Las Palmeras Sociedad Cooperativa Andaluza, como vendedora, y entidad mercantil Textil Cano y Segura S.A., como compradora; dicho contrato se celebró de conformidad al denominado Reglamento Contrato Barcelona/Reglas Centro Algodonero Nacional, y versó sobre la cantidad de 1.500 a 1.600 balas de una determinada calidad, fijándose un determinado precio por kilo. El vendedor entregó doscientas balas de algodón - las que fueron pagadas por el comprador- quedando pendiente el resto, cuya entrega y recepción debía llevarse a cabo entre los meses de enero a abril de 1990, a razón de 440 balas por mes. La demandante vendedora, atribuye a la demandada incumplimiento, pues se negó a la recepción de la mercancía; y la compradora, por su parte, alega que la

⁷¹⁰ MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 49.

⁷¹¹ Que el propio fallo de casación de 1912 reconoce en su considerando 6º, RDJ, T. X, Secc. 1ª, p. 416.

⁷¹² No entraremos, empero, en los tipos de daños susceptibles de ser demandados ante la resolución contractual, sobre ello, *Cfr.* CONTARDO, Juan Ignacio, *Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual*. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, Coquimbo, año 18, nº1, 2011. pp. 85-118.

demandante pretendía la modificación sustancial del contrato, en el sentido de que fuese Textil Cano la que asumiera los gastos de transporte y el riesgo, al retirar las balas de algodón. En la causa, demanda la vendedora únicamente indemnización de perjuicios, derivada del incumplimiento de recibir las mercancías por Textil Cano y Segura S.A. En la especie, se acogió la demanda de la vendedora y se ordenó a la compradora pagar la indemnización de perjuicios solicitada, que en este caso se rige por normas especiales.⁷¹³

En el contrato de arrendamiento de cosas, la negativa a recibir el pago de la renta, puede generar daños al arrendatario,⁷¹⁴ aunque si estos son muy menores, como probablemente ocurra, no procedería su resarcimiento al no reunirse los requisitos del daño indemnizable, por ejemplo, que el daño debe ser significativo. En otros casos, es posible que el arrendador no esté dispuesto a recibir la cosa que el arrendatario le restituye, debido a la terminación del contrato, en que será perfectamente posible que se generen daños para el deudor arrendatario, quien deberá hacerse cargo de la conservación y custodia de la cosa, a la vez que la cosa arrendada puede generar lesión a otros bienes del deudor, perjuicios que deberían ser resarcidos al arrendatario, conforme a las reglas generales.

También se configura inobservancia al deber de colaboración del acreedor, si éste no recibe el pago de las cosas encargadas en un contrato de suministro; así ocurre en un contrato celebrado entre ALIMAR y Alimentos Marinos S.A., en que la demandada se obligó a entregar la totalidad de la pesca extraída a la empresa pesquera de propiedad de la actora, lo que habría sido vulnerado por el demandado, según se alega en la demanda, pues dicha entrega se hizo a otra pesquera. La demandada arguye que es efectivo que llevó a cabo la entrega a otra empresa pesquera – Landes S.A.-, pero ello se debió a que la actora rechazó recibir la pesca oportunamente, a pesar de tener capacidad para ello, por lo que la pesca estaba en peligro de descomposición. Supuesto que la demandada probare

⁷¹³ STS español de fecha 13 de junio de 2002. En este caso, la indemnización estuvo constituida por la refacturación, regulada por el antedicho Reglamento “condiciones Barcelona” para venta y/o compra de algodón en rama, artículos 176 y 183 y siguientes.

⁷¹⁴ Como en sentencia dictada en recurso de apelación de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de julio de 1999, N° de descriptor Westlaw 11-15, en que se demanda el desahucio del contrato de arrendamiento debido a que la arrendataria no habría pagado la renta. La demanda se rechaza, pues se prueba que fue la actora, arrendadora, quien rechazó el pago de las rentas, rehusando los giros remitidos por la demandada. Si bien en este caso la negativa a recibir el pago de la renta fue opuesta como excepción a la demanda de desahucio, no cabe duda que de haberse producido perjuicios a la arrendataria por dicha negativa, habría procedido su resarcimiento.

sus alegaciones y demande los perjuicios derivados de la falta de recepción de la pesca,⁷¹⁵ cabe preguntarse qué daños son susceptibles de ser resarcidos al deudor. Ciertamente, que los rubros a ser indemnizados estarán supeditados a las otras acciones susceptibles de ser ejercidas por el deudor; así, en caso que se haya demandado la resolución del contrato, los daños dependerán de si se adopta aquella postura según la cual procede el resarcimiento del interés negativo, o la otra que propugna que debe repararse el interés positivo.⁷¹⁶ Por tanto, si lo que se pretende es el resarcimiento del interés positivo, atendida la naturaleza del objeto del contrato, podría demandarse el valor de la pesca obtenida al precio de mercado, estando ella en estado óptimo, además de los costos que le significó mantener la pesca en bodega por el retraso en su entrega; si lo que se pretende es obtener el resarcimiento del interés negativo, podría demandarse los costos de la celebración del contrato, el beneficio que se dejó de obtener al vender la pesca a otra empresa, y en subsidio, los costos de obtención de la misma – gastos de puesta en funcionamiento del buque mercante, por ejemplo-. Hay que precisar que el deudor mitigó los daños, pues vendió la pesca a otra empresa pesquera antes de su descomposición, por lo que, toda vez que obtuvo un valor menor que la ganancia esperada – pues aunque la pesca no se descompuso, no se encontraba en igual estado que al momento en que pretendió entregarla a la actora-, tendría derecho a obtener resarcimiento por el menor valor obtenido, sumado a los gastos ocasionados por la celebración de este nuevo contrato, supuesto que esos costos son razonables.⁷¹⁷

Partiendo del supuesto que las normas de nuestro ordenamiento jurídico permiten sustentar la plena procedencia de la mitigación de daños,⁷¹⁸ en este caso el deber de mitigar

⁷¹⁵ N° descriptor MJJ 20226, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 27 de mayo de 2009. La demanda, empero, se acoge, declarando que la demandada no cumplió con su obligación de entrega de la pesca a la actora, ordenando la aplicación de la multa por incumplimiento acordada en el contrato, pues la demandada no acreditó sus alegaciones.

⁷¹⁶ CONTARDO, Juan Ignacio, *Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual*, op. cit.

⁷¹⁷ En el derecho uniforme, la mitigación de daños tiene límites en lo que respecta a los gastos llevados a cabo en la mitigación, así en el artículo 9:505 (2) de los PECL: “El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al mitigar el daño”; artículo 7.4.8 (2) de los Principios UNIDROIT: “La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”; en términos similares en el MCR, III.3:705 (2).

⁷¹⁸ Sobre ello, Cfr. DOMÍNGUEZ, Ramón, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*. Revista chilena de derecho privado, Santiago, n°5, 2005. pp. 73-95; FUENTES, Rodrigo, *El deber de mitigar el daño*. Revista de derecho Universidad de Concepción, Concepción, n° 217-218, 2005. pp. 223-248; LÓPEZ, Jorge, *Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado*. En Los contratos en el derecho privado. Bogotá, Legis, 2007. pp.325-337; SAN MARTÍN, Lilian, *El*

recaería en el deudor,⁷¹⁹ quien pretende que le sean reparados los perjuicios padecidos por el incumplimiento del deber de colaboración, de parte del acreedor. Toda vez que en este apartado hemos hecho alusión a que el acreedor no recibe el pago de una obligación de dar o de simple entrega de una cosa, podría sostenerse que de ser posible que el deudor recurra al pago por consignación, dicho procedimiento constituiría una modalidad que puede adoptar la mitigación de daños.

b. Casos en que el acreedor no permite el cumplimiento de una obligación de hacer, distinta a la simple entrega.

El incumplimiento del deber de colaboración por parte del acreedor, se puede manifestar en que no permita que el deudor cumpla con una obligación de hacer, impidiendo el pago íntegro y oportuno de la misma. Eso ocurre en causa caratulada “Pesquera Puluqui con Fjord Chile Seafood S.A.”; en ella, las partes celebraron un contrato de maquila, en virtud del cual la empresa Puluqui se obliga a transformar la materia prima suministrada -salmón fresco-, en un producto terminado – salmón ahumado-, a través de un complejo proceso industrial. En el juicio en cuestión, demanda Puluqui la resolución del contrato de maquila con indemnización de perjuicios, debido a que Fjord Chile le entregó materias primas deficientes, pues el salmón entregado tenía listeria, lo que le impide cumplir rigurosamente con su obligación de hacer. Agregado a lo anterior, señala que la demandada le suministró salmón en cantidades muy inferiores a las pactadas, y que no le proporcionó el programa de producción; por lo que solicita se le resarzan los siguientes perjuicios: indemnizaciones por años de servicio que debió pagar a los trabajadores por cierre de su planta, pues no tenía contratos con otros clientes – señala que si el contrato se hubiera desenvuelto con normalidad, en el intertanto habría negociado nuevos contratos de maquila-; el costo de materiales no utilizados; el saldo insoluto que le adeuda la contraparte;

criterio de lo razonable. Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Derecho y justicia, Santiago, nº1, 2011. pp. 43-66; VIDAL, Álvaro, La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento. En Estudios de derecho civil III., op. cit., pp. 428-457.

⁷¹⁹ Hacemos referencia al deber de mitigar, aunque no hay consenso entre los autores en torno a si se trata de un deber o de una carga. Con todo, no entraremos en este aspecto, pues excede los límites de este trabajo.

el lucro cesante por lo que dejó de obtener de haberse cumplido íntegramente el contrato hasta su fecha de vencimiento; y las pérdidas ocasionadas por el cierre de la fábrica, pues si se hubiera cumplido íntegramente el contrato, la planta habría seguido operando.⁷²⁰ Si bien se declara la resolución el contrato de maquila, sólo se ordena que se indemnicen a Puluqui los montos insolutos por la contraparte respecto de las obligaciones ya cumplidas, y por concepto de lucro cesante se reconoce a Puluqui el derecho a obtener el pago de la ganancia íntegra que habría obtenido de haberse cumplido el contrato por la totalidad del término pactado, rechazando los demás rubros demandados. En lo que toca a los daños que se ordena resarcir, la decisión de la sentencia de primera instancia es del todo coherente, primero, con el hecho de que se habría acogido el resarcimiento del interés contractual positivo, a pesar de que se declara la resolución del contrato; y segundo, por cuanto algunos de los daños solicitados pueden ser calificados de indirectos – como los aparejados por el pago de las indemnizaciones por años de servicio de los trabajadores despedidos- y aún, por cuanto el demandante Puluqui no mitigó el daño que le causó la inobservancia del deber de colaboración de la demandada – como los derivados del cierre de la planta-.

En otro caso, sobre contrato de construcción de obra material con suministros de materiales, consistente en la fabricación de una nave industrial, la empresa constructora demanda indemnización de perjuicios, debido a que la demandada, dueña de la obra, se negó a firmar tanto el acta de recepción provisoria, como la de recepción definitiva de la obra,⁷²¹ por lo que se solicita el pago de las sumas consistentes en el valor pactado por la totalidad de las obras.

En causa caratulada “Copat con Sociedad Pesquera Galeb Ltda.”, Copat interpone demanda de resolución de contrato, más indemnización de perjuicios, debido a que la demandada se niega a recibir el pago. Las partes habían celebrado un contrato de construcción a suma alzada de la ampliación de la pesquera Galeb, en que ésta última se obligó a pagar el precio a través de estados de pago mensuales, que se verificarían con el

⁷²⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 5 de abril de 2010, N° de descriptor MJJ 23522. En esta causa también promueve demanda reconvenzional por la demandada Fjord Chile. La sentencia de primera instancia fue pronunciada por un árbitro mixto, quien acoge parcialmente la demanda y rechaza la demanda reconvenzional. En contra del fallo, la demandada interpone recurso de queja, el que es rechazado por la Corte de Apelaciones.

⁷²¹ STS español de fecha 14 de enero de 2010. En la causa, la demandada alega que no recibe la obra, por tener una serie de desperfectos de construcción, por lo que reconviene. Se resuelve acoger la demanda de la constructora y rechazar la demanda reconvenzional.

visto bueno de la inspección técnica de la obra. La demandada, sin embargo, se negó a efectuar la recepción definitiva de las obras, habiendo efectuado ya la recepción provisoria, y tampoco restituye a Copat la boleta bancaria en garantía entregada a la mandante para caucionar sus obligaciones. Las razones que habrían motivado a la demandada, según expone, para negarse a la recepción definitiva de las obras, es por ciertas observaciones que hizo a la construcción. Señala Copat que, no obstante no estaba obligada a solucionar los supuestos desperfectos que le fueron observados por la demandada, y habiendo dado previo aviso, concurrió a la obra a solucionarlas, y que se le habría negado la entrada al recinto, por lo que deduce demanda de resolución del contrato, con indemnización de los siguientes perjuicios: saldo adeudado del precio total de las obras; intereses corrientes sobre la cantidad demandada en el rubro anterior, desde la fecha en que concluyó la garantía y hasta su pago efectivo, por concepto de lucro cesante; y el cinco por ciento del precio total de la obra por concepto de daño moral, este último rubro no se acoge.⁷²²

En “Filippi Gajardo, Sergio con Maturana Donoso, Gabriela”, se demanda resolución de contrato de promesa de compraventa por incumplimiento, y el pago de la pena acordada. Sin embargo, la propia demandante reconoce que ella no concurrió a la Notaría el día y hora acordados para suscribir el contrato definitivo, amparándose en que si se celebraba la compraventa, igualmente la demandada - prometiente vendedora-, no podría cumplir las obligaciones del contrato de compraventa, pues los terrenos objeto del contrato tendrían vicios que no podría subsanar. La demanda se rechaza, pues los vicios que se denuncian no formaban parte integrante de las obligaciones del contrato de promesa, agregado a lo cual, el tribunal de alzada considera injustificado que se demande por la actora un incumplimiento contractual, en circunstancias que fue ella la que no permitió el cumplimiento.⁷²³ Si nos situamos en la posición de la demandada, prometiente vendedora,

⁷²² N° de descriptor MJJ 21802, sentencia de la Corte Suprema de 13 de octubre de 2009. La demandada niega el incumplimiento, señalando que la actora tampoco habría cumplido, y demanda reconventionalmente indemnización de perjuicios. La sentencia de primera instancia acoge la demanda íntegramente, rechazando la demanda reconventional. La Corte de Apelaciones de Antofagasta acoge recurso de casación en la forma, y en fallo de reemplazo acoge la demanda, excepto en lo que refiere a la indemnización de daño moral solicitado por la actora, petición que se rechaza. La Corte Suprema rechaza los recursos de casación de forma y fondo interpuestos por la demandada.

⁷²³ Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 31 de agosto de 2007, N° de descriptor MJJ15498. La sentencia de primera instancia acoge la demanda, declara la resolución del contrato y ordena el pago de la pena por incumplimiento. El fallo de segunda instancia la revoca y rechaza la demanda íntegramente. Similar caso el de STS español de 1 de septiembre de 2004; y STS español de 19 de noviembre de 2009, en que la compradora tampoco concurre a la notaría a suscribir el contrato respectivo.

y supuesto que en el contrato de promesa sólo ella se obligare a la celebración de la compraventa definitiva, es factible que ante el supuesto incumplimiento que le atribuye la demandante, la demandada se defienda mediante la alegación de la inobservancia de la colaboración del acreedor – prometiente comprador-, pues esta última no concurrió a la celebración del contrato definitivo, impidiendo que la prometiente vendedora cumpla su obligación de hacer; ante lo que el prometiente vendedor estaría facultado para demandar los perjuicios por ella padecidos. Así, en caso que, además, se solicite el cumplimiento del contrato de promesa, podría demandarse los mayores costos ocasionados producto de la celebración del contrato de compraventa en fecha posterior, y los daños generados debido a la demora en la celebración del contrato de compraventa, que pueden estar constituidos por la diferencia de valor del inmueble contenido en el precio señalado en la promesa - y que será el que se reitere en la compraventa prometida-, y el aumento de valor de mercado experimentado por el bien, en el intertanto; si se demanda, además del resarcimiento de los daños, la resolución del contrato, nuevamente estaremos a la decisión que se adopte, en orden a si procede la indemnización del interés negativo o positivo,⁷²⁴ en el primer caso, procedería el resarcimiento de los gastos ocasionados por la celebración del contrato de promesa, y el lucro cesante que pudiere derivar del hecho que el prometiente vendedor desechó la oferta de otra persona interesada en el inmueble.

c. Casos en que el deber de colaboración del acreedor se encuentra establecido en forma expresa en el contrato, y que se manifiesta durante la ejecución del contrato en forma compleja.

Como hemos dejado asentado en el capítulo anterior, es perfectamente posible que las propias partes hayan incorporado de manera expresa en el contrato, el deber de colaboración del acreedor durante la ejecución del contrato. Dicha explicitación puede establecerse genéricamente, o bien, a través de la descripción precisa de la conducta que debe llevarse a cabo. Nos interesa el segundo caso, pues lo que pretendemos es ilustrar las situaciones en que el incumplimiento del deber de colaboración, permite al deudor

⁷²⁴ CONTARDO, Juan Ignacio, *Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual*, op. cit.

demandar indemnización de perjuicios.⁷²⁵ Ese es el caso en que demanda la vendedora que se declare ajustada a derecho la resolución de contrato de compraventa sobre un inmueble, que se destinaría por la compradora a la construcción de varios chalets, y se ordene a la compradora la restitución del mismo. La compradora solicita el rechazo de la demanda, fundado en que su obligación de pagar el precio se pactó como alternativa, por lo que la vendedora debía elegir entre el pago de una suma de dinero, o la entrega de seis de los chalets que se construirían - los que también quedaron a elección que la actora-, opción que no ha hecho efectiva. El retraso de la vendedora en hacer efectivo el derecho a elegir, que le reconoce la obligación alternativa, pudo generar daños para empresa compradora, especialmente debido al impedimento de enajenar los restantes inmuebles – veinticuatro, en total-, lo que acarreará lucro cesante, que podrá configurarse no sólo por la pérdida de potenciales compradores de los chalets, sino también en caso que debido a circunstancias extrínsecas, se produjere la disminución de valor comercial de los chalets, pues dicho valor comercial fue el que se tuvo en vista por las partes al momento de contratar.⁷²⁶

En otro caso, ya citado en este trabajo,⁷²⁷ se celebró un contrato de arrendamiento de inmueble ubicado en un centro comercial de propiedad del arrendador. El inmueble se arrienda para ser destinado a la instalación de una clínica, contrato que se suscribe durante la construcción del centro comercial. La arrendadora alega que no le ha sido posible cumplir para con la arrendataria, dueña de una clínica, entregando un local apto para la instalación de sus servicios médicos, ya que ésta no le entregó el proyecto para la instalación de equipos, maquinarias y mobiliario, según lo previsto expresamente en el contrato. Acá, ciertamente que el incumplimiento del deber de colaboración por la arrendataria produce daños a la arrendadora que deben ser resarcidos. Así, teniendo nuevamente presente si tales perjuicios se solicitan complementando una demanda de cumplimiento, los daños a resarcir estarán constituidos por aquellos generados por la mora – como el valor de los materiales de construcción utilizados en obras que será necesario destruir o modificar, el pago de remuneraciones a los trabajadores, el pago de las rentas que deberían haberse

⁷²⁵ El establecimiento en forma expresa de un deber genérico de colaboración entre las partes puede ser relevante, por ejemplo, para interpretar el contrato, especialmente en la calificación de posibles incumplimientos contractuales.

⁷²⁶ STS español de 3 de noviembre de 2009. En la causa, empero, no se acogió la alegación de la demandada, siendo finalmente acogida la demanda.

⁷²⁷ En sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de septiembre de 2009, N° de descriptor MJJ 21690.

comenzado a devengar, si las obras hubieran culminado en forma oportuna, entre otros-. Por el contrario, si con la indemnización se hubiere solicitado la terminación del contrato, los daños padecidos serían aquellos derivados de los gastos ocasionados por las obras iniciadas; los gastos de las obras que se deben llevar a cabo para dejar el local en condiciones de ser ofrecida a otro potencial arrendatario; el monto correspondiente a las rentas que se hubieren recibido, de haber sido arrendado el local a otro arrendatario, atendido el interés comercial de posibles arrendatarios, en instalarse en el centro comercial.

d. Casos en que el deber de colaboración del acreedor no se encuentra establecido en forma expresa en el contrato, requiriéndose durante la ejecución del contrato en forma compleja.

El grupo más fecundo de casos, es aquel en que la colaboración del acreedor se requiere durante la vigencia del contrato, atendida la naturaleza de las prestaciones a que se obliga el deudor. Nos encontramos, pues, ante un conjunto de hipótesis en que el incumplimiento del deber de colaboración del deudor puede producir daños de la más variada índole a los intereses del deudor.

Un ámbito propicio para ello, son los contratos de ejecución de obra material, como aquel en que la empresa mandante, Obrascón Luarte S.A., solicita resolución de contrato por incumplimiento de la artífice, Europa de Asfaltos S.A. La demanda se funda en que la artífice no habría dado comienzo a la obra encargada, consistente en la ampliación en una tercera pista de una carretera; esta última demanda reconvencionalmente indemnización de perjuicios, atendido que no se le dio aviso con la debida anticipación para el inicio de las obras, notificación a que se obligaba la mandante, además, de no permitir la modificación del proyecto original, especialmente debido a que atendida la demora del aviso que se le dio a la artífice, se produjo un mayor costo de los materiales. En este caso, se condena a la mandante al lucro cesante, consistente en la suma correspondiente al seis por ciento del precio total del contrato que, además, se declaró resuelto.⁷²⁸

⁷²⁸ STS español de fecha 16 de marzo de 2009. Tanto el fallo de primera, como de segunda instancia, rechazan la demanda y acogen la demanda reconvencional, condenando a Obrascón Luarte S.A., al pago del lucro cesante. El Tribunal Supremo tiene el siguiente razonamiento: “El tiempo en que

Así, también, en la celebración de un contrato de construcción de obra pública, para cimentar un bandejón central de una avenida, pues la mandante - una Municipalidad de la ciudad de Santiago-, modificó en varias oportunidades las condiciones del contrato a la artífice, además de no proporcionarle la información necesaria para la elaboración de un plano topográfico. En la causa, la artífice interpone directamente demanda de indemnización de perjuicios consistentes en: los mayores gastos que se realizaron en la obra; los porcentajes netos de las ganancias que no se obtuvieron, a título de lucro cesante; la compra de maquinarias; el valor de la boleta bancaria en garantía que el artífice tomó a favor de la Municipalidad; las utilidades brutas que no se percibieron; y la indemnización por el daño al honor y crédito padecido.⁷²⁹

ha de producirse la prestación puede tener una notoria influencia en la esencia y objeto del contrato, como sucede normalmente con las prestaciones de carácter duradero como es la presente. La fijación del momento en que tales prestaciones han de producirse forma parte del mismo objeto contractual y en tal sentido la doctrina ha configurado, junto a la mora del deudor, la del propio acreedor cuando omite el comportamiento necesario para que se produzca la prestación de la parte contraria. Será en atención a la propia naturaleza del contrato y de las obligaciones asumidas en virtud del mismo como habrán de establecerse los efectos que se hayan de derivar del cumplimiento o incumplimiento dado por las partes en relación con el tiempo de la prestación. “Es cierto que en el caso presente se fijó como fecha "estimada" de iniciación de las obras la del día 13 de octubre de 1999 y su finalización para el 3 de julio de 2000, lo que comportaba un plazo de ejecución previsto de aproximadamente nueve meses. Aun cuando la fijación sólo como "estimada" de la fecha de inicio comportaba una cierta flexibilidad aceptada por las partes, no cabe duda de que la demora en casi tres meses imputable a la parte subcontratante venía a alterar sustancialmente los términos de la convención, pues lógicamente la demandada Europea de Asfaltos S.A. había de realizar sus previsiones para aportar maquinaria, mano de obra, herramientas y suministro de materiales dentro del período de ejecución inicialmente señalado.” “En este sentido aparece justificada la resolución por parte de Europea de Asfaltos S.A. ante la negativa de Obrascón Huarte Lain S.A. (OHL) y Sociedad Anónima de Trabajos y Obras (SATO) a modificar determinados aspectos del contrato que no sólo habrían de referirse al plazo de ejecución sino también al precio en base a las variaciones que hubieran sufrido las materias primas a utilizar en la obra.” “Pero, desde luego, entre ellas no puede erigirse como obligación de la parte demandada Europea de Asfaltos S.A. ejecutar los trabajos pactados soportando los efectos desfavorables para sus intereses ocasionados por el retraso en la iniciación de las obras, que exclusivamente resultaba imputable a Obrascón Huarte Lain S.A. (OHL) y Sociedad Anónima de Trabajos y Obras (SATO). Por el contrario, fueron estas últimas las que con su actuación faltaron a sus obligaciones contractuales”.

⁷²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de 5 de agosto de 2008, N° descriptor MJJ 17902, causa caratulada “Probinco con I. Municipalidad de Providencia”. La sentencia de primera instancia acoge la demanda y ordena el pago de las siguientes sumas: \$16.323.313 por daño emergente, más \$300.000 por costo directo de la contratación de la boleta de garantía; \$14.160.300 por materiales empleados y mano de obra; \$23.909.146 por gastos generales netos; \$400.000.000 por lucro cesante; \$500.000.000 por perjuicio por daño a la imagen comercial. El fallo de segunda instancia revoca la sentencia, y rechaza el resarcimiento de los costos de contratación de empleados, de mano de obra y el lucro cesante, rebajando a \$150.000.000.- el perjuicio a la imagen comercial de la empresa. La Corte Suprema, por su parte, en sentencia de reemplazo rechaza la indemnización de todos los rubros demandados, con excepción del lucro cesante que avalúa en \$150.000.000.-, declarando que: “el hecho de haber sido incurso ilegítimamente en una sanción objetiva de eliminación de los registros de empresas contratistas que ejecutan trabajos en el área de la

También se incumple el deber de colaboración durante la vigencia del contrato, en un contrato de compraventa de inmueble celebrado entre una empresa constructora y el dueño de la finca, en que la empresa adquiere el inmueble con la finalidad de construir un edificio destinado a casa- habitación. El precio se pacta parte en dinero, y parte en especie, la que está constituida por cuatro departamentos, estacionamientos y bodegas. Si bien en este caso, la inobservancia de la colaboración debida por parte de la demandante sólo se plantea como argumento de defensa de la demandada, de haberse producido la afectación a otros intereses de la demandada compradora, habría sido factible solicitar la correspondiente reparación.⁷³⁰ Por ejemplo, en la causa quedó acreditado que la demandada compradora no pudo culminar las obras de construcción del edificio, porque la vendedora no cooperó con los trámites necesarios para obtener los permisos de construcción;⁷³¹ si, por ejemplo, la empresa constructora había celebrado con terceros contratos de promesa de compraventa respecto de los otros departamentos, ellos no podrán cumplirse oportunamente, debido a que la vendedora no realizó las gestiones necesarias para dar inicio a las obras de construcción, lo que podría conllevar a que la constructora debiera pagar las penas establecidas en los contratos preparatorios, por incumplimiento de los mismos, produciéndose un daño emergente que deriva de la inobservancia de la colaboración del vendedor.

construcción para instituciones del sector público, la cual a lo menos durante el término de dos años le significó la privación de la posibilidad de postular a la ejecución de nuevas obras de la misma índole”. Análogo caso en sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 24 de marzo de 2010, N° descriptor MJJ 23428; asimismo, en “De la Torre con Chomali”, sentencia de la Corte Suprema de 20 de octubre de 2011, N° descriptor MJJ 29725.

⁷³⁰ STS español de 17 de diciembre de 2008. En la causa demanda la vendedora, solicitando el cumplimiento del contrato, esto es, se condene a la compradora a pagar la parte de precio adeudado, consistente en la entrega de los departamentos, estacionamientos y bodegas, además de una indemnización de perjuicios. Tanto el fallo de primera como el de segunda instancia, rechazan la demanda, e interpuesto recurso de casación también es desechado, teniendo como fundamento que no hay incumplimiento de la demandada - compradora, pues no se ha podido cumplir con la entrega de los inmuebles, debido a la conducta obstativa de la propia vendedora, por lo que en este caso, además, la falta de la colaboración debida opera como causal de exoneración de responsabilidad de la demandada.

⁷³¹ Tampoco colabora el acreedor con la realización de los trámites administrativos necesarios para permitir al deudor cumplir el contrato, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 20 de noviembre de 2009, N° descriptor MJJ 22483. El conflicto se produce debido a la celebración de un contrato de arrendamiento de inmueble, con la finalidad de que el arrendatario ubicara un tótem publicitario. Demanda la arrendadora por no pago de la renta, en circunstancias que el arrendatario nunca pudo instalar la publicidad, pues para conseguir el permiso municipal para ello, se requería de la cooperación del arrendador, a lo que se negó injustificadamente. Aunque en este caso la arrendataria no dedujo demanda reconvenzional, es perfectamente posible sustentar la viabilidad de una demanda indemnizatoria por todos los daños aparejados, no sólo por los costos del contrato, sino también por las pérdidas generadas al no llevar a cabo la publicidad.

En el contrato celebrado entre “Aceros Chile Construcciones” y Antolín Cisternas y Cía Ltda., se requiere de la colaboración del acreedor durante la ejecución del contrato, pero no se cumple con ese deber. En este caso, se celebra un contrato de confección de obra material, a través del cual se encarga la excavación de obras subterráneas que formaría parte del sistema de ventilación de una mina subterránea; el contrato da lugar a un subcontrato, pues la mandante, Aceros Chile, es contratista de la empresa principal, Codelco Chile, División Andina. La subcontratista, Antolín Cisternas, se obligó, así, a cumplir con la excavación encargada en el plazo de ciento treinta días, a contar de la entrega del terreno, debiendo, a la vez, tener un estado de avance de ciento ochenta metros, a los sesenta días de comenzadas las obras, acordándose el pago de una multa en caso de retraso de la subcontratista. Debido a dicho retraso, la demandante pone término al contrato, solicitando la indemnización de una serie de perjuicios que especifica. La demandada contesta la demanda, y demanda reconvencionalmente la resolución por incumplimiento, con indemnización de perjuicios, pues Aceros Chile debía realizar la topografía de los trabajos; entregar lámparas para el personal de la subcontratista; velar por el suministro de electricidad; proporcionar las locomotoras para el desplazamiento de su personal; proporcionar un suministro de ventilación para asegurar el correcto suministro de aire, entre otras, nada de lo cual se cumplió por la contratista. Tanto la sentencia de primera, como de segunda instancia, acogen la demanda reconvencional, pero se deja la determinación de los perjuicios para la etapa de cumplimiento del fallo definitivo.⁷³²

En “Navarrete Suárez Patricio con Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A.”, se celebra un contrato en que se encarga a la empresa demandante la construcción de dos estanques de veinte mil metros cúbicos, tres alimentadores y dos cámaras con válvulas reguladoras de presión, para el sistema de agua potable de una comuna de la ciudad de Santiago.⁷³³ La demandante incurrió en un retraso en la construcción de las

⁷³² Sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de diciembre de 2002, que tiene a las partes por desistidas de los recursos de casación interpuestos. N° descriptor Legal Publishing 31196. Situación semejante, en causa caratulada “Castillo con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la décima región”, Rol N°2773-04, sentencia de la Corte Suprema de 29 de noviembre de 2004, en que la demandante se obliga a construir una población social, por haberse adjudicado el proyecto licitado por la demandada, obra que debió llevarse a cabo en el plazo de noventa días contados desde la entrega el terreno. Sin embargo, debido a que el terreno no se entregó en las condiciones adecuadas, la obra sólo se pudo ejecutar en cuatrocientos setenta y cinco días. Se rechaza la demanda en primera y segunda instancia, por falta de prueba, y el fallo de casación se desecha.

⁷³³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de mayo de 2008, N° descriptor MJJ 17058, en que la empresa constructora interpone demanda de cumplimiento de contrato, solicitando el pago de la totalidad de las obras contratadas; a su turno, la demandada reconviene solicitando resolución de contrato con indemnización de perjuicios. La sentencia de primera instancia acoge la

obras, pero atribuibles a los defectos del proyecto elaborado por la mandante, de manera que no puede ahora negarse al pago del precio, cuyo cumplimiento solicita, lo que es finalmente acogido por sentencia definitiva.⁷³⁴

En los contratos en que se encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, una manifestación característica del incumplimiento del deber de colaboración durante la vigencia del contrato, es aquel en que el contratante que encarga la obra o contrata el servicio, no permite que el deudor ingrese a las dependencias de la primera, para que éste pueda cumplir con sus obligaciones. En un contrato de confección de obra material en que se encarga la habilitación de un local para el funcionamiento de un restaurante pizzería, la mandante interpone demanda de resolución con indemnización de perjuicios, pero la empresa demandada alega que fue la propia actora quien le impidió ingresar en la obra para cumplir el contrato, ante lo cual la demandada reconviene, solicitando se declare la resolución por incumplimiento de la actora, con indemnización de perjuicios.⁷³⁵ Sobre los perjuicios posibles de ser resarcidos, ciertamente que los mayores desembolsos realizados por el retraso de las obras – pago de materiales, remuneraciones de los trabajadores- es un ítem que debería resarcirse; como asimismo, el lucro cesante derivado de la imposibilidad de cumplir con otros compromisos que ya se habían adquirido por la empresa.

Similar en Beltrán Pantoja Ltada. con Forus SA.,⁷³⁶ en las partes suscribieron un contrato de tracto sucesivo de prestación de servicios, en él la actora se comprometía a

demanda principal, y ordena el pago de la suma de \$180.000.000.-, y se rechaza la demanda reconvenzional. El fallo de segunda instancia confirma la sentencia recurrida. El fallo de casación se rechaza, coincidiendo en los fundamentos de los tribunales del fondo, en tanto la empresa actora cumplió íntegramente el contrato, pues se obligó a entregar las obras de acuerdo a las especificaciones técnicas elaboradas por la mandante, de modo que si tales obras presentan fallas, ello se debe a que dichas especificaciones no se entregaron adecuadamente, de ahí, que es procedente el pago del precio acordado en el contrato.

⁷³⁴ Un caso similar en “Echeverría con Fisco de Chile”, sentencia de la Corte Suprema de 28 de agosto de 2008, N° de descriptor MJJ 18039.

⁷³⁵ “Pepes Pizza con Lazcano Zamora”, sentencia de la Corte Suprema de 13 de agosto de 2009, N° descriptor MJJ 21110. En esta causa la demandada opone excepción de incumplimiento de contrato y demanda reconvenzionalmente resolución con indemnización de perjuicios. La sentencia de primera instancia acoge la demanda principal y rechaza la reconvenzional. La de segunda instancia revoca el fallo recurrido, y rechaza también la demanda principal. El recurso de casación en el fondo se rechaza, fundado en que no se habría acreditado el incumplimiento de la demandada, estando acreditado el incumplimiento de la demandante, por lo que correspondía acoger la excepción de incumplimiento contractual, no obstante ello, no se declara la resolución del contrato.

⁷³⁶ “Beltrán Pantoja Ltada. con Forus S.A.” sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2008, N° descriptor MJJ 18184. En este caso, tanto la sentencia de primera como de segunda

efectuar las labores de carga y descarga de mercaderías, según los requerimientos de bodegas de la demandada. Durante la vigencia del contrato, entra a la sociedad demandada un nuevo socio, quien habría sido determinante en la decisión de impedir el ingreso de la actora a las bodegas para llevar a cabo las labores contratadas. En este caso, se demanda por concepto de indemnización de perjuicios, las sumas adeudadas por los periodos que no se han podido cumplir, y el pago del precio acordado por la totalidad del tiempo que el contrato debió prolongarse.⁷³⁷

instancia desestimaron la demanda, y el recurso de casación interpuesto por la actora fue desechado.

⁷³⁷ En “Mejías Leyton con Inmobiliaria Monte Aconcagua S.A”, sentencia de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 2010, N° descriptor MJJ 24925, se demanda resolución de contrato con indemnización de perjuicios a la primera vendedora de un inmueble, por defectos de construcción. La demandada señala que no corresponde la resolución, porque son pequeños defectos que deben ser reparados por la vendedora, pero que la demandante compradora se lo ha impedido. Sin embargo esta alegación de la demandada no se toma en consideración.

CONCLUSIONES.

De nuestra investigación, es posible extraer las siguientes conclusiones:

1ª. Ante las deficiencias que presenta la concepción de contrato que se sustenta únicamente en el principio de la autonomía de la voluntad, la concepción que ofrece el nuevo derecho de la contratación permite complementar a la primera. Dicha concepción se puede calificar de pragmática, en tanto pone énfasis en reconocer que el contrato constituye un instrumento de satisfacción de intereses para las partes contratantes. Esta comprensión surge del derecho uniforme, y ha desplegado un gran influjo tanto en el proceso de armonización del derecho europeo, como en la modernización a que se han visto avocadas distintas legislaciones internas. La concepción de contrato que se infiere del nuevo derecho de la contratación es plenamente aplicable a nuestro derecho, atendida las normas contenidas en el código civil chileno.

2ª. En la estructura de contrato que se adopta en este trabajo, y que es coherente con una concepción pragmática del contrato, es posible diferenciar entre obligaciones primarias, primordiales o principales, que son aquellas que efectivamente permitirán a las partes ver satisfechos los intereses que persiguen con la celebración del contrato, y deberes secundarios o instrumentales de conducta, que tienen una finalidad funcional, en tanto posibilitan que las obligaciones primordiales se cumplan. Esta estructura mira al contrato en forma integral, y durante todas las fases por las cuales éste atraviesa, por lo que proporciona una visión más realista de la forma como se desarrollan las relaciones contractuales.

La estructura de contrato que distingue entre obligaciones primordiales y deberes secundarios, es factible de ser aplicada en el derecho chileno, lo que queda corroborado con la regulación de determinados deberes que obedecen a esta naturaleza, como el deber de conservación de la cosa, que permite cumplir con una obligación de dar o de simple entrega; lo mismo se puede predicar del deber de colaboración del acreedor en determinados grupos de contratos.

3ª. La colaboración del acreedor ha sido tratada escasamente por la doctrina nacional, a diferencia de la doctrina extranjera. Las razones son de la más variada índole, entre ellas, que en nuestro código civil - como es lo propio de los códigos del siglo diecinueve- la colaboración del acreedor no tiene reconocimiento expreso, limitándose a un tratamiento disperso a propósito de la mora del acreedor.

4ª. En algunos cuerpos legales del derecho extranjero, la colaboración del acreedor tiene reconocimiento explícito, especialmente a partir de la regulación que en muchos casos se contiene de la mora del acreedor.

Por su parte, la doctrina extranjera, especialmente la europea, coherente con dicha regulación, ha abordado la colaboración del acreedor de dos formas: a propósito de temáticas generales, como al analizar precisamente la *mora creditoris*; o bien, en estudios de carácter específicos. A la vez, en lo que toca a su naturaleza, se le ha asignado el carácter de carga contractual, de deber, o como una manifestación de la buena fe.

5ª. El derecho uniforme ha sido especialmente prolífico en la regulación de la colaboración del acreedor, como se manifiesta en los Principios UNIDROIT, en los PECL, en el MCR y en los "Acquis principles". En estos instrumentos regulatorios se reconoce un deber de colaboración al interior del contrato.

6ª. El ámbito al que circunscribimos el estudio de la colaboración del acreedor está constituido por los contratos bilaterales, durante la etapa de ejecución del contrato. En efecto, asignamos un alcance restrictivo de la colaboración del acreedor, circunscribiéndola sólo a la etapa de efectos del contrato. Así, se postula que un análisis técnico adecuado de dicha colaboración, es aquel en que, debido a la naturaleza jurídica que se sustenta y a los grupos de casos relevantes que son objeto de estudio, se manifiesta sólo bajo el paraguas de lo contractual. Como la colaboración del acreedor se limita a la etapa de ejecución del contrato, ello supone que las consecuencias del mismo son todas de índole contractual, tanto en caso que se cumpla con este deber de comportamiento, como las que se puedan generar si se infringe la colaboración debida.

A su turno, si bien la necesidad de que el acreedor colabore para que el contrato pueda ser cumplido puede presentarse en toda clase de contratos, unilaterales y bilaterales, nuestra opción es situarnos en el plano de los contratos bilaterales, pues es este tipo de convención el que se ha utilizado como instrumento regulatorio primordial entre privados, además de constituir el modelo para la construcción de la teoría general del contrato. En lo

que respecta a la colaboración del acreedor, es además en estos contratos en que ella se presenta con una gran variedad de manifestaciones, generando, en consecuencia, la mayor cantidad de problemas.

7ª. En lo que respecta a los grupos de casos relevantes que son materia de nuestro estudio, optamos por distinguir entre aquellos contratos de menor complejidad, en que la colaboración sólo consiste en que el acreedor reciba el pago a través de una única intervención, independiente de si la obligación del deudor es de dar o hacer, por lo que dicha colaboración se presentará en la fase final de la convención; y contratos en que las relaciones son de mayor complejidad, por lo que la colaboración no sólo supone la recepción del pago ofrecido por el deudor, sino que está constituida por los más diversos comportamientos que debe adoptar el acreedor durante el desarrollo del negocio, para que el deudor cumpla a la vez. Esta sistematización permite mirar al contrato como una realidad integral, coherente con la concepción que se adopta en este trabajo.

8ª. Para estar ante la debida colaboración del acreedor, en el grupo de casos constituido por contratos de menor complejidad, se requiere que efectivamente dicha cooperación sea necesaria para que el deudor pueda cumplir con su o sus obligaciones. Ello, pues no se necesita de la colaboración del acreedor en la totalidad de las situaciones en que un deudor debe pagar, siendo necesario un análisis casuístico, por lo que será fundamental considerar la naturaleza del contrato y el acuerdo de las partes.

9ª. En el grupo de casos constituido por contratos de mayor complejidad, distinguimos según si el o los comportamientos de colaboración del acreedor, se encuentran o no expresamente establecidos. Esta división no implica que en una y otra situación se altere la naturaleza del deber de colaboración; en ambos grupos de casos se erige como un deber secundario, instrumental o funcional de conducta del acreedor, de cuya inobservancia derivan iguales consecuencias jurídicas para las partes contratantes; pero, sin duda, que será más sencillo determinar en qué consiste o consistirá la cooperación del acreedor y, a la vez, calificar si ésta se observó o no por la parte que debía desplegar la conducta colaborativa, si ella se ha incorporado en forma explícita en la convención.

10ª. Tal como se ha señalado, la doctrina extranjera ha asignado a la colaboración del acreedor la naturaleza, ora de carga contractual, ora de deber.

Atendida la normativa civil chilena, y el análisis de las diversas manifestaciones de la colaboración del acreedor en los grupos de casos relevantes analizados en nuestra

investigación, la colaboración del acreedor no tiene el carácter de carga contractual, sino de deber secundario, funcional o instrumental de conducta al interior del contrato.

Aquel sector doctrinal que postula que la colaboración del acreedor constituye carga contractual, se basa en que el deudor no estaría facultado para solicitar la ejecución forzada del acreedor, como tampoco indemnización de perjuicios en caso de infracción de la misma. No obstante, no hay justificación en la asignación de carga a la colaboración del acreedor, pues no existe obstáculo jurídico alguno que impida al deudor demandar el cumplimiento de las conductas de colaboración debida al acreedor, como tampoco hay óbice en que el deudor demande la debida indemnización por los daños que le ocasiona la inobservancia de la cooperación debida.

11ª. La colaboración debida tiene la naturaleza de deber secundario, instrumental o funcional de conducta al interior del contrato. En esa línea, no es asimilable a los deberes generales de cuidado propios del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, sino que se trata de determinados comportamientos de acción u omisión que tiene que desplegar el acreedor, y que cumplen un rol específico y concreto: permitir que, a su vez, este deudor pueda cumplir. Es un deber de carácter autónomo y, por ende, diferenciado de las demás obligaciones que emanan de la relación convencional, pero que cumple un rol o papel instrumental, en función de las obligaciones primordiales del contrato.

Esta naturaleza que se predica de la colaboración del acreedor, es coherente con el hecho de que el contrato se ha ensanchado en lo que respecta a su contenido, pues no sólo lo integran obligaciones primordiales, sino que se han incardinado deberes secundarios de conducta, obligaciones accesorias, garantías y cargas; esquema que ha sido adoptado por el derecho uniforme y, en general, por el derecho contemporáneo de contratos.

12ª. Los intereses de las partes en juego en el deber colaboración del acreedor, están constituidos, en primer término, por el interés del deudor que debe realizar la o las prestaciones primordiales, y que para ello espera legítimamente que el acreedor contractual le coopere para efectos de cumplir íntegra y oportunamente; y, en segundo lugar, el interés del propio acreedor que ha de colaborar, en tanto él también espera la satisfacción de sus intereses mediante la realización de las obligaciones primordiales que contrajo el deudor, para lo cual deberá, a su vez, cumplir con este deber secundario de conducta. Este juego de intereses de ambas partes contratantes que se visualiza en la estructura del deber de colaboración, permite corroborar que en el contrato no sólo se ha de considerar el interés

del acreedor, sino también el interés del deudor: en el contrato hay un delicado equilibrio de intereses contractuales que debe ser reconocido.

13^a. La calificación jurídica de la colaboración del acreedor como deber secundario o funcional de conducta, está supeditada a si debido a su inobservancia, se ven o no afectados los intereses del deudor, esto es, aquellos bienes jurídicos del deudor avaluables económicamente y que están conectados al desarrollo de la relación obligatoria. De manera tal, que si la inobservancia de la colaboración por parte del acreedor se proyecta a esta esfera de intereses del deudor, efectivamente estamos en presencia de un deber secundario o funcional de conducta que integra la relación contractual. Para tal efecto, cobra relevancia la naturaleza del contrato y la interpretación que las propias partes han hecho del mismo, el canon de previsibilidad y la buena fe.

14^a. La inobservancia del deber de colaboración del acreedor, constituye una hipótesis de incumplimiento contractual. Para tal efecto, adoptamos una noción de incumplimiento amplia, abstracta y neutra, propia del nuevo derecho de la contratación, que la entiende como cualquier desviación del programa contractual, y que es perfectamente admisible en el derecho civil chileno, especialmente atendida la plasticidad de las normas contenidas en el código civil.

15^a. Por consiguiente, los efectos que produce la inobservancia de la colaboración debida en tanto deber secundario o funcional de conducta, pueden ser analizados en dos ámbitos: efectos que se producen en la propia obligación del deudor; y efectos referidos al incumplimiento contractual del acreedor.

16^a. El primer ámbito de efectos derivados de la inobservancia de la colaboración debida, dice relación con las consecuencias jurídicas que se producen en la propia obligación del deudor. Este grupo de efectos configuran la denominada mora del acreedor, que tiene dos elementos: el supuesto fáctico y las consecuencias jurídicas.

El supuesto fáctico de la *mora creditoris* está constituido por todos aquellos casos en que se requiere de la colaboración del acreedor para que el deudor pueda cumplir con su o sus obligaciones - ya sea que dicha colaboración se materialice en la necesidad de que reciba el pago que se le ofrece, o bien, cuando la colaboración se manifiesta de otras formas- y no la presta.

Por su parte, el efecto jurídico primario de la mora del acreedor es la readecuación en la distribución de riesgos que contenía el contrato, y que implica la modificación de la

relación obligatoria producto de la falta de la debida colaboración del acreedor, que tiene como principal finalidad evitar al deudor las consecuencias dañosas que ella le acarrea. Por ello, es que la mora del acreedor constituye una causal de inexigibilidad de la obligación del deudor, inexigibilidad que será total o parcial, de acuerdo a la incidencia que tenga dicha colaboración en el cumplimiento de la misma. Este efecto implica que si el deudor no ejecuta el contrato debido a la inobservancia de la colaboración por el acreedor, dicho deudor no se sitúa en una hipótesis de incumplimiento contractual.

17ª. Toda vez que el efecto primordial de la mora del acreedor es, precisamente, la inexigibilidad de la obligación del deudor, el acreedor no está facultado para demandar el cumplimiento de dicha obligación, y de ser planteada dicha demanda, debiese ser desechada.

18ª. La inexigibilidad de la obligación del deudor a que da lugar la mora del acreedor, no extingue la obligación del deudor, de modo tal que una vez que el acreedor despliegue la colaboración debida el deudor debe cumplir, y si se niega, el acreedor podrá proceder coactivamente a fin de obtener el cumplimiento específico de la obligación.

No obstante la mora del acreedor no genera por sí misma la extinción de la obligación del deudor, bajo ciertas condiciones su inobservancia puede acarrear imposibilidad sobreviniente definitiva, pudiendo distinguirse dos situaciones: aquellas en que debido a que el acreedor no colabora el deudor no puede cumplir, y en el intertanto la obligación se torna imposible de ser ejecutada por razones externas a la conducta de acreedor o deudor, aunque el acreedor decida luego cooperar; y aquellas en que el acreedor ha perdido su interés en el contrato, por lo que no pretende cooperar al cumplimiento, lo que equivale a dicho efecto extintivo o liberatorio de la obligación. En estos casos, es posible argumentar que, atendido a que estamos en presencia de un contrato bilateral, la imposibilidad sobrevinida de la obligación del deudor producida por la inobservancia de la colaboración debida, no acarrea en forma consecuencial la extinción de las obligaciones que pesan sobre el acreedor, en tanto deudor contractual, las que pueden ser exigidas por la contraparte.

19ª. Aunque, por regla general, la mora del acreedor no acarrea la extinción de la obligación del deudor, no procede hacer responsable al deudor de los eventuales perjuicios que haya padecido el acreedor debido a su propia mora, configurándose como una causal de exoneración de responsabilidad civil, distinta y autónoma del caso fortuito.

20ª. La mora del acreedor permite jurídicamente que el deudor oponga en forma exitosa la excepción de incumplimiento de contrato, fundada en que el contrato no ha sido ejecutado

debido a la inobservancia de la colaboración debida del acreedor demandante. Por el contrario, ante la demanda intentada por el deudor en contra del acreedor, éste último no puede valerse de la mencionada excepción, atribuyendo un incumplimiento del deudor, en tanto éste no se encuentra en una hipótesis de incumplimiento contractual; como hemos señalado: su obligación es inexigible en tanto el acreedor no colabore.

21^a. En las hipótesis de *mora creditoris*, le está vedado al acreedor ejercer la acción de resolución de contrato fundada en el incumplimiento del deudor, aunque haya perdido interés en el contrato, puesto que dicho deudor no se encuentra en una hipótesis de incumplimiento contractual.

22^a. El segundo orden de efectos de la inobservancia de la colaboración del acreedor, refiere a la configuración de una hipótesis de cumplimiento contractual imperfecto, atendido lo dispuesto en el artículo 1556 del código civil chileno.

23^a. Toda vez que la inobservancia de la debida colaboración por parte del acreedor constituye un incumplimiento contractual, el deudor estará facultado para ejercer cualquiera de las acciones o remedios contractuales que le franquea la ley, en la medida que se cumpla con los requisitos de procedencia de cada una de ellas.

24^a. En esta investigación se ha abordado especialmente la acción o remedio indemnizatorio, poniendo el acento en el estudio de las manifestaciones que puede adoptar el daño padecido por el deudor, debido a la infracción del deber de colaboración por parte del acreedor contractual, puesto que este elemento es el que viene a determinar que la colaboración sea calificada de deber secundario o instrumental de conducta para el acreedor, ya que se verán menoscabados otros intereses del deudor, los que no pueden quedar sin resarcimiento, como ya hemos resaltado.

25^a. Una de las manifestaciones que puede adoptar el daño que padece el deudor producto de la inobservancia de la colaboración del acreedor, es el ítem de los mayores gastos de conservación y custodia de la cosa. Si, además, hay otros intereses del deudor que se vean menoscabados, este reembolso constituirá la base mínima de la indemnización de perjuicios que el deudor está facultado a demandar, teniendo el carácter de daño emergente pues constituye una pérdida o disminución patrimonial efectiva, a la vez que, atendida la naturaleza del contrato en que está incorporado el deber de colaboración, constituye un daño calificable de perjuicio previsto, de conformidad a lo que dispone el artículo 1558 del código civil.

26^a. El solo hecho de que el deudor no se haya liberado del vínculo obligacional, debido a la inobservancia del deber de colaboración del acreedor, no es susceptible de ser calificado en sí mismo como un daño resarcible, a menos que efectivamente se reúnan los requisitos de todo perjuicio indemnizable, lo que deberá ser acreditado por el deudor, de acuerdo a las reglas generales.

27^a. Para el análisis de las otras manifestaciones de daños padecidos por el deudor, debido a la inobservancia del deber de colaboración, recurrimos a la sistematización de grupos de casos que se propuso en la investigación. Para tal efecto, se hizo referencia a algunas causas conocidas por los tribunales de justicia, en que se evidenció que la inobservancia a la colaboración del acreedor ha formado parte de los hechos de las mismas. Con todo, se advirtió que no en todas las causas este incumplimiento del acreedor ha servido como fundamento para que el deudor demande indemnización de perjuicios, a pesar de que se han visto afectados intereses susceptibles de ser resarcidos.

28^a. En síntesis, esta tesis probó la hipótesis planteada, pues efectivamente el ordenamiento jurídico civil chileno permite configurar dogmáticamente a la colaboración del acreedor contractual en la ejecución de la o las obligaciones del deudor, como un deber secundario, funcional o instrumental de conducta, que se encuentra al interior del contrato, en determinados grupos de casos. Conforme a su naturaleza de deber secundario de conducta, se probó que la inobservancia de la colaboración del acreedor, genera consecuencias jurídicamente relevantes tanto para el deudor, como para el mismo acreedor:

1. La inobservancia de la colaboración del acreedor, produce la inexigibilidad de la obligación del deudor, constituyéndose el acreedor en mora; y

2. La inobservancia de la colaboración del acreedor sitúa al acreedor en una hipótesis de cumplimiento contractual imperfecto, que permite al deudor ejercer las acciones o remedios contractuales que sean pertinentes, de conformidad al derecho vigente.

Bibliografía^{738*}

ABELIUK, René, *Las obligaciones*, T.I- II, 4º Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid, Edisofer S.L., 2004.

ALBIEZ, Klaus, *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB. Anuario de derecho civil*. Madrid, nº LV, fasc. III, 2002.

ALCALDE, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación. Revista Actualidad jurídica*, Santiago, nº N°8, 2003.

ALCALDE, Enrique, *Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral. Revista chilena de derecho*, Santiago, vol. 31, nº3, 2004.

ALCALDE, Jaime, *La causa de la relación obligatoria. En Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil*, Valparaíso, 2007. Santiago, Legal Publishing, 2008.

AEDO, Cristián, *Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor, con especial referencia a su mora de recibir. En Colección Estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008.

ALESSANDRI, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

ALESSANDRI, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

* La bibliografía que se individualiza es aquella que ha sido citada en la Tesis, por lo que no contiene la totalidad de la bibliografía consultada.

- ALESSANDRI, Arturo, *De los contratos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2010.
- ALONSO, María, *El problema de la concurrencia de responsabilidades*. Santiago, Lexis Nexis, 2006.
- ALTERINI, Atilio, *Estudios de derecho civil. Conceptos- contratos-consumidor-derecho de daños*. Buenos Aires, La Ley, 2007.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*. Barcelona, Ariel, 1996.
- ATIYAH, P. S., *Contract and fair exchange*, University of Toronto Journal, 1985.
- ATIYAH, P.S. y SMITH, Stephen, *Atiyah's Introduction to the law of contract*. Oxford, Clarendon Press, 2005.
- BANFI, Cristian, *Reflexiones generales sobre el derecho privado comparado*. En Actas del Congreso Internacional de derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, T. III. Valparaíso, EDEVAL, 2012.
- BARAONA, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*. Revista chilena de derecho. Santiago, vol. 24, nº1, 1997.
- BARAONA, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Dykinson, 1998.
- BARAONA, Jorge, *"En contra de una recodificación del derecho civil en Chile"*. En El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005). Santiago, Lexis Nexis, 2007.
- BARAONA, Jorge, *Algunas consideraciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su configuración y eficacia*. En Estudios de derecho civil IV. Jornadas nacionales de derecho civil, Santiago, Legal Publishing, 2009.

BARASSI, Lodovico, *La teoría generale delle obbligazioni. Vol. I La struttura*. Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1948.

BARBERO, Domenico, *Sistema de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1967.

BARCIA, Rodrigo, *La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile*. En Temas de contratos. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.

BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno. De la teoría de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BARROS, Enrique, *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*. En Estudios de derecho civil II. Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué, 2006. Santiago, Lexis Nexis, 2007.

BARROS, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil Valparaíso, 2007. Santiago, Legal Publishing, 2008.

BARROS, Enrique, *La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de responsabilidad extracontractual*. Revista Estudios Públicos, Santiago, nº 112, primavera 2008.

BARROS, Enrique, *Criterios de atribución de riesgos en materia contractual un contrapunto con la responsabilidad extracontractual*. En Derecho de daños, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009.

BARROS, Enrique, *El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad*. En Estudios de derecho civil IV, Jornadas nacionales de derecho civil, Santiago, Legal Publishing, 2009.

BARROS, Enrique, *Conceptualismo y vulgarismo en el derecho civil patrimonial*. En Estudios de derecho civil VI Jornadas nacionales de derecho civil Olmué, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011.

BARROS, Enrique, *Los contratos de servicios ante la doctrina general del contrato*. En Estudios de derecho civil VII Jornadas nacionales de derecho civil Viña del Mar. Santiago, Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2012.

BELLO, Andrés, *Obras completas*, vol. XI. Santiago, Impreso por G. Ramírez, 1887.

BELLO, Andrés, *Obras completas*, vol. XII. Santiago, Impreso por G. Ramírez, 1888.

BELLO, Andrés, *Obras completas*, vol. XII. Santiago, Impreso por G. Ramírez, 1890.

BELLO, Andrés, *Instituciones de derecho romano*. En *Obras completas*, T. XIV. Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1959.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.

BENAVENTE, Hesvert, *El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: aspectos a ser considerados para su regulación normativa*. Revista lus et Praxis. Talca, año 14, nº2, 2008.

BERNAL- FANDIÑO, Mariana, *Solidarismo contractual -especial referencia al derecho francés-*. Revista Universitas, Bogotá, nº114, 2007.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1959.

BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*. T. I, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1969.

BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Revista de derecho privado, 1975.

BIRKS, Peter, *Rights, wrongs and remedies*. Oxford Journal of legal studies, Oxford, vol. 20, nº1, 2000.

Blackstone's Statutes on Contract, tort & Restitution 2011-2012. Oxford, University Press, 2011.

BOETSCH, Cristián, *La buena fe contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones, de los contratos y del crédito*. Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945.

BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

BORREL, Antonio, *Derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Barcelona, Bosch, 1955.

BOUCARD, Hélène, *La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea*. Revista electrónica de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada [en línea] <www.refdugr.com>.

BRANTT, María, *Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación*. En Estudios de derecho civil III, Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso 2007. Santiago, Legal Publishing, 2008.

BRANTT, María Graciela, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*. Revista de derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, nº XXXIII, 2009.

BRANTT, María, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*. Santiago, Abeledo Perrot, 2010.

BUERES, Alberto, *Derecho de daños*. Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2001.

CABALLERO LOZANO, *La mora del acreedor*. Barcelona, Bosh Editor S.A., 1992.

CABANILLAS, Antonio, *La mora del acreedor*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº XL, fasc. IV, 1987.

CABANILLAS, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*. Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1988.

CABANILLAS, Antonio, *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor*. En Libro homenaje al profesor Juan Roca Juan. Murcia, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989.

CABANILLAS, Antonio, *Capítulo primero, Disposiciones generales*. En La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, Luis Díez Picazo, editor Navarra, Thomson Civitas, 2006.

CABANILLAS, Antonio, *El anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº LX, fasc. II, 2007.

CALVO, Alfonso Luis, *Disposiciones generales*. En La compraventa internacional e mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, Luis Díez Picazo, editor. Navarra, Thomson Civitas, 1997.

CÁMARA, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*. Madrid, Colex, 2003.

CANE, Peter, *Anatomía del derecho de daños*. Santiago, Flandes indiano, 2011.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José, *La decadencia del contrato*. Barcelona, Bosch, 2011.

CANO, María Dolores, *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*. Madrid, Dykinson, 2005.

CAPILLA, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz, Fundación Universitaria de Jerez, 1989.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1986.

CARVAJAL, Patricio, *Arts. 1437 y 1438 del código civil. "Contrato" y "convención" como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones*. Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 34, n°2, 2007.

CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*. Milán, Dott. A. Giuffre-Editore, 1964.

CIEZA, Carmen y REDONDO, Isaac, *Aproximación al régimen jurídico y práctico del contrato de franquicia (primera parte)*. *Revista de derecho vlex* [en línea] <<http://vlex.com/vid/aproximación-practico-franquicia-primera-163363>> [consulta: enero 2013].

CIURO, Miguel, *La noción de permeabilidad y su importancia en la teoría jurídica de nuestro tiempo*. [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/832/645>>

CLARO, Luis, *Explicaciones de derecho civil y comparado. De las obligaciones*. Santiago, Imprenta Nascimento, 1939.

CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.

COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

COLIN, Ambrosio, CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil*. Tomo tercero. Teoría general de las obligaciones. Madrid, Reus S.A., 1987.

COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Tratado de derecho comparado*. Madrid, Tecnos, 1981.

CONTARDO, Juan Ignacio, *Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual*. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, Coquimbo, año 18, nº1, 2011.

CORDECH, Pablo Salvador, *Exoneración*, En DIEZ PICAZO, Luis, *La compraventa internacional de mercaderías*, Navarra, Thomson, Civitas, 2006.

CORRAL, Hernán, *La definición de contrato en el código civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*. En Derecho de los contratos. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes, Nº6, Santiago, 2002.

CORRAL, Hernán, *“La descodificación del derecho civil en Chile”*. En El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005). Santiago, Lexis Nexis, 2007.

CORRAL, Hernán, *Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual*. En Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes, Santiago nº 15, Santiago, 2008.

CORRAL, Hernán, *La raíz histórica del adagio “venire contra factum proprium non valet”*. En Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes, Santiago, 2010.

CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago, Legal Publishing, 2011.

CORRAL, Hernán, *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en en derecho chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas, 1985.

DE EIZAGUIRRE, José María, *Civil law: la vigencia de una categoría convencional*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº XV, fasc. II, 2012.

DE LA IGLESIA, María Isabel, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías. Conexiones con la obligación de saneamiento, y, con el deber legal de garantía tanto en nuestro ordenamiento como en los sistemas de nuestro entorno (Especial referencia al incumplimiento, a sus consecuencias, y, a sus remedios*. Madrid, Centro de estudios registrales, 2001.

DE LARA, Julio, *La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº LIV, fasc. III, 2001.

DE LA MAZA, Íñigo, *La buena fe como dispositivo de ponderación*, En Principios jurídicos. Análisis y crítica. Santiago, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011.

GARCÍA, Rosa, *Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del derecho privado europeo*. En Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011.

DE LA SIERRA, María, *Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional*. Ponencia Congreso Rioja 2009, p. 3. [en línea] <http://eprints.ucm.es/9556/1/pc_congreso_rioja2009_eprint.pdf >

DE LOS MOZOS, José, *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1965.

DE LOS MOZOS, José Luis, *El negocio jurídico. Estudios de derecho civil*. Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1987.

DE LOS MOZOS, José, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988.

DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*. Madrid, Centro de Estudios. Fundación Beneficentia et peritia iuris, 2005.

DE LY, Filip, *Sources of international sales law: an eclectic model*. p.11. [en línea] <<http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG625/De%20Ly.pdf> >

DE MIGUEL, Pedro, *Algunas tendencias jurídicas de la globalización, Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad*. Colección Escuela Diplomática, Madrid, nº7, 2003.

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général. Effets des obligations*. T. IV, París, Librairie Arthur Rousseau, 1933.

DÍEZ, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

DÍEZ, Raúl, *La compraventa en el código civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *El contenido de la relación obligatoria*. Separata. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de derecho civil, Madrid, fasc. II 1964.

DÍEZ PICAZO, Luis, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº XXII, fasc. II, 1969.

DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA, Encarna, y MORALES, Antonio. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid, Civitas, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº LVI, fasc. IV, 2003.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, Tecnos, 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*. Madrid, Thomson Civitas, 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis (Director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Navarra, Thomson, Civitas, 2006. Preámbulo.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Pamplona, Thomson Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I Introducción Teoría del contrato*. Sexta edición. Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2009.

DOMÍNGUEZ, Carmen, *Algunas consideraciones en torno a la función de la responsabilidad civil*. En Estudios de derecho civil. Jornadas nacionales de derecho civil, Valdivia, 2005. Santiago, Lexis Nexis, 2005.

DOMÍNGUEZ, Carmen, *Aspectos de la integración del contrato*. En Estudios de derecho civil VI. Jornadas nacionales de derecho civil, Santiago, Legal Publishing, 2009.

DOMÍNGUEZ, Ramón, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*. Revista chilena de derecho privado, Santiago, nº5, 2005.

DOMÍNGUEZ, Ramón, *Por la mantención del "Código Civil" modificado*. En El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005). Santiago, Lexis Nexis, 2007.

DOUGNAC, Antonio, *La codificación en Chile y la formación de su Código Civil*, En El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005). Santiago, Lexis Nexis, 2007.

DUCCI, Carlos, *Derecho civil. Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

DUCCI, Carlos, *La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual*. En *Doctrinas esenciales de derecho civil. Obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. Valparaíso, EDEVAL, 1987.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2008.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2010.

EBERS, Martin, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002*. *Anuario de derecho civil*. Madrid, nº. LVI, fasc. IV, 2003.

EHMANN, Horst y SUTSCHET, Holger, *Modernización del derecho alemán de obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

EIDENMÜLLER, Horst, FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans, JANSEN, Neils, WAGNER, Gerhard, ZIMMERMANN, Reinhard, *The Common Frame of reference for european private law- policy choices and codification problems*. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 28, nº4, 2008.

EIDENMULLER, Horst, FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans, JANSEN, Nils, WAGNER, Gerhard, ZIMMERMANN, Reinhard, *El marco común de referencia para el derecho privado europeo*. *Anuario de derecho civil*, Madrid, nº LXII, fasc. IV, 2009.

EKDAHL, *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas pasadas*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

ENNECERUS, Ludwig. *Derecho civil I. Parte general*, vol 1°. Barcelona, Bosh, Casa Editorial Barcelona, 1953.

ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, tomo II, vol. 1º Doctrina general. Derecho de obligaciones. Barcelona, Bosh, Casa Editorial Barcelona, 1954.

ESPÍN, Diego, *La excepción de incumplimiento contractual*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº XVII, fasc. III, 1964.

ESPÍN, Diego, *Manual de derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Madrid, Revista de derecho privado, 1983.

ESPINOZA, Leonardo, *Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados*. Civilizar, Bogotá, enero 2004.

ESPLUGUÉS, Carlos, *Contratación internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *El principio de cooperación en la contratación*. Madrid, Anuario de derecho civil. En Derecho contractual comparado. Nueva perspectiva europea y transnacional. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

ESTRELLA, José, *Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* [en línea] <<http://justice.gov.za/alraesa/conference>>

FABRES, José Clemente, *Instituciones de derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta y librerías Ercilla, 1902.

FAJARDO, Javier, *Cumplimiento u extinción del contrato*. En CÀMARA, Sergio, *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003.

FALZEA, Angelo, *La offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*. Milán, Giuffré, 1947.

FELIÚ, Sergio, *Las obligaciones*. Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

FÉLIX, José, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*. Revista de derecho privado Universidad de Externado. Bogotá, nº14, 2008.

FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº LXIII, fasc. I, 2010.

FENOY, Nieves, *La modernización del régimen del cumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*. Anuario de derecho civil. Madrid, nºLXIV, fasc. IV, 2011

FERNÁNDEZ, José Carlos, *El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la Unión Europea*, En Homenaje al profesor Didier Opperti Badán, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

FERRARI, Franco, *Hadley v. Baxendale v. Foreseeability under Article 74 CISG*, En Contract damages. Domestic and international perspective. Oregon, Hart Publishing, 2008.

FIGUEROA, Gonzalo, *Hacia una recodificación sustitutiva del código civil*. En El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005). Santiago, Lexis Nexis, 2007.

FIORI, Roberto, *El problema del objeto del contrato en la tradición civil*. Revista de derecho privado Universidad de Externado, Bogotá, nº 12-13, 2007.

FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

FUENTES, Rodrigo, *El deber de mitigar el daño*. Revista de derecho Universidad de Concepción, Concepción, nº 217-218, 2005.

FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

FULLER, Lon y PERDUE, William, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1957.

GADIVIA, Julio, *Presuposición y riesgo contractual*, Anuario de derecho civil. Madrid, nº XL, fasc. II, 1987.

GAMBOA, Fernando, y otra, *Tratados de derecho internacional público y de integración*. Santiago, Lexis Nexis, 2006.

GARCÍA, Gabriel, *La traducción española de la parte general del código europeo de contratos*. Bogotá, Ediciones Academia colombiana de jurisprudencia, 2004.

GARCÍA, Gabriel, *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía. Estudios*, Colección jurídica general. Madrid, Editorial Reus, S.A., 2010.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso (traductor). *Cuerpo de derecho civil romano*. Vol 1, Vol. 2, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889.

GARCÍA, Manuel, *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid, Mc Graw Hills, 1995.

GARCÍA, Manuel, *Consideraciones a la buena fe contractual*. En *Actualidad civil*. Madrid, Nº1, 3 al 9 de enero de 2000.

GATICA, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959.

GAUDEMET, Eugene, *Teoría general de las obligaciones*. México, Editorial Porrúa, 1984.

GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid, Reus, vol. VII, 1912.

GÓMEZ, Fernando, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*. Madrid, Civitas Thomson Company, 2002.

GONZÁLEZ, Nuria, Common Law: especial referencia a los Restatement of the law en Estados Unidos. p.25 s. [en línea] <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/19.pdf> >

GOÑI, Natividad, *El incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa internacional de mercaderías*. En *Cuestiones actuales de derecho mercantil internacional*. Madrid, Editorial Colex, 2005.

GOODE, Roy, *Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation*. *Electronic Journal of comparative law*, vol. 7.4, november 2003. [en línea] <<http://www.ejcl.org/ejcl/74/art74-1.html> >

GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Barcelona, Bosh, 1959.

GOYCOOLEA, Manuel, *Del mandato*. Santiago, Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta Arturo Prat, 1928.

GROB, Francisco, *La reserva de Chile a la "Convención de Viena" de 1980*. *Revista de derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, nº XXXVI, 1º semestre 2011.

GUARDIOLA, Enrique, *La compraventa internacional*. Barcelona, Bosh, 2001.

GUTIÉRREZ, Pilar, *Interpretación e integración del contrato*. En Bercovitz, Rodrigo, *Tratado de contratos*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2009.

GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (II)*. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. Valparaíso, nº19, 1997.

GUZMÁN, Alejandro, *La doctrina de la “consideration” en Blackstone y sus relaciones con la “causa” del “ius commune”*. Revista de estudios histórico-jurídicos. Valparaíso, n°25, 2003.

GUZMÁN, Alejandro. *Estudios dogmáticos de derecho civil*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.

GUZMÁN, Alejandro, *acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2005.

GUZMÁN, Alejandro, *El justo título translativo del dominio de la tradición en el pago y en las operaciones crediticias*. En Estudios de derecho civil II, Jornadas nacionales de derecho civil Olmué, 2006. Santiago, Lexis Nexis, 2007.

GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2010.

GUZMÁN, Alejandro, *Las reglas del “código civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2011.

HEDEMANN, J.W, *Derecho de obligaciones*. Madrid, Editorial revista de derecho privado, 1958.

HERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho de obligaciones*. Madrid, Maribel Artes Gráficas, 1960.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *En torno al concepto de la obligación*, Discurso de Don Antonio Hernández Gil, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 1981.

HOCEVAR, Mayda, *Deber jurídico y deber moral en el pensamiento de John Finnis*. En *Frónesis*, diciembre 2005, vol. 5, n°3.

HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina S.A., 1991.

JAMIN, Christophe, *Le solidarisme contractuel: un regard Franco-Québécois*. Montreal, Le Éditions Thémis, 2005.

JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard, *Restating the Acquis Communautaire? A critical examination of the "Principles of the existing EC contract law"*. The modern law review, Oxford, vol. 71, nº 4, 2008.

JANSEN, NEILS Y ZIMMERMANN, REINHARD, *Contract formation and mistake in european contract law: a genetic comparison of transnational model rules*. Oxford Journal of legal studies, Oxford, vol. 31, nº4, 2011.

JEREZ, Carmen y PÉREZ, Máximo, *La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, nº19, 2009.

JIMÉNEZ, Margarita, *La distinción entre los contratos de obras y servicios en el derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº. XV, fasc. II, 2012.

JORDANO BAREA, Juan B., *La interpretación de los contratos*, Madrid, Academia Sevillana del Notariado, Editorial revista de derecho privado, 1988.

JOSSERAND, Louis, *Teoría general de las obligaciones*. Santiago, Editorial Parlamento Ltda., 2008.

KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*. México D.F., Trillas, 1994.

LACRUZ, José Luis, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*. Madrid, Dykinson, 2002.

LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*. Madrid, Dykinson, 2007.

LAGOS, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*. Madrid, Editorial MAPFRE S.A., 2006.

LAMARCA, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001.

LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1958.

LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada, Comares, 2002.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel Derecho, 2010.

LARRAÍN, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*. Santiago, Lexis Nexis, 2003.

LARROUMET, Christian, *La unificación del derecho de las obligaciones en Europa*. Revista de derecho privado, Santiago, nº 13-14, 2006.

LECAROS, José, *La prenda civil y las prendas especiales*. Santiago, Sociedad Editora Metropolitana, 1995.

LEIBLE, Stefan, *Vías para la unificación del derecho privado europeo*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº LIX, fasc. III, 2006.

LEÓN, Avelino. *La causa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

LEÓN, Avelino. *El objeto en los actos jurídicos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983.

LEÓN, José María, *De nuevo sobre el artículo 1107 del código civil: los daños previstos o previsibles*. En Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Madrid, La ley, 2006.

LETE DEL RÍO, José M., *Derecho de obligaciones*. Madrid, Tecnos, 2000.

LÓPEZ, Jorge, *Sistemas de interpretación de los contratos*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1971.

LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Primera Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

LÓPEZ, Jorge, *Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado*. En *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Legis, 2007.

LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Quinta Edición. Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.

LORENZETTI, Ricardo, *Esquema de una teoría sistémica del contrato, Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Lima- Bogotá, Palestra/Editorial Temis, 2000.

LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos, Parte general*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

LLAMAS, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid. Editorial Tridium S.A., 1999.

MAC GREGOR, HARVEY, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*. Barcelona, Bosh, 1996.

MANTILLA, Fabricio, *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*. Revista chilena de derecho privado, Santiago, nº 16, julio 2011.

MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JONHSTON, Angus, *The german law of contract. A comparative treatise*. Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

MARTÍNEZ, Anselmo, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*. Granada, Comares, 2004.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, En Derecho privado europeo, coordinador Sergio Cámara Lapuente. Madrid, Colex, 2003.

MAZEAUD, Denis, *Le nouvel ordre contractuel*. En París, Edit. Revue des Contrats, 2003, N° 1.

MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona, Bosch, 1995.

MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento contractual y sus modalidades*, En Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, 2007. Santiago, Legal Publishing, 2008.

MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

MEJÍAS, Claudia, *Una aproximación al incumplimiento que hace procedente la excepción de contrato no cumplido*. En Estudios de derecho civil VII, Santiago, Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2012.

MEREMÍNSKAYA, Elina, *Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado*. Revista de derecho de Valdivia, Valdivia, n° XV, 2003.

MERRYMAN, John Henry, *Fines, objeto y método del derecho comparado*, p. 65. [en línea] <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/.../art5.pdf> [consulta: abril 2011].

MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial. Relaciones obligatorias singulares*. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1955.

MEZA, Ramón, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. T. II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

MITCHELL, Catherine, *Contracts and contract law: challenging the distinction between the "real" and "paper" deal*. Oxford Journal of legal studies, Oxford, vol 29, n°4, 2009.

MOMBERG, Rodrigo, *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*. Revista de derecho, Santiago, vol. XXII, nº1, 2009.

MONTÉS, Cristóbal, *El pago: el papel de la voluntad del acreedor y del deudor*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº XXXIX, fasc. II, 1986.

MONTÉS, Vicente, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*. En Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.

MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones*. Madrid, Civitas, 2006.

MORALES, Antonio, *Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros*. En DIEZ PICAZO, Luis, *La compraventa internacional de mercaderías*. Navarra, Thomson Civitas, 2006.

MORALES, Antonio, *Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros*. En Derecho de daños. Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009.

MORALES, Antonio, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, Civitas, 2010.

MORALES, Antonio, *Claves de modernización del derecho de obligaciones*, en prensa, 2012.

MORAN, David (coordinador), *COMENTARIOS a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2º edición, 2003.

MOREU, José Luis, *El artículo 1452, párrafo 3º, del código civil y la mora del acreedor*. En Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Madrid, La ley, 2006.

MOSSET, Jorge, *Contratos. Aspectos generales*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2005.

NAVARRETA, Emanuela, *Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo*. Revista de derecho privado Universidad Externado, Bogotá, nº11, 2006.

O'HARA, Erin, *The limits of contract law harmonization*. Europe journal law economic, Hamburgo, 2012.

OSSORIO, Juan Miguel (ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*. Granada, Universidad de Granada, 2005.

OVIEDO, Jorge, *Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales*. Criterio jurídico, Santiago de Cali, nº3, 2003.

PADILLA, René, *Responsabilidad civil por mora*. Buenos Aires, Astrea, 1996.

PANTALEÓN, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº XLIV, fasc. III, 1991.

PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº XLVI, fasc. IV, 1993.

PENDÓN, Ángel, *Disposiciones generales*, En Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional. Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.

PEÑAILILLO, Daniel, *Las obligaciones y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

PEÑAILILLO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*. En Estudios de derecho civil IV Olmué 2008. Santiago, Legal Publishing, 2009.

PEÑAILILLO, Daniel, *La Reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno*. Revista de derecho Universidad de Concepción, Concepción, n° 225-226, 2009.

PIZARRO, Carlos, *La influencia del Code en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?* En El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del código civil francés. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes, Santiago, n° 9, 2004.

PIZARRO, Carlos, *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho chileno*. En Estudios de derecho civil. En Estudios de derecho civil Jornadas nacionales de derecho civil, Valdivia, 2005. Santiago, Lexis Nexis, 2005.

PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Íñigo, *Responsabilidad civil. Casos prácticos*. Santiago, Lexis Nexis, 2006.

PIZARRO, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. En Estudios de derecho civil III. En Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, 2007. Santiago, Legal Publishing, 2008.

PIZARRO, Carlos, *Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos*. Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1º semestre 2011.

PIZARRO, Carlos (coordinador), *El derecho de los contratos en Latinoamérica*. Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012.

PIZARRO, Carlos, *La interpretación de los contratos en el código civil chileno. Dos problemas particulares: las obligaciones accesorias y las condiciones generales* [en línea] <http://www.fundaciofueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/interpretacion >

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. 6º, La Habana, Cultural S.A., 1946.

POILLOT, Elise, *Breve presentación del anteproyecto de reforma francés del derecho de obligaciones*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº LIX, fasc. III, 2006.

POSTNER, Richard, *El análisis económico del derecho*. México, Fondo de cultura económica, 2007.

PRADO, Pamela, *Sobre la posibilidad de admitir en Chile las nociones de contrato colaborativo y contrato adversarial: una mirada desde el "regulating law"*. En Estudios de derecho civil VI, Jornadas nacionales de derecho civil Olmué, 2010. Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011.

PRIETO, Luis, *Ley, principios, derecho*. Madrid, Dykinson, 1998.

PUELMA, Álvaro, *Sociedades*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil. Derecho general de las obligaciones*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1959.

PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios*. Barcelona, Ariel, 1951.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1951.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Pamplona, Aranzadi, 1972.

QUINTANA, Fernando, *Interpretación, ratio iuris y objetividad*. Valparaíso, EDEVAL, 1994. p. 98.

QUIÑONES, Ana María, *Buena fe y lealtad contractual*, En Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional. Navarra, Aranzadi, 2009.

RAMOS, René, *De las obligaciones*. Santiago, Lexis Nexis, 2004.

REDONDO, Francisco, *De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo ius commune*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº LXIII, fasc. IV, 2010.

REDONDO, María Cristina, *El carácter práctico de los deberes jurídicos*. DOXA 21, 1998. [en línea] <<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>

REZZÓNICO, Luis, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*. Buenos Aires, Depalma, 1966.

RIVERA, José, *Una mirada a la doctrina de la causa y sus distintas versiones en el código civil chileno*. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, Coquimbo, nº2, 2011.

ROCA, Victoria, *¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial)*. DOXA 25, 2002. p. 471 [en línea] <<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>

RODRÍGUEZ, Mónica Sofía, *Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el MERCOSUR*, Tesis doctoral, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2007, inédita.

RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

RODRÍGUEZ, Pablo, *Extinción convencional de las obligaciones. Volumen 1*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

ROGEL, Carlos (coordinador), *Código europeo de contratos. Libro I: De los contratos. Libro II, Título I: De la compraventa* (Traducción José Luis de los Mozos y Carlos Rogel). Madrid, Editorial Reus S.A., 2009. p.9.

ROSENKRANTZ, Carlos, *En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del Tratado de responsabilidad extracontractual de Enrique Barros Bourie*. Revista Estudios Públicos, Santiago, n° 112, primavera 2008.

SÁNCHEZ, Sixto A., *La interpretación del contrato internacional: una aproximación en el derecho comparado*. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx>>

SANDOVAL, Ricardo, *Derecho comercial*. T. III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*. Madrid, Thomson Civitas, 2005.

SAN MARTÍN, Lilian, *Sobre la naturaleza jurídica de la “cooperación” del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes*. Revista de derecho Universidad de Concepción, Concepción, n°s 225-226, año LXXVII, 2009.

SAN MARTÍN, Lilian, *El criterio de lo razonable. Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*. Derecho y justicia, Santiago, n°1, 2011.

SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?* Anuario de derecho civil, Madrid, n° LXIV, fasc. IV, 2011.

SAVIGNY, Federico, *Sistema de derecho romano actual*. Madrid, Centro de Editorial de Góngora, 1878.

SCHULTE-NOLKE, Hans, *From the *acquis communautaire* to the common frame of reference. The contribution of the Acquis Group to the DCFR*. Revista jurídica internacional, n°XIV, 2008.

SCHULZE, Reiner, *El *acquis communautaire* y el Marco Común de Referencia para el derecho contractual europeo*, En Principios de derecho contractual europeo y Principios

UNIDROIT (María Pilar Ferrer y Anselmo Martínez, Directores). Madrid, Dickinson S.L., 2009.

SERRANO, Claudia, *El pago: función de la voluntad del acreedor y su naturaleza jurídica*. En *Estudios de derecho civil VI*, Jornadas nacionales de derecho civil Olmué, 2010, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011.

SERRANO, María, *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del derecho privado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

SICCHIERO, Gianluca, *La cláusula contractual*, *Anuario de derecho civil*, Madrid, nº LIX, fasc. IV, 2006.

SMITS, Jan M., *Introduction to special issue: Harmonization of contract law: an economic and behavioural perspective*. Europe journal law economic, Hamburgo, 2012.

SOMARRIVA, *Tratado de las cauciones*. Santiago, Editorial Ediar-Conosur Ltda., s/a.

STITCHKIN, David, *El mandato civil*, quinta edición actualizada por Gonzalo Figueroa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

TAMAYO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*. Legis, Bogotá, 2007.

TAPIA, Mauricio, *Código civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2005.

TAPIA, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Santiago, Legal Publishing, 2007.

TAVOLARI, Raúl, *Jurisprudencias esenciales. Derecho de obligaciones*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2010.

TOPASIO, Aldo, *La tradición. Su función de pago en el código civil*. Valparaíso, EDEVAL, 2007.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil II*. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1967.

TREITEL, T.H., *The law of contract*. Gloucester, Thomson, Eleventh Edition, Reimpresión 2005.

URREJOLA, Sergio, *El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del código civil*. Revista de derecho privado, Santiago, nº17, 2011.

VAQUER, Antoni, *El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?* Anuario de derecho civil, Madrid, nº LXIV, fasc. I, 2011.

VATTIER, Carlos, *El derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía*. Anuario de derecho civil, Madrid, nº. LXI, fasc. IV, 2008.

VATTIER, Carlos, *La interpretación integradora del contrato en el código civil*. Anuario de derecho civil. Madrid, nº LXIII, fasc. I, 2010.

VIAL, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2006.

VIAL, Víctor, *La tradición y la prescripción extintiva como modo de adquirir el dominio*. Santiago, Editorial P. Universidad Católica de Chile, 2003.

VIAL, Víctor, *Manual del derecho de obligaciones en el código civil chileno*. Santiago, Universidad Andrés Bello, 2003.

VIDAL, Álvaro, *La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos*. Revista de derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, nº XXI, 2000.

VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional*. Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 33, nº3, 2006.

VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado*, En El código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el

Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago 3-6 de octubre de 2005. Lexis Nexis, 2007.

VIDAL, Álvaro, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista*. Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 34, n° 1, abril de 2007.

VIDAL, Álvaro, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*. En Estudios de derecho civil III. Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, 2007. Santiago, Legal Publishing, 2008.

VIDAL, Álvaro, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, En Estudios de derecho civil IV. Jornadas nacionales de derecho civil, Santiago, Legal Publishing, 2009.

VIDAL, Álvaro, *La noción de incumplimiento esencial en el código civil*. Revista de derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, n°32, 2009.

VIDAL, 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, Santiago, n°16, 2011.

VIDAL, Álvaro y BRANTT, María Graciela, *Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el código civil. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2010*. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, Coquimbo, n°1, 2012.

VIGURI, Agustín, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado (derecho español, derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*. Madrid, Centro de estudios del Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2007.

VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *¿Qué es lo que se interpreta?*, [en línea] <<http://www.vlex.com/vid/41118565>>

VODANOVIC, *La fianza*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1999.

VODANOVIC, Antonio, ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *Teoría de las obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

VON BAR, Christian, *Marco común de referencia: Conferencia. Notario del siglo XXI*, Madrid, nº 32, julio-agosto 2010.

VON IHERING, Rudolph, *El espíritu del derecho romano*. Madrid, Casa editorial Bailly-Bailliere, s/f.

VON IHERING, Rudolph, *La lucha por el derecho*. Buenos Aires, Editorial Araujo, s/f.

VON IHERING, Rudolf, *Del interés en los contratos*. Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947.

VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*. Granada, Editorial Comares S.L., 2007.

WEBB, Charlie, *Performance and compensation: an analysis of contract damages and contractual obligation. Oxford Journal of legal studies*, Oxford, vol. 26, nº1, 2006.

WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette. Vol secondo*. Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1930.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de derecho privado europeo*. Madrid, Civitas, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard and WHITTAKER, Simon, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*. Cambridge, University Press, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman law, European law. The civilian tradition today*. Oxford, Clarendon Law Lectures, Oxford University, 2001.

ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Barcelona, Bosch, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el derecho romano*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Derecho romano y cultura europea*. Revista de derecho privado Universidad del Externado, Bogotá, n°18, 2010.

ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*. México, Oxford University Press, 2002.

ÍNDICE

Introducción.....	2
-------------------	---

CAPÍTULO I

Capítulo introductorio: El contrato en el nuevo derecho de la contratación.

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO I.....	11
2. EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN.....	12
2.1 Generalidades.....	12
2.2 Justificación de situar la investigación en el nuevo derecho de la contratación.....	15
2.3 Una aproximación a la necesidad de armonizar el derecho de las obligaciones. La experiencia europea.....	20
2.4 Las dificultades de la armonización del derecho de las obligaciones en Europa. La contraposición entre el <i>common law</i> y el <i>civil law</i>	24
2.5 Referencia a los instrumentos internacionales de armonización del derecho de las obligaciones.....	29
2.6 La modernización del derecho de las obligaciones en las legislaciones internas....	36
2.7 La concepción de contrato en el nuevo derecho de la contratación, y su aplicación en Chile.....	40
3. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO.....	55

CAPÍTULO II

Delimitación de la colaboración del acreedor.

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO II.....	64
2. LA COLABORACIÓN DEL ACREEDOR EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	65
2.1 La colaboración del acreedor en el derecho chileno.....	65
2.2 La colaboración del acreedor en la dogmática extranjera.....	71
2.2.1 El derecho positivo.....	71
2.2.2 La doctrina extranjera: las opciones.....	73
2.2.3 El reconocimiento al deber de cooperación entre las partes en el derecho uniforme.....	77
3. ÁMBITO DE ANÁLISIS DE LA COLABORACIÓN DEL ACREEDOR.....	81
3.1 La colaboración del acreedor en el íter contractual.....	81
3.2 La colaboración del acreedor en los contratos unilaterales, bilaterales y de colaboración.....	83
3.3 La opción por los contratos bilaterales.....	86
4. LOS CASOS Y LOS PROBLEMAS.....	87
4.1 La no recepción del pago por el acreedor: La necesidad de colaboración del acreedor en el pago de la obligación.....	91
4.1.1 El pago como cumplimiento de las obligaciones.....	92
4.1.2 La necesidad efectiva de que el acreedor colabore recibiendo el pago ofrecido por el deudor.....	98
4.1.3 Los concretos problemas que genera la no recepción de pago por el acreedor.....	107
4.2. Colaboración del acreedor durante la ejecución del contrato, en contratos de mayor complejidad.....	109
4.2.1. Casos en que la colaboración está expresamente establecida en las cláusulas del contrato.....	109

4.2.2 Casos en que la colaboración no está expresamente establecida en las cláusulas del contrato.....	114
4.2.3 Los concretos problemas que genera la inobservancia de la colaboración del acreedor en contratos de mayor complejidad.....	117
5. LA COLABORACIÓN DEL ACREEDOR Y SU NATURALEZA DE DEBER SECUNDARIO, FUNCIONAL O INSTRUMENTAL EN EL CONTRATO.....	118
5.1 La colaboración del acreedor no tiene el carácter de carga contractual.....	119
5.2. La colaboración del acreedor en tanto deber secundario, funcional o instrumental en el contrato.....	124
5.2.2 Sobre el deber jurídico y la relación jurídica obligatoria.....	124
5.2.2.1 Alcance de la expresión deber jurídico.....	125
5.2.2.2 La colaboración del acreedor en la relación jurídica obligacional.....	129
5.2.2.3 Los intereses de acreedor y deudor, en los casos de colaboración del acreedor.....	144
5.2.3 Criterio determinante para que se configure el deber de colaboración del acreedor: la afectación de los intereses del deudor.....	151
5.2.2.1. La naturaleza o especie del contrato y la importancia de la interpretación efectuada por las partes.....	156
5.2.2.2. El canon de la previsibilidad, como parámetro a considerar en la calificación a priori del deber de colaboración.....	159
5.2.2.3 El rol de la buena fe contractual.....	160
5.2.3 La infracción al deber de colaboración, constituye un incumplimiento contractual en el derecho nacional.....	167
5.2.4 Argumentos complementarios.....	176

CAPÍTULO III

Efectos de la inobservancia al deber de colaboración del acreedor.

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO III.....	182
2. EFECTOS DERIVADOS DE LA INOBSERVANCIA A LA COLABORACIÓN DEBIDA.....	183
2.1 Efectos derivados de la inobservancia de la colaboración del acreedor en la obligación del deudor. La mora del acreedor.....	184
2.1.1 Ideas preliminares.....	184
2.1.2 Relación entre la colaboración del acreedor y la mora del acreedor. Justificación de su ligamen.....	185
2.1.3 La mora del acreedor: una precisión a nivel de definiciones y efectos.....	192
2.1.4 Consecuencias jurídicas precisas de la mora del acreedor: las acciones o remedios contractuales del acreedor.....	201
2.1.4.1 La mora del acreedor y la demanda de cumplimiento específico del acreedor. El destino de la obligación del deudor.....	201
2.1.4.2 La mora del acreedor como causal de exoneración de responsabilidad civil...210	
2.1.4.3 La mora del acreedor y la excepción de contrato no cumplido o excepción por incumplimiento contractual.....215	
2.1.4.4 Resolución solicitada por el acreedor. Pérdida de interés del acreedor en la prestación.....221	
2.2 Efectos derivados de la inobservancia de la colaboración del acreedor: incumplimiento del deber de colaboración.....	226
2.2.1. El delicado equilibrio de los intereses entre las partes contratantes.....	226
2.2.2 El incumplimiento contractual de la colaboración del acreedor. Un cumplimiento imperfecto.....	227
2.2.3 De las acciones o remedios contractuales del deudor contra el acreedor por inobservancia del deber de colaboración.....233	

2.2.4	De la acción o remedio de indemnización de perjuicios interpuesto por el deudor, fundado en la inobservancia del deber de colaboración del acreedor.....	237
2.2.5	Manifestaciones de los daños padecidos por el deudor, debido a la inobservancia del deber de colaboración del acreedor.....	238
2.2.5.1.	El reembolso de gastos.....	238
2.2.5.2	El daño ocasionado por la no liberación del vínculo obligacional.....	245
2.2.5.3	Otros daños padecidos por el deudor.....	246
a.	Casos en que el acreedor no recibe el pago de una obligación de dar o de simple entrega.....	247
b.	Casos en que el acreedor no permite el cumplimiento de una obligación de hacer, distinta a la simple entrega.....	251
c.	Casos en que el deber de colaboración del acreedor se encuentra establecido en forma expresa en el contrato, y que se manifiesta durante la ejecución del contrato en forma compleja.....	254
d.	Casos en que el deber de colaboración del acreedor no se encuentra establecido en forma expresa en el contrato, requiriéndose durante la ejecución del contrato en forma compleja.....	256
	Conclusiones.....	262
	Bibliografía.....	270